



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

pensionales y los rendimientos que se hubieren causado; se ordene a COLPENSIONES la reciba como su afiliada, junto con los anteriores rubros y contabilice para efectos pensionales las semanas que ha cotizado en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Asimismo, se condene a COLPENSIONES a que le reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 1º de agosto de 2020, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 1º de agosto de 1964 y se afilió y realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, acotando que posteriormente se afilió en diciembre de 1995 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., fondo del cual se trasladó en septiembre de 2000 a PROTECCIÓN S.A.

Enfatizó que al momento del traslado a PORVENIR S.A., no fue asesorada o informada por dicho fondo de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto al derecho de retracto, las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en uno y otro, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de ese régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales que le implicaría el cambio de régimen pensional, tampoco efectuó una proyección de su pensión en ambos regímenes.

Sostuvo que PROTECCIÓN S.A. al momento de su afiliación a ese fondo tenía a su cargo la responsabilidad de asesorarla de manera eficaz, transparente, adecuada y completa, con diligencia, prudencia, respecto al plazo con el que contaba para retornar al régimen de prima media con prestación definida, luego, nunca emitió su consentimiento libre, voluntario e informado, al momento de la vinculación a ese fondo privado.

De otro lado, refirió que elevó petición ante las encartadas solicitando la nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que llevó a cabo en 1995. (archivo 01).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES al contestar la demandada aceptó que la actora estuvo afiliada al régimen de prima media, en atención a la afiliación que realizó el 10 de octubre de 1995, según se extrae de su historia laboral; que realizó cotizaciones a ese régimen y que se trasladó en diciembre de 1995 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. Sin embargo, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que la vinculación de la gestora al régimen de ahorro individual con solidaridad, se llevó a cabo con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia suscribió el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, que analizaron el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la posibilidad de traslado de los aportes pensionales entre regímenes.

Como medios exceptivos formuló los de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 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, inexistencia del derecho, la innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (f. 3 a 25 archivos 06).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (f. 1 a 24 archivo 08).

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones formuladas en el escrito genitor, aduciendo que la afiliación que realizó la actora a ese fondo en 1995, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. A su vez, señaló que no procede la nulidad ni la ineficacia del traslado, por cuanto realizó aportes de manera voluntaria y continua por más de 6 años, sin mostrar ninguna inconformidad, y solo después de presentar una solicitud que le ha sido negada, alega una supuesta nulidad de la decisión que tomó en el año 2015, por lo cual no existe vicios en el consentimiento que puedan probar la nulidad que afirma la parte demandante que se ha presentado en el traslado al régimen de ahorro individual.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (f. 1 a 29 archivo 10).

Por auto adiado el 5 de mayo de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por contestada la demanda a las encartadas, y además, dispuso la remisión de las diligencias al Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo dispuesto en el Acuerdo No. CSJBTA23-15 de 22 de marzo de 2023, expedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá. En esa medida, dicho estado judicial avocó conocimiento de las diligencias y fijó fecha para llevar a cabo audiencia. (archivo 13 y 14)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de julio de 2023, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones formuladas en su contra por la actora y la condenó en costas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión, la operadora judicial de instancia comenzó por explicar que de la Relación Histórica de Movimientos expedida por PORVENIR S.A., el Reporte de Semanas Cotizadas que emitió COLPENSIONES, la Historia Laboral generada por PROTECCIÓN S.A. y el reporte SIAFP expedido por Asofondos, era posible concluir con meridiana claridad que la actora se afilió por primera vez al sistema de seguridad social en pensiones el 15 de noviembre de 1995 a través del RAIS, vinculándose a la AFP PORVENIR S.A. por intermedio del empleador Hospital de Usme.

De igual manera, adujo que se probó que la accionante nunca ha pertenecido al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES, tal como se establece del citado reporte SIAFP expedido por Asofondos. Acotando que, si bien se observan unas cotizaciones efectuadas con destino a COLPENSIONES por los ciclos comprendidos entre el 1º de septiembre y el 30 de noviembre de 2009, lo cierto es, que las mismas fueron devueltas con la observación “no vinculado, trasladado RAIS”, debiendo destacarse que no obra prueba de ningún aporte efectuado con anterioridad al 15 de noviembre de 1995, ni afiliación con ninguna administradora.

Añadió que incluso la misma demandante en el interrogatorio de parte que absolvió, manifestó que se vinculó laboralmente con la Secretaría de Salud en noviembre de 1995, y que esta fue su primera vinculación laboral formal y que antes de la afiliación a PORVENIR en noviembre de 1995, no se encontraba afiliada a ninguna otra administradora o Caja de Previsión Social. Aunque aclaró que laboraba desde los 13 años realizando oficios varios y que le pagaban en ese entonces el diario y que no se afilió a ninguna Caja ni administradora de fondo de pensiones, reiterando que solo se afilio hasta cuando se vinculó con la Secretaría de Salud, esto es, en noviembre de 1995. Concluyendo así, que lo acontecido el 15 de noviembre de 1995 corresponde a una selección inicial de régimen.

Por tanto, al verificar si era viable declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS que efectuó por la promotora en dicha calenda ante la eventual deficiencia en la información suministrada por PORVENIR S.A. memoro que el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, establece que la afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

afiliado y dicha vinculación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 13 de mayo de 2003 con radicado número 19137, la cual fue reiterada en sentencia SL 1806 de 2022.

Adicionalmente, indicó que la jurisprudencia laboral ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional, de esa forma no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe antes de ese acto ninguna expectativa aun simple de consolidar un derecho, resulta ilógico hablar entonces de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional cuando éste no ha existido, así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1806 de 2022. Corolario de lo anterior, y teniendo en cuenta que lo efectuado el 15 de noviembre de 1995 por la actora correspondió a una selección inicial de régimen pensional y no un traslado entre regímenes, absolvió a las demandas de todas las pretensiones formuladas en su contra por la accionante y la condenó en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Al respecto, manifiesta que con independencia de si se trata de un traslado o de una afiliación, es diáfano que se dejó de lado el deber que tenía el fondo privado de dar la doble afiliación, precisando que en el caso de la gestora no hubo afiliación de ningún tipo pues trabajaba de noche, y ningún asesor acudió a la entidad a brindarle información sobre el documento y el régimen al cual se iba a afiliarse, luego, en el presente asunto la carga de la prueba tanto testimonial como documental nunca se le exigió a los fondos privados, máxime cuando no estuvo presente un asesor para llevar a cabo esa determinación inicial.

Enfatizando que la norma es clara con independencia de si se trata de una afiliación inicial o de un traslado, se tiene que brindar la doble asesoría desde el inicio, reiterando que nunca estuvo presente un asesor de noche que le explicara a la demandante que era lo que estaba suscribiendo, para lo cual debía dar la doble asesoría y debía indicarle cual era el régimen que más le



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

convenía, lo cual en el presente caso brilla por su ausencia, precisando que la norma no hace la disyunción entre traslado y afiliación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, y de acuerdo a los argumentos expuestos por la impugnante, la Sala como problema jurídico habrá de auscultar si la vinculación inicial de la demandante al sistema general de pensiones se torna ineficaz, por incumplimiento al deber de información por parte del fondo de pensiones primigenio.

c. De la vinculación al sistema general de pensiones:

Al descender al caso bajo estudio, se advierte que en esta instancia no se discute que la selección inicial al sistema general de pensiones por parte de la gestora se dio por primera vez al régimen de ahorro individual con solidaridad el 15 de noviembre de 1995, a través de PORVENIR S.A. Pues pese a que se dijo desde la demanda que se afilió al régimen de prima media con prestación definida y que dicha afiliación se dio el 10 de octubre de 1995, no puede soslayarse que no se encontraran aportes para esa fecha y los que se efectuaron de septiembre a noviembre de 2009, fueron devueltos al RAIS según el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones emitido por COLPENSIONES. (f. 196 a 203 archivo 06).

Situación que guarda consonancia con lo acreditado en el reporte SIAFP, la Historia Laboral Consolidada emitida por PORVENIR, la Historia Laboral y el Reporte de Estado de Cuenta expedida por PROTECCIÓN, en la que se corrobora como afiliación inicial al sistema general de pensiones la efectuada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a PORVENIR S.A. el 15 de noviembre de 1995 y la manifestación efectuada por la actora en el interrogatorio de parte que depuso, quien dijo que antes de noviembre de 1995 no había estado afiliada a ninguna entidad de seguridad social en pensiones. (f. 36 a 108 archivo 08 y f. 76 a 85 archivo 10).

Conclusión a la que arribó la Juez de instancia, y que se reitera no fue objeto de inconformidad por parte de la apelante como viene de verse, determinación que en gracia de discusión, se ajusta a los postulados establecidos en el artículo 11, 15 y 17 del Decreto 692 de 1994, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que regulan lo atinente a la al diligenciamiento de la selección y vinculación, el traslado de régimen pensional y las múltiples vinculaciones, situaciones estas últimas que pasaron a ser reguladas por el Decreto 3995 de 2008.

d. De la ineficacia de la selección inicial al sistema general de pensiones:

Sostiene la parte demandante en la alzada que con independencia de que se trate de una vinculación inicial o de un traslado de régimen es deber del fondo de pensiones cumplir con el deber de información, pues de lo contrario dicha vinculación sería ineficaz.

En punto de lo anterior y a efecto de desatar el problema jurídico planteado, debe reiterarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Sobre el asunto, conviene traer a colación lo indicado en la sentencia CSJ SL 1806 de 2022, Radicado No. 88669, en donde el máximo Tribunal de cierre de la jurisdicción laboral, expuso en un asunto de contornos similares:

“Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De esta forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.

Caso en concreto:

La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.”

Más adelante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al analizar el tema, reiteró la postura asumida por esa Corporación sobre el particular, en sentencia SL1377-2023, Radicación No. 93356 de 5 de junio de 2023, en la que indicó:

“Así, pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, su ausencia no conlleva la declaratoria de ineficacia en la medida que no hay pie a que las cosas retornen a su estado inicial, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado. Esto, en la medida en que - de acuerdo con las nociones previas del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia reseñada, no hay lugar a que el afiliado pierda dicha calidad y no cuente con ninguna vinculación al Sistema. En este caso, tratándose del RPMPD, la peticionaria nunca ha estado vinculada al mismo, por lo tanto, no ha gestado expectativa alguna ni ha contribuido, con sus aportes, a la financiación del Sistema. En ese entendido, se estaría grabando a este régimen con la obligación de responder por una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prestación que nunca se construyó bajo su imperio y a la cual no efectuó cotización alguna.”

(...)

“En los supuestos fácticos que se analizan, no es procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado, dado que, bajo aquel escenario, el afiliado previamente cimentaba su futuro pensional en el RPMPD, de lo que deviene que, en caso de ineficacia, el aspirante a la pensión siempre estuvo vinculado a ese régimen y, por tanto, las cotizaciones y montos determinados podrían allí remitirse.

Por el contrario, en el caso presente, donde lo que se discute es la afiliación inicial, no cabe activar una vinculación que nunca ha existido, ya que no media nexo alguno con el RPMPD. No podría darse entonces la transferencia de los aportes realizados, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que la peticionaria nunca hizo parte del sistema y deberían aplicarse las consecuencias expuestas en el proveído CSJ SL3202-2021, esto es, «cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia». Así, en una eventual privación de los efectos de la afiliación primigenia, la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y/o al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, en la medida que no ha existido vinculación anterior que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.

Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legítima, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.

Así las cosas, aun de verificarse la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de una eventual ineficacia del acto inicial perjudicarían a la afiliada, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del Sistema.”

e. Del caso en concreto:

Bajo ese escenario, se recuerda que la actora se afilió inicialmente el 15 de noviembre de 1995 al sistema general de pensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de PORVENIR S.A. y posteriormente se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 1º de junio de 2000. Asimismo, la demandante en la declaración de parte que rindió en el curso del trámite procesal expuso que al momento de su afiliación a PORVENIR no estaba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

presente un asesor de ese fondo privado y que solo se circunscribió a diligenciar y firmar el formulario de afiliación, aun cuando se observa que en el plenario no obra copia de dicha vinculación, ni la del traslado a PROTECCIÓN.

Sin embargo, como lo ha establecido de forma reitera por la jurisprudencia en casos como el que aquí se estudia, no es procedente acudir a la ficción jurídica que ha construido el órgano de cierre de esta especialidad en materia de ineficacia del traslado.

Lo anterior, como quiera que ya se determinó que la gestora no estuvo afiliada con anterioridad a la selección inicial de régimen de pensiones que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR, al régimen de prima media con prestación definida; de modo que, devolver las cosas a su estado inicial conllevaría dejarla por fuera del sistema general de pensiones, pues no existe obligación de parte de COLPENSIONES de recibirla al no haber estado afiliada a esa administradora previamente como ya se explicó, luego, de acceder a las pretensiones de la demanda no solo se vulneraría el derecho a la seguridad social de la actora, sino que, no es dable imponer a esa administradora que asuma las posibles contingencias que conllevaría afiliar a una persona que se encuentra inmersa en la actualidad en la prohibición de traslado establecida en la Ley 797 de 2003.

Bajo tales razonamientos, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar la sentencia de instancia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL 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:



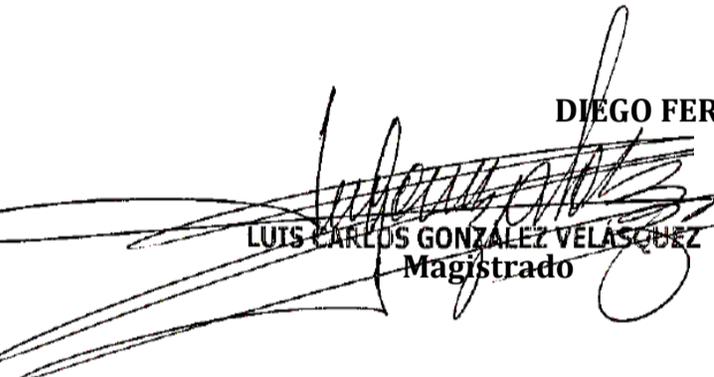
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de julio de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de la parte demandada, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **02 2019 00717 01**
Demandante: HUMBERTO SIERRA MORENO
Demandados: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR, identificada con cédula de ciudadanía 1.073.682.314 y T.P. 215.205 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 2 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor HUMBERTO SIERRA MORENO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación de que trata la Ley 71 de 1988, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, se condene a la encartada pagar la prestación de jubilación por aportes establecida en la Ley 71 de 1988 a partir del 24 de noviembre de 2012 y hasta la inclusión en nómina de pensionados, cancelación de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 4º de la Ley 700 de 2001, más la indexación y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 24 de noviembre de 1952, cumpliendo 60 años de edad el mismo día y mes de la anualidad 2012, así como que estuvo vinculado con el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 1973 y el 30 de enero de 1975, acumulando 100.57 semanas cotizadas.

Que el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL mediante Resolución No. 3172 del 16 de abril de 1975 le reconoció pensión de invalidez de origen profesional.

Expuso que es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a la entrada en vigencia de dicha prerrogativa normativa contaba con 41 años de edad, al igual que al 25 de julio de 2005 acreditaba más de 750 semanas.

Seguidamente, relató que laboró al servicio de diferentes empresas privadas las cuales efectuaron aportes pensionales al extinto ISS por el periodo comprendido entre el 21 de febrero de 1977 y el 30 de junio de 2000 para un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

total de 979 semanas, de allí que acredite un total de cotizaciones durante toda su vida laboral de 1079 semanas.

Por último, arguyó que COLPENSIONES a través de distintos actos administrativos negó la prestación aquí deprecada, argumentando que, de conformidad con la historia laboral, no contaba con 20 años de servicios al 31 de julio de 2014.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Sopesó su medio defensivo en el hecho que el demandante señor HUMBERTO SIERRA MORENO, si bien para el 31 de diciembre de 2014 ostentaba más de 60 años de edad, también lo es que no cumplía con el requisito mínimo de semanas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es, entre el 24 de noviembre de 1992 y el 24 de noviembre de 2012.

Que tampoco logró acreditar 1000 semanas cotizadas, toda vez que al 31 de diciembre de 2014 ostentó 979 exclusivamente al ISS y a COLPENSIONES, sin que tuviese 20 años de servicios sufragados en cualquier tiempo entre las entidades de previsión social que hagan sus veces del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y el ISS, por lo que no logró conservar el régimen de transición.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de marzo de 2023 declaró que al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes a partir del 24 de noviembre de 2012 en cuantía inicial de \$2.657.644.60, junto con los incrementos legales anuales y sobre 13 mesadas pensionales al año.

Por consiguiente, condenó a COLPESIONES pagar al actor el retroactivo pensional a partir del 14 de febrero 2016 y hasta cuando se haga efectivo su ingreso en nómina de pensionados, junto con la cancelación de intereses moratorios a partir del 14 de julio de 2019, hasta la fecha del pago de la prestación.

En últimas, declaró probada de manera parcial la excepción de prescripción que formulara la encartada respecto de las mesadas pensionales con antelación al 14 de febrero de 2016, autorizando a COLPENSIONES efectuar los descuentos en salud y también facultándola para adelantar los trámites respectivos a efectos de que el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL cancele el correspondiente bono pensional.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que, el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que al momento de entrar en vigencia dicha prerrogativa, es decir, 1º de abril de 1994, contaba con 41 años de edad, cumpliendo de esta manera uno de los requisitos exigidos del mentado artículo 36, al igual que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 que lo fue a partir del 29 de julio de 2005, acreditaba más de 750 semanas cotizadas.

Que así las cosas, en cuanto al reconocimiento de la prestación según los preceptos del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, conforme lo ha adocinado la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para efectos de la pensión de jubilación por aportes debe tenerse en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales sin importar si fuere o no objeto de aportes a entidades de previsión de la seguridad social.

Por tal razón, mencionó que de la documental que reposa dentro del plenario, se ausulta que el demandante laboró al servicio del EJÉRCITO NACIONAL por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 1973 y el 30 de enero de 1975 para un total de 1 año, 11 y 15 días equivalentes a 101 semanas, sin que sea dable no tener en cuenta dichos periodos por cuanto la prestación por invalidez que le fuese reconocida por dicha entidad es de origen profesional.

Que en tal sentido, el estudio de la prestación debe llevarse a cabo bajo la égida de la Ley 71 de 1988 en virtud a que efectuó cotizaciones tanto al sector público como al sector privado acreditando un total de 1.079 semanas equivalente a 20 años, 11 meses y 23 días, cumpliendo así con el requisito pensional.

En lo que tiene que ver con la fecha a partir de la cual debe reconocerse la pensión por aportes, la misma debe reconocerse al cumplimiento de los requisitos mínimos, pero será necesaria la desafiliación del régimen para entrar a su disfrute y que para la liquidación debe tenerse en cuenta hasta la última semana cotizada, es decir, a partir de que el actor cumplió los 60 años de edad que lo fue el 24 de noviembre de 2012, ya que para esa data se había desafiliado del sistema general de pensiones.

Frente al monto de la prestación, esta deberá liquidarse acorde al artículo 8 de Decreto 2709 de 1994, reglamentario de la Ley 71 de 1988, equivalente al 75%, adicionalmente que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, por lo que resulta procedente liquidar el IBL conforme a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, concluyendo que le era más favorable el cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, el cual arroja



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

como primera mesada pensional la suma de \$2.657.644.60 a partir del 24 de noviembre de 2012, junto con 13 mesadas adicionales al año por cuanto el estatus pensional lo adquirió con posterioridad al 31 de julio de 2011 conforme lo establece el Parágrafo Transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005 y su mesada pensional supera los 3 S.M.L.M.V.

Determinó igualmente declarar probada de manera parcial la excepción de prescripción, en tanto, la reclamación administrativa la elevó el 14 de febrero de 2016, por lo que al haberse resuelto diferentes actos administrativos y presentarse la demanda el 21 de octubre de 2019, coligió que el fenómeno prescriptivo operó respecto de las mesadas pensionales causadas con antelación al 14 de febrero de 2016; circunstancia por la cual, condenó a COLPENSIONES al pago a favor del demandante del retroactivo pensional a partir del 14 de febrero de 2016.

Arguyó que teniendo en cuenta que parte del tiempo contabilizado para efectos pensionales corresponde al laborado por el accionante ante el MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, la administradora accionada goza de facultad para adelantar las acciones tendientes a que este ente territorial asuma el pago del bono pensional.

Finalmente, decidió que respecto de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los mismos son procedentes frente al retroactivo causado a partir de los 4 meses siguientes a la solicitud del derecho, es decir, desde el 14 de julio de 2019 y hasta que se haga efectiva su inclusión en nómina de pensionados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Expuso que teniendo en cuenta las características propias de la Ley 100 de 1993 y bajo los decretos reglamentarios dentro de los cuales se encuentra supeditada, no pueden realizarse reconocimientos pensionales salvo que exista el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por ello, no puede materializarse una condena hasta tanto se cuente con el capital de La Nación. Igualmente, en lo que atañe a la condena por concepto de intereses moratorios, tampoco goza de prosperidad pues al existir una interpretación jurisprudencial, como el mismo órgano de cierre lo ha puntualizado, tal tópico es óbice de absolución.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si es procedente a favor del actor el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de que trata el artículo 8º de la Ley 71 de 1988, así como los demás aspectos de carácter condenatorio determinado en primera instancia.

c. Del caso en concreto:

Para el análisis de los problemas jurídicos expuestos en precedencia, es menester que la Sala ponga de presente los siguientes aspectos:

(i) Que el demandante laboró al servicio del EJÉRCITO NACIONAL - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 1973 y el 30 de noviembre de 1975 un total de 104.96 semanas, como da cuenta la certificación electrónica de tiempos laborados expedida por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el MINISTERIO DE HACIENDA – OFICINA DE BONOS PENSIONALES (Fls. 20 a 23 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

(ii) Que el demandante cotizó al extinto ISS por el periodo comprendido entre el 21 de febrero de 1977 y el 30 de junio de 2000 un total de 979.57 semanas, según se advierte de la historia laboral expedida por COLPENSIONES el 9 de noviembre de 2020 (Fls. 39 a 46 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Así las cosas, tampoco fue objeto de reproche que el demandante nació el 24 de noviembre de 1952 según da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 58 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO), por lo que al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 41 años de edad, de allí que en principio fuese beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la referida ley.

Conforme al Acto Legislativo 01 de 2005, dicho régimen de transición podía extenderse hasta el 2014 siempre que, a la fecha de su vigencia, 29 de julio de 2005, se tuvieran 750 semanas de cotización o de tiempo de servicios, presupuesto que cumplió el demandante, puesto que teniendo en cuenta la historia laboral a dicha calenda ostentaba más de 979.57 semanas.

Ahora bien, para acceder a la pensión de jubilación bajo los requerimientos de la Ley 71 de 1988 debió acreditar al 31 de diciembre de 2014, 60 años de edad y tener para dicha data 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo, los cuales equivalen a 1028,57 semanas, requisito que ostentó el actor ya que cumplió los 60 años de edad el 24 de noviembre de 2012, así como que al 31 de diciembre de 2014 tenía un total de 1084.53 semanas cotizadas, ello a razón del tiempo tenido en cuenta en el EJÉRCITO NACIONAL por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 1973 y el 30 de enero de 1975 atinente a 104.96 semanas, así como el cotizado ante el extinto ISS por el periodo comprendido entre el 21 de febrero de 1977 y el 30 de junio de 2000 a razón de 979.57 semanas, prestación que deberá reconocerse a razón de 13 mesadas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensionales al año por cuanto la edad la adquirió con posterioridad al 31 de julio 2011, ello de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 6º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005.

En este punto, pertinente resulta poner de presente que de conformidad con lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para acceder a la jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988, deben tenerse en cuenta tiempos de servicio en el sector público, sin importar si fueron o no cotizados a cajas de previsión o de la seguridad social, así lo dejó por sentado recientemente, como lo fue en sentencia SL841-2023, Radicación No. 94365 del 26 de abril de 2023 donde dispuso:

“Como lo acotó el Tribunal y lo pone de presente el opositor, mediante sentencia CSJ SL4457-2014, esta Corte recogió el criterio vigente para la época, en torno a la interpretación y alcance que se le había otorgado al artículo 7.º de la Ley 71 de 1988 y a su reglamento para acceder a la pensión por aportes. Allí se adocinó:

[...] antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y del Sistema General de Pensiones adoptado mediante la Ley 100 de 1993, la multiplicidad de regímenes pensionales permitía odiosas diferencias entre los trabajadores vinculados al sector privado y los servidores vinculados al sector público, de modo que cada uno subsistía de manera independiente con exigencias propias en tiempos de servicio y cotización que no podían conjugarse para adquirir el beneficio pensional. Fue por ello que el legislador estableció la llamada «pensión de jubilación por acumulación de aportes», con el objeto de que pudieran sumarse los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado [...].

Posteriormente, ya en vigencia de la Constitución Política de 1991 el legislador no desconoció los motivos que dieron origen a la llamada pensión por aportes, de modo que al establecer el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, igualmente consagró la posibilidad de acumular para efectos pensionales los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados en uno y otro sector, tanto en el régimen de prima media con prestación definida así como en el de ahorro individual con solidaridad. [...]

En este orden, bien podría afirmarse que la Ley 100 de 1993 al consagrar la acumulación de tiempos servidos en el sector público y privado, dejó sin vigencia lo dispuesto en la Ley 71 de 1988. Sin embargo, tal aseveración



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no es del todo cierta si se tiene en cuenta que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional para quienes acreditando los requisitos de edad o tiempo de servicios a su entrada en vigencia, tengan derecho a que su pensión se reconozca conforme a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable, entre otros, el que consagró el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990, ora el previsto en la Ley 33 de 1985 que reguló el régimen pensional en el sector oficial y, concretamente, en lo que ahora interesa, la Ley 71 de 1988 que previó la llamada pensión de jubilación por aportes. [...]

En el mismo sentido, el derecho irrenunciable a la pensión, tampoco puede verse limitado por disposiciones reglamentarias con alcances restrictivos como la que contenía el artículo 5º del Decreto 2709 de 1994 [...].

Es decir, conforme a la citada norma solo podían computarse a efectos de obtener la pensión de jubilación por aportes, el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales y el cotizado a las cajas de previsión del sector público, sin que pudiera sumarse el tiempo servido a entidades privadas que no cotizaron en el ISS, ni el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades de seguridad social.

No obstante, tal disposición fue declarada nula por el Consejo de Estado, Corporación que al revisar el tema en sentencia de la Sección Segunda del 28 de febrero de 2013, expediente 11001-03-25-000-2008-00133- 00 (2793-08), estimó que el Presidente de la República excedió las facultades reglamentarias que le otorga en numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

[...]

*En este orden de ideas, conforme a los postulados constitucionales y legales atrás referidos, y frente a la citada decisión del Consejo de Estado a través de la cual se declaró la nulidad del artículo 5º del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, reglamentario del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, la Corte estima necesario rectificar su actual criterio y, en su lugar, adoctrinar que para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social.** (Resalta la Sala).*

Tal postura ha sido consolidada por la Sala. Por ejemplo, en fallo CSJ SL5083-2020 se reiteró que «el derecho a la pensión no puede afectarse por el hecho que la entidad a la que se hubieran prestado los servicios no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social (CSJ SL4457-2014, CSJ SL994-2018, CSJ SL2417-2019 y CSJ SL4287-2019)».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, la decisión de primera instancia habrá de confirmarse sobre este puntual aspecto.

d. De la fecha de disfrute y el monto de la mesada pensional:

Precisa la Sala que el demandante durante toda su vida laboral acreditó un total de 1.084.53 semanas, siendo su última cotización en el mes de junio de 2000.

Es por ello, que si bien no se reporta novedad de retiro, como lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en algunas decisiones, siendo una de ellas la SL929-2019, Radicación No. 63203 del 20 de marzo de 2019, ante la voluntad del demandante de no continuar cotizando al sistema puede deducirse que se satisfizo con el requisito de que trata el artículo 13 del Decreto 758 de 1990 para la adquisición de la prestación, pues esa especialísima situación puede entenderse como un retiro tácito.

Ahora, en lo que atañe al monto de la primera mesada pensional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el promedio del IBL debe calcularse con los últimos diez años o toda la vida laboral siempre y cuando el afiliado acredite más de 1250 semanas; circunstancia por la cual, al haber cotizado el actor 1.084.53 semanas, palmario resulta que la liquidación debe promediarse únicamente con los últimos diez años, y una vez realizado lo de rigor, arroja al 24 de noviembre de 2012 un IBL de \$1.643.946.40, que al aplicársele una tasa de reemplazo del 75% conforme lo dispone el artículo 8º del Decreto 2709 de 1994, por el cual se reglamenta el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, arroja como primera mesada pensional la suma de \$1.232.959.80, teniendo en cuenta los siguientes conceptos:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1988	267	3,580	76,19	21,282	\$ 47.087,85	\$ 1.002.129,49	\$ 8.918.952,50	
1989	365	4,580	76,19	16,635	\$ 68.604,12	\$ 1.141.255,06	\$ 13.885.269,84	
1990	365	5,780	76,19	13,182	\$ 92.262,62	\$ 1.216.174,63	\$ 14.796.791,36	
1991	363	7,650	76,19	9,959	\$ 125.553,70	\$ 1.250.449,23	\$ 15.130.435,66	
1992	366	9,700	76,19	7,855	\$ 235.216,69	\$ 1.847.542,26	\$ 22.540.015,56	
1993	365	12,140	76,19	6,276	\$ 294.738,86	\$ 1.849.765,57	\$ 22.505.481,05	
1994	365	14,890	76,19	5,117	\$ 429.416,31	\$ 2.197.261,81	\$ 26.733.352,08	
1995	349	18,250	76,19	4,175	\$ 412.484,24	\$ 1.722.036,95	\$ 20.033.029,83	
1996	360	21,800	76,19	3,495	\$ 544.666,67	\$ 1.903.585,02	\$ 22.843.020,18	
1997	360	26,520	76,19	2,873	\$ 727.500,00	\$ 2.090.053,73	\$ 25.080.644,80	
1998	45	31,210	76,19	2,441	\$ 1.176.666,67	\$ 2.872.484,25	\$ 4.308.726,37	
2000	30	39,790	76,19	1,915	\$ 260.000,00	\$ 497.848,71	\$ 497.848,71	
Total días	3600					Total devengado actualizado a:	2012	\$ 197.273.567,93
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación		\$ 1.643.946,40
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado		75%
						Primera mesada		\$ 1.232.959,80
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2012	\$ 566.700,00

Así las cosas, en atención del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto en favor de COLPENSIONES, habrá lugar a modificar el monto de la primera mesada pensional determinada en primera instancia, toda vez que la aquí calculada luce inferior, concluyéndose que el monto de la primera mesada pensional del señor HUMBERTO SIERRA ROMERO para el mes de noviembre de 2012 asciende a la suma de \$1.232.959.80.

De otra parte, en lo que concierne al tiempo contabilizado para efectos pensionales que cotizara el demandante al servicio del MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, como lo concluyó la operadora de instancia, facultada queda COLPENSIONES para ejercer las acciones tendientes a que dicho ente ministerial proceda con la cancelación del bono pensional, tópico que se encuentra regulado en la misma Ley 100 de 1993, de allí que no pueda estimar COLPENSIONES que ante la falta de esos recursos no pueda proceder con el pago de la prestación aquí deprecada.

e. Del pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Sea lo primero indicar que, en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020).”

Así las cosas, la Sala puede colegir que la pensión aquí reconocida al actor se reconoció con base en un criterio jurisprudencial, máxime si se tiene en cuenta que los aportes realizados al EJÉRCITO NACIONAL no son aportes propios a una caja de previsión social del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital en los términos del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, sino que fue a través de postulados doctrinales que se logró la prestación; circunstancia por la cual, habrá de absolverse a la encartada sobre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

este concepto y, en su lugar, se concederá la indexación de las mesadas pensionales como consecuencia del poder adquisitivo de la moneda, situaciones todas por las que este aspecto se revocará.

f. De la excepción de prescripción:

Como lo determinó la *a-quo*, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el 151 del C.P.T. y de la S.S., el fenómeno prescriptivo operó de manera parcial.

Lo anterior, como quiera que, según se advierte de la Resolución SUB 111822 del 10 de mayo de 2019, el demandante elevó reclamación administrativa el 14 de febrero de 2019 y, a razón de ello, COLPENSIONES emitió la mentada Resolución SUB 111822 del 10 de mayo de 2019 donde negó el derecho, para posteriormente en sede de reposición y apelación confirmar la negativa a través de las Resoluciones SUB 174524 del 4 de julio de 2019 y DPE 6931 del 30 de julio de 2019, presentando la demanda el 21 de octubre de 2019 como da cuenta el acta individual de reparto (Fls. 24 a 31, 40 a 48, 49 a 57 y 61 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

En tal sentido, palmario resulta que como lo asentó la *a-quo*, operó el fenómeno prescriptivo respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 13 de febrero de 2016.

Lo anterior, conlleva a su vez a que se condene a COLPENSIONES al pago de retroactivo pensional y sobre 13 mesadas pensionales al año por el periodo comprendido entre el 14 de febrero de 2016 y el 30 de septiembre de 2023 la suma de \$163.331.040.87, autorizando a su vez a la entidad para que efectúe los correspondientes descuentos en salud, retroactivo que por demás deberá reconocerse de manera indexada al momento del correspondiente pago.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.232.960,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.263.044,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.287.547,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.334.671,00	0,00	\$ 0,0
14/02/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.425.028,00	11,57	\$ 16.482.823,9
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.506.967,00	13,00	\$ 19.590.571,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.568.602,00	13,00	\$ 20.391.826,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.618.484,00	13,00	\$ 21.040.292,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.679.986,00	13,00	\$ 21.839.818,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.707.034,00	13,00	\$ 22.191.442,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.802.969,00	13,00	\$ 23.438.597,0
01/01/23	30/09/23	13,12%	\$ 2.039.519,00	9,00	\$ 18.355.671,0
Total retroactivo					\$ 163.331.040,87

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES al no gozar con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 2 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de determinar que el derecho y pago de la pensión por aportes en los términos de la Ley 71 de 1998 para el 24 de noviembre de 2012 a favor del demandante, asciende a la suma de \$1.232.959.80 de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, modificar el numeral segundo, para en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES pagar a favor del demandante el retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 14 de febrero de 2016 y el 30 de septiembre de 2023 en la suma de \$163.331.040.87, valor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sobre el cual deberá proceder su correspondiente indexación, inclusive sobre las mesadas que se causen en adelante hasta la fecha en que se produzca el pago correspondiente.

TERCERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada y, por ende, **ABSOLVER** a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

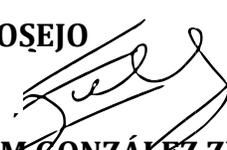
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


Diego Fernando Guerrero Osejo
Magistrado


Luis Carlos González Velásquez
Magistrado


José William González Zuluaga
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 **07 2020 00031 01**
Demandante: MARTHA CECILIA RAMIREZ ORTIZ
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.
y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. en contra de la sentencia proferida el 6 de junio de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARTHA CECILIA RAMIREZ ORTIZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., a fin que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 16 de septiembre de 1997 a través de PORVENIR S.A., por vicios en su consentimiento; asimismo, se declaren la nulidad o ineficacia de los demás traslados horizontales que realizó.



Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a PORVENIR S.A. que devuelva a COLPENSIONES el capital acumulado, junto con todos los dineros que haya recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, rendimientos y gastos de administración, y se ordene a esa administradora que la reciba como afiliada en el régimen que administra sin solución de continuidad. Finalmente, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 4 de diciembre de 1984 al 31 de octubre de 1997, en donde alcanzo 557.57 semanas de cotizaciones a pensión. Que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. en el mes de septiembre de 1997, por solicitud de una antigua compañera de trabajo del BANCO DE BOGOTÁ, quien le dijo que ese fondo era del mismo dueño de dicho banco y que el ISS sería liquidado por lo que su pensión estaría en riesgo, y que al contrario en ese fondo obtendría mejores rendimientos y se podía pensionar de forma anticipada, empero, no le realizó una proyección de su mesada pensional en ese régimen, ni le indicó los requisitos para la pensión de vejez en el mismo y las consecuencias negativas que le acarrearía dicho traslado de régimen pensional.

Situación que persistió en mayo de 2001 y enero de 2002, calendas en las que se dio su traslado a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., respetivamente; por sugerencia del padre de sus hijos, relatando que el asesor le efectuó una proyección pensional en la que su mesada era beneficiosa a razón del bono pensional, y quien además le dijo que recibiría una comisión por su traslado a ese fondo.

Enfatizó que en mayo de 2006, ante las dificultades para obtener información de parte de COLFONDOS S.A., decidió retornar a PORVENIR S.A., ocasión en la que los asesores le reiteraron el respaldo financiero del fondo y la posibilidad de realizar aportes voluntarios y que a los 60 años podría redimir el bono pensional lo cual incrementaría su mesada pensional, pero no le indicaron el



valor de mesada y la posibilidad de retornar al fondo público antes de estar a diez años de la edad de pensión, reiterando que no le dieron información sobre las ventajas y desventajas del régimen que administra.

Narró que a septiembre de 2019 alcanza un total de 1675.57 semanas cotizadas en el sistema general de pensiones, y que solicitó a las demandadas en 2019 la nulidad de su afiliación al régimen ahorro individual son solidaridad y su retorno al régimen de prima media con prestación definida, pedimento que fue despachado de forma negativa por las encartadas. Finalmente, relató que le fue realizada una proyección pensional en la que se evidencia que su mesada en COLPENSIONES sería superior a la que obtendría en PORVENIR S.A. (f. 3 a 31 archivos 01).

Mediante proveído adiado el 13 de diciembre de 2019, la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá, se declaró impedida para conocer el presente asunto, remitiendo las diligencias al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el cual, por auto de 22 de enero de 2020 aceptó el impedimento formulado, avocó conocimiento de las diligencias y dispuso su compensación, siendo admitida la demanda por auto de 26 de febrero de 2020. (f. 220 a 226 archivos 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Enlistó como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de

restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (folios 3 a 27 archivo 02).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, indicando que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen. Por lo que dicho acto jurídico se debe tener como válido. Así mismo, indicó que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado. También refirió que si lo solicitado es la ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, solo se debe reconocer cuando media un atentado contra la voluntad de elección de régimen pensional del afiliado. Situación que no se encuentra acreditada en el plenario.

Enlistó como medios exceptivos de mérito los de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 3 a 26 archivo 03)

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones elevadas en la demanda, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le haya hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, como tampoco se evidencia inconformidad alguna por parte de la demandante, al contrario, de las documentales obrantes en el plenario se advierte que se encuentran sujetas a derecho, sin que de las mismas se desprenda constreñimiento alguno. De otra parte, adujo que la gestora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y está inmersa en la prohibición legal dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como medios exceptivos los que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema

pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 4 a 50 archivo 05)

COLFONDOS S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Al respecto, refirió que la afiliación de la actora al RAIS se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Agregó que los asesores de ese fondo brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, igualmente la asesoró acerca de las características del régimen que administra, el funcionamiento del mismo, las diferencias, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retracto y los requisitos para acceder a la pensión de vejez en uno y otro régimen pensional.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, 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 y compensación y pago. (f. 4 a 22 archivo 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia proferida el 6 de junio de 2023, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora Martha Cecilia Ramírez Ortiz con la AFP PORVENIR contenido en el formulario No. 918015 del 16 de septiembre de 1997, con la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN, según formulario No. 5417332 del 20 de mayo del 2001, con la AFP COLFONDOS, contenido en el formulario No. 7959384 del 25 de enero del 2002 y con la AFP PORVENIR, contenido en el formulario No. 2543045 del 12 de mayo del 2006.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante a COLPENSIONES, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a los fondos demandados a PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde la fecha de su vinculación inicial con PORVENIR en 1997 que ocurrió igualmente el traslado de régimen pensional tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a PORVENIR, PROTECCION Y COLFONDOS el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación por estado del auto de obediencia al Superior, deberán presentar al Juzgado un informe discriminando con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, el valor de los descuentos objeto de devolución, el valor de la indexación y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir a la demandante sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS en 1984.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS.

SEXTO: Las costas son a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS. Las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en 2 SMLV, a la fecha del pago, a cargo de cada uno de los demandados.

SEPTIMO: Ordénese la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación y a fin el superior revise la legalidad de lo decidido.”

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* memoró que la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, ha precisado que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP, lo que igualmente encuentra sustento en el artículo 1603 del C.C. Seguidamente, adujo que en las sentencias SL-1452 y SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber,

siendo la primera el deber de información aplicable al caso de la gestora, toda vez que su traslado de régimen pensional se realizó en 1997, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

Luego, el alcance de ese deber de información consistía en ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, obligación que recaía en cabeza de fondo privado, situación que debía acreditarse dentro de este proceso, posteriormente se introdujo el deber de asesoría y buen consejo con la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y finalmente el de doble asesoría con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En esa medida, expuso que de las pruebas arrojadas al plenario no se acreditó que PORVENIR S.A., al momento de vincular a la demandante le hubiese suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, tornándose de esa manera ineficaz el traslado que realizó la gestora a la AFP PORVENIR S.A., y los posteriores traslados que realizó a los demás fondos privados demandados, lo que a su vez conlleva la devolución por parte de PORVENIR S.A. de las sumas producto de dicho retorno, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de régimen que realizó la actora y ordenó la devolución por parte del fondo privado a COLPENSIONES los rubros producto de esa declaratoria. Por último, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Al respecto, refirió que dentro del expediente no obra prueba alguna que permita demostrar el supuesto engaño que señala la gestora se le hizo incurrir por parte de fondo privado, la falta al deber de información o el vicio en el consentimiento en que estos le hicieron incurrir, aunado a que queda sujeta a lo que puedan



demostrar los fondos privados, sin embargo, los formularios de afiliación que suscribió la actora demuestran que se afilio de forma libre, voluntaria y sin presiones, de modo que su afiliación al RAIS se hizo con el lleno de los requisitos legales, sin que hubiese manifestado su intención de retractarse, motivo por el cual no es posible su retorno al régimen que administra, al no acreditarse la ineficacia del traslado que deprecia, por lo que solicita se revoque el fallo de instancia.

PORVENIR S.A. en su alzada solicita se revoque la sentencia de primer grado. Sobre el particular, manifiesta estar inconforme con la orden de devolver los gastos de administración, los cuales descontó por mandato legal y fueron invertidas y no se encuentran en su poder ya que fueron destinados a la correcta administración de los aportes de la cuenta individual de la gestora y cuyos rendimientos reconoció a ésta. Asimismo, solicita se revoque la orden de devolver los seguros previsionales ya que no están en su poder pues fueron invertidos en la forma que establece la ley. En cuanto a la condena por indexación, sostuvo que no es procedente por cuanto ya se esta condenado a devolver los rendimientos, lo que genera una doble condena por el mismo concepto, luego la desestimarse tales condenas, debe revocarse la condena en costas.

Por su parte, COLFONDOS S.A. solicita se revoque parcialmente el numeral tercero de la sentencia de instancia, en lo que tiene que ver con los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ya que fueron descontado por autorización legal, e igualmente podría generar un enriquecimiento sin justa causa a la parte actora, emolumentos que están contemplados en ellos artículos 70, 76 y 104 de la Ley 100 de 1993. A su vez, solicita se revoque la condena por indexación al ser excesiva, dado que el traslado de los rendimientos la compensa.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Acorde con lo anterior, es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, o si se está a menos de diez años para la edad

de pensión, pues son hechos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 16 de septiembre de 1997 a PORVENIR S.A., igualmente, se allegó el formulario de afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 20 de mayo de 2001, a COLFONDOS el 25 de enero de 2002 y nuevamente a PORVENIR S.A. el 12 de mayo de 2006, vinculaciones que se hicieron efectivas a partir del 1º de noviembre de 1997, 1º de julio de 2001 y el 1º de marzo de 2002 y el 1º de julio de 2006, como se observa del reporte SIAFP (f. 28 y 64 a 65 archivo 03, f. 33 archivo 02, f. 6 a 7 archivo 32).

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

De otro lado, en el interrogatorio de parte que depuso la demandante MARTHA CECILIA RAMÍREZ ORTIZ, indicó que estuvo afiliada de 1984 a 1997 al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A., traslado que fue producto de un ofrecimiento que realizó una excompañera del banco donde laboraba, quien le dijo que iba a tener una mejor pensión en ese fondo, mejores rendimientos y que se podía pensionar de forma anticipada, razón por la cual ella y varios compañeros se afiliaron, aunado a que algunos jefes de su empleador también les habían mencionado que faltaban varios por afiliarse al fondo de pensiones privado, ejerciendo así precisión verbal, dado que el fondo y el banco eran del mismo dueño, destacando que otro aspecto que motivo su traslado fue que les dijeron que COLPENSIONES sería liquidado y por eso habían creado los fondos privados,

por lo que firmó el formulario de vinculación voluntariamente, pero con la presión referida.

Refirió que sus vinculaciones con PROTECCIÓN S.A., antes SANTANDER y a COLFONDOS S.A., se dio por que el padre de sus hijos laboró en esos fondos y le pidió vincularse para alcanzar metas, el cual le dio la misma información que PORVENIR S.A., y dijo no saber más sobre ese régimen; además, expuso que su retorno a dicho fondo se dio por la facilidad para poder consultar información en el mismo y la rentabilidad que ofrecía, acotando que desea regresar al fondo público por que le ofrece una mejor pensión.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración a los que hacen alusión PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. en su alzada, cumple memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en



sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado respecto de COLPENSIONES, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen



ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se



declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta PORVENIR S.A. respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y al no salir avante los argumentos que expuso en la impugnación, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fue vencida en juicio. Sobre

el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora. (Subrayado por la Sala)

De ese modo, luce acertada la decisión del juez de primer grado. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.



COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de junio de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ALCARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 1100131050 07 2020 00031 01
DE MARTHA CECILIA RAMIREZ ORTIZ contra COLPENSIONES,
PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de septiembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

LA VISIÓN LTDA., a fin que se declare que la empleadora omitió liquidar y pagar las prestaciones sociales y aportes al sistema integral de seguridad social, de acuerdo con el salario realmente devengado entre el 1º de marzo de 2010 y el 30 de abril de 2018, así como que actuó de mala fe al realizar maniobras como pagos en efectivo y reportar un contrato de prestación de servicios ante la DIAN, ello a efectos de afectar el salario realmente devengado.

En consecuencia, se la condene al pago de la diferencia adeudada por concepto de prima de servicios, vacaciones, auxilio de cesantías, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que la señora MILEIDY APONTE CASTELBLANCO estuvo vinculada laboralmente con la sociedad accionada entre el 1º de marzo de 2010 hasta el 30 de abril de 2018, desempeñándose entre el 1º de marzo de 2010 y el 4 de diciembre de 2014 como Optómetra y con posterioridad como Directora Científica; que como salario se pactó la suma equivalente al mínimo legal mensual vigente más comisiones mensuales, las cuales retribuían la prestación del salario.

Que las comisiones se solucionaban en efectivo y desde el año 2015, aproximadamente, se consignaban en cuenta bancaria; que la empleadora no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

liquidó y solucionó las acreencias laborales deprecadas con base en el salario realmente devengado, en tanto las comisiones no fueran tenidas en cuenta, aunado a ello que los montos que solucionó por tal concepto, los reportó ante la DIAN como si procediesen de un contrato de prestación de servicios.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada GRUPO MEGACENTRO INTERNACIONAL DE LA VISIÓN LTDA. dentro del término legalmente concedido contestó la demanda, señalando que entre las partes mediaron varios contratos de trabajo a término fijo, del 1º de marzo al 30 de junio de 2010, del 1º de julio al 31 de diciembre de 2010, del 1º de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2011, del 1º de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2012, del 1 de enero de 2013 al 31 de enero de 2013; posteriormente mediante contrato de trabajo a término indefinido del 1º de enero de 2014 al 30 de abril de 2018.

Que el salario pactado ascendió al mínimo legal mensual vigente, y al final del año le era reconocido eventualmente un bono de mera liberalidad de acuerdo a las metas alcanzadas por cada punto, monto que no era constitutivo de salario, por ende, no adeuda acreencia laboral alguna.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y las demás que resulten probadas en el presente proceso.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de febrero de 2023, absolvió a la demandada GRUPO MEGACENTRO INTERNACIONAL DE LA VISIÓN LTDA. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas.

Para tal efecto señaló que, de las pruebas aportadas al plenario se acreditó que entre las partes existieron varios contratos de trabajo como medios vinculantes, por ende, y al militar en autos las liquidaciones definitivas de los mismos, no es dable estimar que se trató de una sola relación laboral; de tal manera que los últimos extremos laborales corresponden a los del último contrato pactado a término indefinido vigente entre el 1º de enero de 2014 y el 30 de abril de 2018, debiendo solo analizarse dicha relación contractual, pues las anteriores se entienden liquidadas.

Una vez determinado lo anterior estimó en lo referente al salario realmente devengado, que por activa debía acreditar que las denominadas comisiones eran solucionadas de manera habitual, ello a efectos de ser consideradas salario, lo cual no cumplió, en tanto en el interrogatorio de parte no precisó el valor mensual devengado ni tenía conocimiento de la manera en que se liquidaban y solo señaló un monto general que aduce devengó en el último año; aunado a ello, la certificación aportada al plenario no logra formar el convencimiento, en tanto no guarda su contenido relación con lo debatido en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el plenario, a realizar la actora en el interrogatorio de parte, manifestaciones de las comisiones que difieren de lo señalado en tal documental.

Así las cosas, las comisiones eran variables según sus dichos, y no se cumplió con la carga probatoria que permitiera su establecimiento o cuantificación, por lo que absolvió de las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación. Sustentó la misma en que si se acreditó el pago de las comisiones mediante el certificado que expidió la empleadora, en la cual se hizo constar que la trabajadora devengaba un salario básico de \$737.717 más comisiones no salariales por valor de \$2.770.000, para un total mensual de \$3.507.717, lo cual expidió en el año 2017.

De tal manera, que esa prueba da cuenta del pago de valores adicionales, y si bien dice que no son salario, la parte demandada no acreditó que existirá un pacto de exclusión salarial. En igual sentido, en el interrogatorio de parte de la demandada (minuto 0:24:2) confesó que los pagos que hacía a títulos de bonos, que en realidad eran comisiones, eran pagos que se generaron como retribución del servicio. En otro giro, que se solicitaron los registros contables en poder de la empresa en los que consten el pago de las comisiones, sin que en los documentos que aportó la empresa se adviertan tales pagos, por ende, de conformidad con el 133 del Decreto 2649 de 1993,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se deben tener por probados los hechos que se pretendían acreditar, lo cual además se encuentra en concordancia con el artículo 267 del C.G.P.

Refiere además que el valor era difícil de acreditarlo, por ende, la carga de la prueba recaía en la parte demandada quien tiene a su cargo la contabilidad de conformidad con el Decreto 2649 de 1993, que regula la contabilidad; aunado a ello, al menos si se acreditó que para el año 2017 devengaba un total de \$3.507.717.

Señala que la práctica de los empleadores para desconocer el carácter salarial de las comisiones es realizar el pago en efectivo, lo cual debió tenerse en cuenta para emitir condena, ello en tanto en el año 2016 se hicieron pagos por valor de \$33.000.000, por concepto de salarios y servicios (fl. 23).

Así mismo, se pasó por alto que el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, la cual regula que los pagos no constitutivos de salario no pueden ser superiores al 40% de la remuneración, lo que aconteció en el plenario y configura un actuar de mala fe de la sociedad, más aún cuando los pagos no fueron anuales sino mensuales.

Señala además que no se dio aplicación al principio de favorabilidad, según el cual la carga de la prueba la tiene el empleador ante la relación asimétrica; por el contrario, se privilegió la posición dominante de la parte demanda, sin que se haya tenido en cuenta que no asistió a la primera audiencia ni a la audiencia de conciliación a la que se citó a la parte demanda antes del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

proceso. Finalmente, refiere que en el evento de no revocarse en su integridad la sentencia de primera instancia, se lo haga de manera parcial a efectos de emitir condena por el año 2017.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si se debe emitir condena por concepto de reliquidación de acreencias laborales en virtud de la repercusión en el salario por haber devengado comisiones.

4.3 Contrato de trabajo:

Inicialmente debe acotarse que por activa se pretendió la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo, cuyos extremos labores alegados corresponden del 1º de marzo de 2010 al 30 de abril de 2018; frente a tal pretensión la *a-quo* estimó que entre las partes mediaron sendos contratos de trabajo, por lo cual solo era dable analizar el último contrato de trabajo,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esto es, el vigente entre el 1º de enero de 2014 y el 30 de abril de 2018, aspecto que no fue objeto de alzada.

Así las cosas, para efectos de analizar la reliquidación deprecada, se tendrá en cuenta únicamente el último contrato de trabajo, esto es, se reitera, el vigente entre el 1º de enero de 2014 y el 30 de abril de 2018.

4.4 Reliquidación salarial:

Una vez determinado lo anterior, se tiene de la revisión de la demanda que se alega por activa que entre las partes se pactó como salario la suma equivalente al mínimo legal mensual vigente, no obstante, también devengó comisiones, las cuales se causaban en atención a las ventas reportadas por el establecimiento de comercio en el cual la accionante prestaba el servicio; así mismo, que los valores se fijaron de acuerdo a la tabla establecida por la empresa de la siguiente manera:

AÑO	SALARIO	PROMEDIO DE COMISIONES	TOTAL
2014	\$616.000	\$1.500.000	\$2.116.000
2015	\$634.350	\$1.900.000	\$2.534.350
2016	\$689.455	\$2.099.190	\$2.788.645
2017	\$737.717	\$2.770.000	\$3.507.717
2018	\$781.242	\$3.000.000	\$3.781.242



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De tal manera, que *a contrario sensu* de lo alegado por el recurrente, la parte demandante tenía la carga demostrativa de acreditar no solo que se devengaban comisiones, sino el monto de las mismas, tal como lo consagra el artículo 167 del C.G.P.

Debe señalarse en lo atinente a este aspecto que la parte demandante aduce que no se tuvo en cuenta que la sociedad accionada no compareció a la audiencia de conciliación de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., no obstante, de la revisión de la audiencia se tiene que la Juez no aplicó sanción alguna, ni mucho menos estableció los hechos susceptibles de confesión; por el contrario, decidió de manera expresa no aplicarlas por las condiciones que se atravesaban en virtud de la pandemia Covid19, sin que se advierta que se haya manifestado inconformidad alguna por la parte demandante.

De tal manera, que por activa se encontró conformidad, en esa oportunidad, en la decisión de no aplicar sanción ante la inasistencia, sin que sea de recibo que se sustente la apelación de la sentencia en un aspecto que no se controvertió en la oportunidad procesal oportuna. No debe soslayarse, además que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL660-2019, Radicación No. 61494 del 6 de marzo de 2019, señaló:

“A más de lo anterior, pertinente es recordar también lo dicho en sentencia CSJ SL17063-2017, cuando al efecto señaló:

“Si se dejara de lado lo anterior, el ataque tampoco puede salir triunfante, dado que la confesión ficta que se dice no fue tomada en cuenta por el tribunal, en manera alguna tiene valor probatorio, ya que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no basta con la simple constancia dejada por el Juzgado de conocimiento en relación a la incomparecencia del representante legal de la demandada a la audiencia de conciliación obligatoria, o la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 77 del CPTSS bajo la simple aseveración de que se declara confesa a la accionada «sobre los hechos de la demanda» (folio 211 del cuaderno del juzgado); porque para su validez se requiere de la declaración del juez instructor, en la que se exprese adecuadamente y en forma concreta sobre cuáles hechos recaerá dicha confesión, sin que sea de recibo una alusión general e imprecisa de ellos, actividad que en el sub lite como se observa no se cumplió, lo cual no mereció reparo de la parte actora en la audiencia de trámite, y en consecuencia, no es factible como se pretende en sede de casación, que frente a los puntos ahora en discusión, se le dé los efectos de la confesión ficta o presunta, la cual se repite no fue debidamente estructurada como lo exige la ley procesal.

“Al respecto se puede consultar, entre otros pronunciamientos, las sentencias de la CSJ SL, 6 sep. 2012 rad. 39506 y SL 6 feb. 2013 rad. 40498 (Subraya la Sala).

Así las cosas, no se invirtió la carga probatoria por la inasistencia a dicha audiencia; en igual sentido, el hecho aducido por el censor atinente a la inasistencia de la accionada a una audiencia prejudicial de conciliación, tampoco acredita los hechos de la demanda, ni mucho menos, debe estimarse que la carga correspondía al empleador en aplicación del principio de favorabilidad, pues el mismo no conlleva a invertir la carga de la prueba, en tanto tal figura jurídica hace referencia a la aplicación de la normativa más favorable al trabajador, mas no el suplir el *onus probandi* que el corresponde a la demandante de conformidad con el artículo 167 del C.G.P.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Aduce además el recurrente, que la parte accionada no presentó los registros contables que certifiquen los montos solucionados por concepto de comisiones, por lo cual se debía tener por probado tal hecho, de conformidad con los artículos 133 del Decreto 2649 de 1993 y 267 del C.G.P.

Al respecto debe señalarse que en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. no se decretó la exhibición de documentos, sino que solo se ofició a la parte demandada a fin que aportara, entre otras documentales, los soportes contables de los pagos de nómina realizados a la demandante desde el 1º de marzo de 2010 al 30 de abril de 2018, copia de los recibos de nómina expedidos por cuenta del contrato con la demandante desde el 1 de marzo de 2010 al 30 de abril de 2018 y libros de contabilidad años 2010 a 2018, mismas que fueron aportadas por la accionada, quien aportó los libros contables (archivos digitales: 16LibroContable1.pdf, 17LibroContable2.pdf y 18LibroContable3.pdf).

De tal manera, que el hecho que no se aportaran documentos que expresaran lo pretendido por activa, esto es que se solucionaran comisiones mensualmente y sus montos, en manera alguna implica tener por probados los hechos de la demanda.

En igual sentido, el artículo 113 del Decreto 2649 de 1993, consagraba:

“ARTICULO 133. EXHIBICION DE LIBROS. Salvo lo dispuesto en otras normas, el examen de los libros se debe practicar en las oficinas o establecimientos del domicilio principal del ente económico, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

presencia de su propietario o de la persona que este hubiere designado expresamente para el efecto.

“Cuando el examen se contraiga a los libros que se lleven para establecer los activos y las obligaciones derivadas de las actividades propias de cada establecimiento, la exhibición se debe efectuar en el lugar donde funcione el mismo, si el examen hace relación con las operaciones del establecimiento.

“Si el ente económico no presenta los libros y papeles cuya exhibición se decreta, se tendrán como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponga demostrar, si para los mismos es admisible la confesión, salvo que aparezca probada y justificada su pérdida, extravío o destrucción involuntaria.

“Si al momento de practicarse la inspección los libros no estuvieren en las oficinas o establecimiento del ente económico, este puede demostrar la causa que justifique tal circunstancia dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la exhibición. [...]

Así las cosas, la prueba documental que fue decretada por la *a-quo* no se asimila a la exhibición de libros regulada en la normativa anterior; situación que también se predica de la prueba de exhibición de documentos regulada en el artículo 265 del C.G.P., el cual establece que “*La parte que pretenda utilizar documentos o cosas muebles que se hallen en poder de otra parte o de un tercero, deberá solicitar, en la oportunidad para pedir pruebas, que se ordene su exhibición*”; a su vez el artículo 266 *ejusdem*, consagra el trámite refiriendo que “*Si la solicitud reúne los anteriores requisitos el juez ordenará que se realice la exhibición en la respectiva audiencia y señalará la forma en que deba hacerse*” [...] “*Presentado el documento el juez lo hará transcribir o reproducir, a menos que quien lo exhiba permita que se incorpore al*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

expediente. De la misma manera procederá cuando se exhiba espontáneamente un documento. Si se trata de cosa distinta de documento el juez ordenará elaborar una representación física mediante fotografías, videograbación o cualquier otro medio idóneo”.

De igual manera, el artículo 133 del C.G.P. regula la exhibición de libros, señalando que:

“Salvo lo dispuesto en otras normas, el examen de los libros se debe practicar en las oficinas o establecimientos del domicilio principal del ente económico, en presencia de su propietario o de la persona que este hubiere designado expresamente para el efecto”.

“Cuando el examen se contraiga a los libros que se lleven para establecer los activos y las obligaciones derivadas de las actividades propias de cada establecimiento, la exhibición se debe efectuar en el lugar donde funcione el mismo, si el examen hace relación con las operaciones del establecimiento.

Si el ente económico no presenta los libros y papeles cuya exhibición se decreta, se tendrán como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponga demostrar, si para los mismos es admisible la confesión, salvo que aparezca probada y justificada su pérdida, extravío o destrucción involuntaria.

De tal manera, que no se decretó como prueba una exhibición de documentos o de libros, sino que se ofició a la sociedad accionada para que remitiera unas piezas documentales, mismas que fueron aportadas al plenario, y si bien las mismas no acreditan el supuesto fáctico de la demanda, dicha situación en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

manera alguna implica asumir una presunción de veracidad, como lo sostiene el apelante.

Una vez determinado lo anterior, esto es, que la parte demandante tenía la carga probatoria de acreditar que devengaba comisiones así como el monto de las mismas en correspondencia con lo alegado en el supuesto fáctico de la demanda, debe señalarse que el artículo 127 del C.S.T. establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero 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, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del C.S.T. establece que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituyen salario, serán excluidos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Bajo este escenario, pertinente resulta poner de presente que no se pactó en el contrato de trabajo ni en documento adicional, ni el pago de comisiones ni que se devengaran emolumentos que no constituyen salario. En ese sentido, se debe establecer si la parte demandante con el material probatorio aportado al plenario, demostró de manera fehaciente que devengó comisiones por ventas en los montos mencionados en la demanda.

Así las cosas, se aduce como principal prueba de haberse devengado tales conceptos, la certificación aportada al plenario del 5 de mayo de 2017, la cual refiere:

“La señora APONTE CASTEBLANCO MILEIDY identificada con C.C. No. 52.309.336, labora con nosotros desde el día 01 de Marzo 2010 hasta la fecha, desempeñándose en el cargo de OPTOMETRA con un contrato a término Indefinido, devengando un salario de \$737.717, más comisiones no salariales de 2.770.000 para un ingreso mensual de 3.507.717.

Tal prueba documental, no da cuenta que se haya percibido dicho monto durante toda la anualidad del 2017, pues data del mes de mayo, y no permite establecer que dicho pago haya sido habitual o mensual. Por el contrario, solo refiere a “comisiones no salariales”, lo cual no logra formar el convencimiento de la Sala de que en efecto se haya solucionado dicho monto de manera periódica. En igual sentido, el reporte verificado a la DIAN, tampoco permite acreditar que hayan existido pagos mensuales por concepto de comisiones ni el monto de los mismos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, en el interrogatorio de parte de la representante legal de la accionada no se confesó que solucionaran comisiones; por el contrario, aseveró que, a fin de año, de manera esporádica, se otorgaba un pago denominado bono, y eral tal concepto el que se reportaba a la DIAN, aseveraciones que no advierte la Sala impliquen una confesión del pago de comisiones y mucho menos de los montos en los términos alegados en la demanda.

En igual sentido, la representante legal aseveró que los bonos se pagaban para retribuir el servicio, más tal aspecto no implica confesar que el pago se realizara a título de comisiones mensuales en los montos referidos.

La parte demandante aseveró que devengaba un salario por prestar sus servicios como optómetra y que además le solucionaban comisiones las cuales se causaban por la venta de los productos que enajenaba la óptica, las cuales dependían de la dinámica de cada óptica, al existir varias en el grupo de la empresa; no obstante, no refirió los montos exactos refiriendo solo que se daban metas por la empleadora, señalando solo que para el último año ascendían aproximadamente a \$3.000.000 o que eran aproximadamente del 10% de la ventas.

Así las cosas, no se advierte que se haya acreditado de manera concreta y fehaciente la periodicidad de las comisiones ni el monto de las mismas, lo cual imposibilita emitir una condena sobre el particular.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Debe referirse además que no es factible revocar la sentencia por lo aducido en el recurso, atinente a la aplicación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, el cual regula que los pagos no constitutivos de salario no pueden ser superiores al 40% de la remuneración, ello en tanto, la absolución se fundamentó en el hecho de no haberse acreditado el pago mensual de las comisiones ni su monto, corolario al que también llegó la Corporación.

Así las cosas se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia, sin que además sea dable impartir condena por el año 2017, en tanto el certificado no permite formar el convencimiento que el monto aducido haya sido percibido durante todas las mensualidades.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de febrero de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : 1100131050 10 2020 00038 01
Demandante: MARÍA EUGENIA MONZÓN TRUJILLO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida el 17 de marzo de 2023 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, asunto originario del Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, fue advena a las pretensiones impetradas por la actora.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora MARÍA EUGENIA MONZÓN TRUJILLO promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que como afiliada ante la encartada ha perdido el 57.67% de su capacidad laboral, de allí que igualmente se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del mismo momento en que le fue diagnosticada su incapacidad total y definitiva.

Por consiguiente, se condene a la entidad a cancelarle la prestación por invalidez a partir del 13 de noviembre de 2018 con su correspondiente indexación, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 26 de marzo de 1990 hasta el 2 de enero de 1998, así como que su fecha de nacimiento lo fue el 10 de septiembre de 1966.

Que desde el 6 de diciembre de 1993 comenzó a sufrir cambios en su salud, tan es así que en la mentada fecha se efectuó un cambio valvular aórtico mecánico, en la anualidad 2008 le fue cambiada la aorta ascendente y se hizo otro reemplazo de aorta descendente, adicional a que, en el mes de noviembre de 2016 le fue practicada una disección de aorta abdominal, concluyéndose que padecía del Síndrome de Marfan.

Expuso que, con ocasión de la anterior, el 13 de noviembre de 2018 le fue emitido un dictamen de pérdida de capacidad laboral en porcentaje del 57.67%, lo que conllevó a que el 11 de abril de 2019 solicitara ante COLPENSIONES la pensión de invalidez.

Que a pesar de lo anterior, la encartada mediante la Resolución SUB 17471 negó la prestación, a lo que arguye desconocerse derechos adquiridos en razón



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a las normas vigentes para la resolución de su asunto, junto con la figura de la condición más beneficiosa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda indicando que si bien obra concepto que se emitiera donde al actor le fue calificada una pérdida de capacidad laboral del 57.67%, de conformidad con lo estatuido en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral y, con ocasión de la fecha del estado de invalidez, la prestación debe estudiarse a la luz de lo establecido en la Ley 860 de 2003 de 2003 por ser la prerrogativa vigente a la fecha de la estructuración, sin que el actor ostente los requisitos pertinentes, especialmente la densidad de semanas.

Formuló los medios exceptivos de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, luego de conocer el proceso proveniente del Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida 17 de marzo de 2023 declaró probadas las excepciones de mérito formuladas por la encartada, absolviéndola de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* que, de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la norma que rige la prestación es la vigente a la fecha de la estructuración de la invalidez.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que con ocasión de lo anterior, teniendo en cuenta que el dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado a la demandante por parte de COLPENSIONES fue el 4 de enero de 2019, el cual estableció que dicha pérdida de capacidad data del 13 de noviembre de 2018, es por lo que la norma vigente es la Ley 860 de 2003, por la cual se modificaron algunas disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Expuso que, en virtud de ello, la demandante no acreditó los requisitos contemplados en la norma para la concesión del derecho por invalidez, toda vez que de conformidad con la Ley 860 de 2003, a pesar de que la actora fuese calificada con una invalidez de origen común del 57.67%, no acreditó 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, máxime si se tiene en cuenta que cesó cotizaciones desde el 31 de agosto de 1998.

Seguidamente, el operador de instancia llevó a cabo un análisis con el fin de auscultar si la demandante era beneficiaria o no del principio constitucional de la condición más beneficiosa, la cual a la luz de los postulados emanados por el órgano de cierre, consiste en la preservación de las condiciones o requisitos establecidos en la disposición anterior para acceder a una prestación cuando aquella ha sido sustituida por otra, análisis que para el asunto de marras opera de la Ley 860 de 2003 a la Ley 100 de 1993 en su versión original, sin que dicho principio pueda ser aplicado en cualquier tiempo o norma.

Que en tal sentido, el principio solo podía justificarse durante un lapso de 3 años con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, de manera que solo podían acudir a esta garantía quienes estructuraran su invalidez entre el 2003 y el 27 de diciembre de 2006; circunstancia por la cual, en razón a que la invalidez de la aquí demandante se estructuró el 13 de noviembre de 2018, no es dable aplicar la figura de la condición más beneficiosa objeto de reproche, ni mucho menos remitirse al contenido de la Ley 100 de 1993 – texto original.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

No obstante, solo en gracia de discusión, si se declarara la tesis de que la señora MARÍA EUGENIA MONZÓN TRUJILLO es beneficiaria de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y, por ende, entrar a analizar la prestación solicitada bajo el imperio de la Ley 100 de 1993 de su versión original, se llegaría a la misma conclusión, pero por una vía diferente, esto es, que la actora tampoco acredita el derecho a la prestación por invalidez como quiera que el artículo 39 de esa disposición normativa, ya para el momento del estado de invalidez que lo fue en el mes de noviembre de 2018, no ostentaba 26 semanas durante el último año inmediatamente anterior puesto que su última semana de cotización la realizó en el año de 1998.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Se estudiará el asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante señora MARÍA EUGENIA MONZÓN TRUJILLO, por cuanto la decisión de primer grado fue desfavorable a sus pretensiones, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto de marras, deberá determinarse si es procedente a favor de la demandante señora MARÍA EUGENIA MONZÓN TRUJILLO el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez perseguida.

De resultar avante lo anterior, se auscultará a partir de cuándo le asiste derecho al demandante de percibir la prestación, así como el monto de la misma.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del problema jurídico expuesto en precedencia, pertinente resulta poner de presente los siguientes aspectos que no fueron objeto de reproche:

(i) Que la demandante efectuó al extinto ISS un total de 398 semanas por el periodo comprendido entre el 26 de marzo de 1990 y el 31 de agosto de 1998, según se advierte de la Resolución SUB 174717 del 5 de julio de 2019 expedida por COLPENSIONES (Fls. 14 a 33 – PDF 01EXPEDIENTE DIGITAL).

(ii) Que mediante la mentada Resolución SUB 174717 del 5 de julio de 1998, COLPENSIONES negó la pensión de invalidez aquí deprecada por la demandante, bajo el entendido que no acreditaba la densidad el requisito de semanas contemplada en la Ley 860 de 2003 para acceder a la prestación, como tampoco era beneficiaria del principio de la condición más beneficiosa.

(iii) Que la demandante señora MARÍA EUGENIA MONZÓN TRUJILLO fue calificada por COLPENSIONES a través del Dictamen DMI 3369595 del 4 de enero de 2019, donde se le determinó una pérdida de capacidad laboral de origen común en porcentaje del 57.67%, con fecha de estructuración el 13 de noviembre de 2018 (Fls. 2 a 11 14 a 33 – PDF 01EXPEDIENTE DIGITAL).

d. De la pensión de invalidez:

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993, establece:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

A su turno, el artículo 39 de la misma disposición normativa, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, dispuso:

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. *Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*
2. *Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.*

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE** exequible> Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”

Así las cosas, pertinente resulta manifestar que la pensión de invalidez fue creada por el legislador con la finalidad de preservar aquellas eventualidades generadas a razón de enfermedades o accidentes que inhabiliten al afiliado desarrollar en cabal seguimiento sus actividades laborales.

En tal sentido, en primera medida se advierte que en lo que concierne al estado de invalidez para el reconocimiento de la prestación, yace el Dictamen DMI 3369595 del 4 de enero de 2019, a través del cual COLPENSIONES le determinó a la demandante una pérdida de capacidad laboral de origen común del 57.67%, cuya fecha de estructuración se ocasionó a partir del 13 de noviembre de 2018, dictamen que quedó en firme ante la falta de interposición



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de recursos; constituyéndose así el primer requisito para el reconocimiento de la prestación según los lineamientos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en lo que atañe al requisito de las semanas necesarias para el otorgamiento pensional en los términos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, la norma en mención para el presente asunto determina dos supuestos para la adquisición de este requisito, siendo el primero de ellos que el afiliado haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años a la fecha de estructuración, mientras que el segundo dispone que cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, tan solo requerirá haber cotizado 25 semanas dentro en los últimos tres años de su invalidez.

Así las cosas, confrontada la Resolución SUB 174717 del 5 de julio de 2019, se aprecia que la demandante señora MARÍA EUGENIA MONZÓN TRUJILLO acreditó un total de 398 semanas por el periodo comprendido entre el 26 de marzo de 1990 y el 31 de agosto de 1998, de allí que sin dubitación alguna y según lo expuesto por el operador de instancia, al tenor del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, no acreditó 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente a la fecha de estructuración de la enfermedad que lo fue el 13 de noviembre de 2018, ni mucho menos el 75% de las semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez con la finalidad de que ostentara 25 semanas en los últimos 3 años, situaciones todas por las que habrá de confirmarse este puntualísimo aspecto.

e. Del principio de la condición más beneficiosa a efectos de acceder a la prestación por invalidez:

En tratándose del principio constitucional de la condición más beneficiosa, deja de presente este cuerpo colegiado que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que este principio no se extiende en el tiempo, entendido tal aspecto que se predica la aplicación del régimen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

inmediatamente anterior al vigente al momento de la estructuración de la invalidez, según corresponda, toda vez que el Juez no puede efectuar un ejercicio histórico sobre las normas que regulan la materia para resolver el caso en concreto, así se ha tratado en distintas decisiones, tales como la SL2012-2023, Radicación No. 94242 del 23 de agosto de 2023, SL1969-2023, Radicación No. 93095 del 16 de agosto de 2023, SL2010-2023, Radicación No. 95076 del 25 de julio de 2023, entre otras.

Al unísono, la Corte en reciente jurisprudencia, como la referida sentencia SL1969-2023, Radicación No. 93095 del 16 de agosto de 2023, explicó el principio de la condición más beneficiosa que ha venido manteniendo ese órgano de cierre, así como su aplicabilidad frente a disposiciones normativas entre la Ley 860 de 2001 y la Ley 100 de 1993, donde a su vez auscultó la temporalidad de aplicación de este principio, en los siguientes términos:

“Es criterio reiterado de la Corte, que el derecho a la pensión de invalidez, en principio, debe dirimirse a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento de su estructuración. En ese sentido, como en este caso, ello ocurrió el 26 de marzo de 2017, la disposición que, gobierna la situación pensional, es el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

Ahora, ante la ausencia normativa de un régimen de transición, la jurisprudencia de esta Corte ha permitido la concesión del derecho, bajo el cumplimiento de los requisitos consagrados en la disposición inmediatamente anterior a la norma vigente, con el propósito de garantizar y proteger a quienes, al momento del tránsito legislativo, tenían consolidada una expectativa. Tal como se expuso en la sentencia CSJ SL, 28 jul. 2012, rad. 38674.

Lo anterior, en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa el cual tiene las siguientes características:

- a) Es una excepción al principio de la retrospectividad.*
- b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo.*
- c) Procede cuando se predica la aplicación de la normativa inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro.*
- d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición.*
- e) Se aplica no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta.

- f) Respetar la confianza legítima de los destinatarios de la norma.*
- g) No es absoluto ni atemporal (sentencias CSJ SL2358-2017 y CSJ SL1884-2020).*

En relación con esta última particularidad, ha resaltado esta Sala de Casación que la aplicación de la condición más beneficiosa debe ser proporcional y razonable, con el objeto de proteger expectativas legítimas ante un cambio normativo, pero sin que pueda utilizarse para perpetuar un régimen pensional anterior e impedir que las reformas legislativas en la materia se hagan efectivas. Así se precisó en decisión CSJ SL1884-2020, donde se indicó:

La característica relativa a que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, significa que no puede utilizarse para garantizar la perpetuidad de un régimen que en un tiempo pretérito estuvo vigente y le era aplicable a un sujeto o a un grupo de personas, dado que, bien comprendido, su ámbito de aplicación se orienta a conservar un régimen normativo anterior, cuando quiera que el titular haya cumplido una condición relevante del mismo que, si bien no es definitiva para adquirir el derecho, juega un rol fundamental en su consolidación.

En este sentido, la condición más beneficiosa se sitúa en un lugar más allá de la simple expectativa para ubicarse en el concepto de expectativa legítima tutelable por el ordenamiento jurídico, en la medida en que no desconoce y ampara la consolidación de una exigencia relevante, que si bien no es suficiente para alcanzar el derecho en tanto no se ha cumplido otra condición ulterior, sí genera la confianza fundada que el régimen en que estaba incurso y en el que cumplió algunos presupuestos, será respetado.

Sin embargo, su aplicación no puede ser irrestricta al punto de petrificar la legislación e impedir la puesta en marcha de reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad de los derechos de la comunidad o la supervivencia de instituciones y prestaciones fundamentales para la sociedad. En otras palabras, su aplicación debe ser razonable y proporcional, a fin de no lesionar o comprometer severamente otros derechos de interés público y social.

Así, desde la sentencia CSJ SL2358-2017, se definió una temporalidad para la aplicación de este principio, y se fijó un límite de tres años contados desde la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, a favor de quienes tenían una expectativa legítima. Por ende, la condición más beneficiosa tendría lugar únicamente cuando la invalidez del afiliado surge entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, después de esta fecha se aplica el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, sin que sea posible acudir a la legislación anterior en virtud del referido postulado constitucional.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En tal sentido, puede colegirse que la demandante no es merecedora de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en la medida que al haber sido determinada su invalidez de origen común a partir del 13 de noviembre de 2019, palmario resulta que no se encuentra dentro del rango de temporalidad dispuesto en la jurisprudencia, esto es, el periodo comprendido entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, situaciones todas que conllevan a que la absolución dispuesta en primera instancia sea confirmada. **SIN COSTAS** en esta instancia como quiera que el asunto se está estudiando en el grado jurisdiccional en favor de la parte demandante.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de marzo de 2023 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, asunto proveniente del Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, todo de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : 1100131050 11 2018 00557 01
Demandante: NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, al abogado SANTIAGO BERNAL PALACIOS, identificado con cédula de ciudadanía 1.016.035.426 y T.P. 269.922 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 2 de febrero de 2023 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, quien asumió conocimiento del presente asunto y que inicialmente le correspondiese por reparto al Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo estatuido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que le sea reconocida pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.), a partir del 1º de abril de 2014, junto con el pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre, indexación y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que contrajo matrimonio por el rito católico en la ciudad de Bogotá con el causante señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.), el 28 de mayo de 1973, quien falleció el 1º de abril de 2014.

Seguidamente, relató que al causante le fue reconocida pensión de vejez por parte de COLPENSIONES a través de la Resolución 5800 de 1990, a partir del 1º de agosto de 1990.

Asimismo, manifestó que como cónyuge hizo vida marital hasta la fecha de fallecimiento del señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.), pero a pesar de ello, la encartada mediante Resolución SUB 107033 del 20 de abril de 2018 negó la pensión de sobrevivientes bajo el entendido que no había ostentado el requisito de convivencia con el causante dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a su deceso, decisión que por demás fue confirmada por la entidad mediante Resolución SUB 180958 del 7 de julio de 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que la demandante no acreditó los requisitos pensionales dispuestos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, ello por cuanto de conformidad con la Resolución SUB 107033 del 20 de abril de 2018, se adelantó

una investigación administrativa de la cual se pudo desprender que la actora no convivió 5 años continuos con el causante anteriores a su deceso.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indexación, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

En este punto, es menester poner de presente que mediante proveído calendado el 20 de agosto de 2019 se dispuso la vinculación de la señora ALBA MARÍA HUERTAS RUBIANO en calidad de tercera *ad excludendum*, sujeto quien, con posterioridad, más exactamente el 25 de febrero de 2020, se le desvinculó del trámite por cuanto falleció el 8 de septiembre de 2017 según se demostró con la copia del registro civil de defunción (Fls. 108 a 112 - PDF 01 EXPEDIENTE FÍSICO).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de febrero de 2023 declaró que a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en un 100% con ocasión del fallecimiento de su cónyuge señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.), a partir del 2 de abril de 2014 y sobre 14 mesadas pensionales al año, declarando a su vez no probados los medios exceptivos formulados por COLPENSIONES.

Por consiguiente, condenó a COLPENSIONES al pago de la pensión de sobrevivientes en un 100% a partir del 2 de abril de 2014 y a razón de 14 mesadas anualmente que en vida venía percibiendo el causante, junto con sus respectivos reajustes anuales e indexación, así como que del retroactivo pensional generado se autorice a la entidad a efectuar los correspondientes descuentos en salud.

Para arribar a dicha conclusión, indicó inicialmente que según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de pensiones de sobrevivientes, para proceder al respectivo estudio del derecho debe determinarse inicialmente la normativa a aplicar, por lo que al fallecer el señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.) en la anualidad 2014, el estudio pensional debe ser analizado bajo la égida del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó a su vez el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, expuso que en atención del caudal probatorio de carácter documental que reposa dentro del plenario, se constató que al causante COLPENSIONES le había reconocido pensión de vejez mediante la Resolución 5800 de 1990.

También manifestó el *a-quo* que la demandante demostró en juicio haber contraído matrimonio con el causante en el año 1973, de allí que el órgano de cierre también ha dispuesto jurisprudencialmente que entre cónyuges el requisito de la convivencia que consagra el precepto normativo, esto es, 5 años, puede ser demostrada en cualquier tiempo; circunstancia por la cual, coligió que en virtud de las pruebas tanto documentales como testimoniales, la señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ probó la convivencia deprecada y, en tal sentido, reconoció el derecho pensional con la indexación en atención de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En últimas, decidió que no operó fenómeno prescriptivo trienal alguno sobre ninguna de las mesadas pensionales determinadas a favor de la demandante.

Pertinente resulta poner de presente que en proveído calendado el 20 de agosto de 2019 se dispuso la vinculación al trámite procesal de la señora ALBA MARÍA HUERTAS RUBIANO en calidad de tercera *ad excludendum* y, en auto adiado el 25 de febrero de 2020, se prescindió de su comparecencia por cuanto dicho sujeto falleció 8 de septiembre de 2017 según se auscultó de la copia del registro civil de defunción (Fls. 108 a 109 y 111 a 112 – PDF 01 EXPEDIENTE FÍSICO).

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que dentro del presente asunto se configura cosa juzgada, pues si bien en las consideraciones de la sentencia se efectuó un análisis acerca de los trámites adelantados ante el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, no se hace mención que nos encontramos frente a un proceso que busca revivir uno que ya se encuentra debidamente surtido y en el cual se decidió la absolución de todas las pretensiones.

Insiste en la configuración de la cosa juzgado frente a la demanda que cursó en el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, puesto que arguye la existencia de una identidad de partes con el presente asunto, *causa petendi* e identidad en el objeto, máxime si la aquí demandante en ese proceso tuvo la oportunidad de presentar oposición a la demanda, de practicar pruebas testimoniales que también fueron analizadas, interponer recursos, presentar apelación para que se surtiera la segunda instancia en aras de hacer prevalecer su presunto derecho como beneficiaria de la sustitución pensional, tan es así que pudo acudir a instancia de casación para hacer valer las decisiones allí definidas. Al unísono, también solicitó la absolución de costas y agencias en derecho.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si le asiste derecho a la aquí demandante señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE

BERNAL al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.).

c. Del caso en concreto:

Previo al abordaje del planteamiento jurídico referido, importante resulta mencionar que COLPENSIONES en su recurso de apelación argumenta la configuración de una cosa juzgada, en tanto alude que se configuraron los presupuestos de la misma dentro del proceso ordinario con radicación 1100131050 18 2015 00207 00 que se adelantó ante el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el cual se profirió sentencia.

De entrada, advierte la Sala que por pasiva solo se esboza la excepción de cosa juzgada en la alzada, sin que hubiese formulado el medio exceptivo correspondiente. No obstante, en atención a que la excepción de cosa juzgada puede ser estudiada de oficio y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se estudia el asunto en favor de COLPENSIONES, la Sala procederá con su análisis, indicando que dicho medio exceptivo no goza de vocación de prosperidad.

Al respecto, es necesario acudir a lo establecido en el artículo 303 del C.G.P, norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., consagrando la primera norma el fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial. Frente a dicha institución, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado entre otras, en la sentencia SL8658 de 2015, rememorada en la sentencia SL1303 de 2018, que:

“[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias”.

Igualmente, el máximo órgano de cierre en sentencia SL3915-2021, Radicación No. 8220 del 23 de agosto de 2021 enfatizó que:

“De igual forma, dicha figura tiene como propósito dejar en firme todas aquellas decisiones que hayan sido pronunciadas por los jueces conforme a derecho, para no reactivar dichos procesos de manera indefinida, alterando así la seguridad jurídica que para las partes representa un fallo proferido.”

Para mayor entendimiento, la Alta Corporación en sentencia SL814-2022, Radicación No. 79462 del 16 de marzo de 2022, realizó un análisis sobre una línea de precedente jurisprudencial en lo atinente al entendimiento que la Sala de Casación laboral ha emanado de antaño sobre esta figura, considerando lo siguiente:

“Sobre este tópico, la Corporación en sentencia CSJ SL11414-2016, discurrió:

Sobre el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, para que sea procedente, es preciso recordar que, en ambos procesos judiciales debe concurrir los tres requisitos comunes que son: 1) Identidad de persona (eadem personae): debe tratarse del mismo demandante y demandado; 2) Identidad de la cosa pedida (eadem res): el objeto o beneficio jurídico que se solicita (no el objeto material) debe ser el mismo, es decir, lo que se reclama; y 3) Identidad de la causa de pedir (eadem causa petendi): el hecho jurídico o material que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, esto es, el por qué se reclama.

Los anteriores requisitos o elementos, se encuentran presentes en la norma que consagra la cosa juzgada, valga decir, el art. 332 del CPC hoy art. 303 del Código General del Proceso, aplicable por analogía del art. 145 del CPT y SS., que exige para su declaratoria que «el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes».

Bajo esta égida, aprecia la Sala que en atención de las pruebas recaudadas en el transcurrir del trámite procesal, inclusive las traídas a juicio de manera oficiosa por el Juzgado de instancia, en efecto se ausculta que en el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá se adelantó demanda ordinaria bajo la radicación 10131050 18 2015 00207 00, donde fue demandante la señora ALBA MARÍA HUERTAS RUBIANO y demandadas COLPENSIONES y la aquí demandante señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DEBERNAL, proceso en el que se profirió sentencia tanto en primera como en segunda instancia absolviendo a las allí demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

En dicha demanda la señora ALBA MARÍA HUERTAS RUBIANO pretendió que con ocasión del fallecimiento del señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.) le fuese reconocida en su calidad de compañera permanente la pensión de sobrevivientes sobre un 100%, aspecto que fue absuelto en su integridad ya que en ambas instancias se determinó que la señora ALBA MARÍA HUERTAS RUBIANO no había acreditado convivencia alguna con el fallecido en calidad de compañera permanente.

Frente al derecho pensional de la aquí demandante, señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL, no se analizó nada al respecto, ello en tanto no deprecó pretensión alguna en dicho proceso.

En tal sentido, la Sala puede colegir que contrario a lo argumentado por COLPENSIONES, no se configuraron los elementos de la cosa juzgada, como quiera que si bien en principio existió identidades de personas o *eaedem personae* por haber sido demandada la señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES dentro del proceso 11001310 50 18 2015 00207 00, no se configuraron los dos requisitos restantes para la configuración del medio exceptivo, esto es, identidad de la cosa pedida o *eadem res* e identidad de pedir o *eadem causa petendi*.

Ello por cuanto lo definido en la demanda que se adelantó ante el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá gravitó únicamente a auscultar el derecho pensional respecto de la allí demandante, señora ALBA MARÍA HUERTAS RUBIANO, pero en nada se decidió acerca del derecho de pensión de sobrevivientes de la señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL; de allí que no pueda interpretarse que por el simple hecho de que esta última se le llamó a juicio en ese momento, deba entenderse como un impedimento para que en esta oportunidad se analice el derecho prestacional deprecado, aspectos todos por los que no se configuró el medio exceptivo objeto de reproche.

Otro tópico a destacar es que según lo ha definido el órgano de cierre, tratándose de pensiones de sobrevivientes, siempre y cuando la disputa entre compañera y cónyuge no verse a que alguna haya sido llamada en calidad de tercera *ad excludendum*, no es necesaria su comparecencia para la continuidad del trámite, así lo definió la Corte en sentencia SL18102-2016, Radicación No. 455856 del 7 de septiembre de 2016, en la que sostuvo:

“El censor le achaca al Tribunal una transgresión al principio de consonancia contemplado en materia laboral en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., porque en su criterio, desbordó el marco de su competencia, al haber dirimido la prestación de sobrevivientes en favor MARÍA DEL CARMEN ARTEGA OBANDO, no obstante que ella fue llamada a proceso como litisconsorte necesaria y no como interviniente ad excludendum y en esa medida echa de menos el no haber planteado demanda en los términos del artículo 53 del C. de P. C.

Al respecto se ha de señalar que la jurisprudencia de la Corte, ante la diversidad de criterios de los distintos juzgadores de instancia por la dificultad que presenta el tema, ha sentado la pauta consistente en que en principio, cuando exista disputa del derecho a la pensión de sobrevivientes entre cónyuge y compañera permanente, o entre compañeras permanentes no es necesario ni riguroso integrar un litisconsorcio, pues cada beneficiario puede ejercer su acción con prescindencia de los demás, siendo la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

intervención ad excludendum la manera adecuada por regla general de trabar la relación procesal, salvo cuando se ha previamente reconocido el derecho a uno de ellos o hay de por medio derechos de menores de edad. (Sentencia CSJ SL, 22 ago. 2012, rad. 38450)."

Por tal razón, al no haberse llamado a aquí demandante en el proceso que se adelantó ante el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá en su calidad de tercera *ad excludendum*, palmario resulta que no alegó derecho prestacional alguno y, en tal sentido, no se configuraron los elementos propios de la cosa juzgada aquí evaluada.

Ahora bien, continuando con el análisis del derecho pensional por sobrevivencia dentro del asunto de marras respecto de la señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL, previo al abordaje del planteamiento jurídico a dilucidar, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que la demandante señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL y el fallecido señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.) contrajeron matrimonio el 28 de mayo de 1973, como da cuenta la copia del registro civil de matrimonio (Fls. 8 a 9 – PDF 01 EXPEDIENTE FÍSICO).

(ii) Que el señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.), falleció el 1º de abril de 2014 según se advierte de la copia del registro de defunción (Fl. 10 – PDF 01 EXPEDIENTE FÍSICO).

(iii) Que el señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.) a través de la Resolución No. 5800 de 1990, le fue reconocida por parte de COLPENSIONES pensión de vejez a partir del 1º de agosto de 1989 a razón de 14 mesadas pensionales en el año.

(iv) Que COLPENSIONES mediante Resoluciones SUB 107033 del 20 de abril de 2018 y SUB 180958 del 7 de julio de 2018, negó la pensión de sobrevivientes deprecada por la demandante señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL bajo el entendido que en atención de una investigación administrativa se pudo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

establecer que la actora no había logrado acreditar el requisito de la convivencia con el causante 5 años inmediatamente anteriores al deceso, así como que consideró haberse constituido una cosa juzgada teniendo en cuenta el proceso con radicación 1100131050 18 2015 00207 00 adelantado en el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá (Fls. 12 a 16 y 21 a 30 – PDF 01 EXPEDIENTE FÍSICO).

Así las cosas, se advierte que conforme lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, de modo que, para el presente evento refiere a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en virtud a que el fallecimiento del causante señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.), sucedió el 1º de abril de 2014 como da cuenta la copia del registro civil de defunción.

Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca”.

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva - durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso de la cónyuge el Alto Tribunal ha establecido que el requisito puede ser cumplido en cualquier tiempo, es decir, que los cinco (5) años de convivencia no deben ser anteriores a la fecha del fallecimiento del cónyuge, además no se hace necesaria acreditar que la ayuda mutua o los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de la muerte, así lo ilustra la sentencia SL997-2022, Radicación No. 81832 del 9 de marzo de 2022, en la que se expuso:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Sobre el aspecto sometido a consideración, la Sala en sentencias CSJ SL5260 y CSJ SL2015-2021 en las que reiteraron lo manifestado en la sentencia CSJ SL5169-2019 explicó:

“Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante.

[...]

“Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.

“Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comentario le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger 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 (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).”

Contrario al caso de la cónyuge, la compañera permanente debe acreditar los cinco (5) años de convivencia antes de la fecha del deceso del pensionado, así lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

“De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...),



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

“Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008).”

Bajo este escenario, puntualiza la Sala que en el transcurrir del trámite procesal se recibió el interrogatorio de parte de la demandante señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL, quien manifestó que el causante señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO fue su cónyuge, con el cual tuvo 4 hijos y convivieron aproximadamente durante 45 años, así como que convivieron como pareja desde el mes de junio 1971 hasta la fecha del deceso del causante.

Expuso que el señor BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.) era profesor en la Universidad Javeriana y graduado en Filosofía y Traductor de libros, persona quien además sufrió reiterativos infartos que fueron el detonante de su fallecimiento ocurrido en el hogar que como pareja habitaban. Que nunca tuvieron separaciones, al igual que refirió que la señora ALBA MARÍA HUERTAS RUBIANO fue contratada para el servicio en una finca que tuvieron en La Vega Cundinamarca por el periodo comprendido entre el 2007 y el 2010, inmueble que le fue recomendada al fallecido en virtud a que quedaba sobre el nivel del mar a razón de su problema de corazón, lugar donde permanecía de lunes a viernes y los fines de semana regresaba al hogar, aclarando que ella como cónyuge del causante también permanecía algún tiempo de la semana en esa finca.

Que en todo momento convivió con el causante en la misma habitación, sin que el fallecido hubiese tenido hijos extramatrimoniales, puntualizando que el único viaje que realizó solo el señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO fue a Ecuador durante aproximadamente una semana, y en algunas ocasiones iba solo a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Antioquia a visitar a la familia, pero reiterando que nunca se separaron como pareja.

La testigo MARÍA ANTONIA GÓMEZ refirió que es la madre de la demandante señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL, quien manifestó que convive con su hija desde el año 2005. Que conoció al causante señor BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.) desde que era novio de su hija.

Expuso que su hija y el causante convivieron más de 30 años sin que en ningún momento se hubiesen separado, así como que el causante debido a sus padecimientos de salud compró una finca en La Vega Cundinamarca, por lo que tuvo que contratar una señora que le ayudara a cocinar y limpiar la casa. Que cuando el causante falleció vivía en la misma casa con la actora. Mencionó que la pareja tuvo 4 hijos y en ningún momento existieron separaciones.

La testigo MARÍA ISABEL BERNAL LÓPEZ mencionó que es Trabajadora Social e hija de la demandante señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL y del causante. Que sus padres convivieron en todo momento desde que tiene memoria, tan es así que su padre era jesuita y se retiró del servicio religioso para formar un hogar con su madre, al igual que tenía problemas cardiacos.

Que, en algún tiempo ante la condición de salud de su padre, este último tuvo que trasladarse a La Venga Cundinamarca pero aun así continuó la relación sentimental entre sus padres, así como que en algún momento viajó por asuntos del trabajo al Guaviare, reiterando que sus padres mantuvieron una relación como pareja hasta la fecha de deceso del causante. Expuso que los gastos económicos del hogar fueron compartidos, compartiendo en todo momento un sentimiento como pareja.

El testigo señor ELLING JAVIER BEJARANO VEGA indicó que es Médico Cardiólogo, así como que es yerno de la demandante por cuanto es cónyuge de la señora MARÍA ISABEL BERNAL LÓPEZ, hija de la actora, desde 1999. Que conoció

a la demandante y al causante como cónyuges, viéndolos juntos en todo momento hasta la fecha de deceso del señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.).

Que, ante los problemas del corazón del causante, se vio obligado a vivir en varios sitios fuera de Bogotá como lo fueron La Vega, Villavicencio y Fusagasugá, aclarando que siempre fue pareja de la demandante, tan es así que falleció en su casa de la ciudad de Bogotá, pero sin que la actora y el fallecido hubiese tenido un distanciamiento como pareja. Mencionó que la pareja tuvo 4 hijos.

Además, yacen declaraciones extra proceso rendidas por los aquí declarantes MARÍA ISABEL BERNAL LÓPEZ y ELLING JAVIER BEJARANO VEGA los días 9 y 18 de junio de 2018 respectivamente, en las cuales refirieron la convivencia permanente e ininterrumpida entre la actora y el causante hasta la fecha del deceso de este último, donde en todo momento compartieron techo, lecho y mesa (Fls. 31 a 34 – PDF 01 EXPEDIENTE FÍSICO).

Así las cosas, conforme lo determinó el operador de primer grado, puede colegir la Sala que en el *sub-examine* se logró demostrar por parte de la aquí demandante señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL en su calidad de cónyuge del causante una convivencia permanente e ininterrumpida por lo menos durante los 30 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.), donde la pareja permaneció unida en todo momento sin existir separación alguna.

Nótese que las declaraciones fueron contestes en señalar que entre la pareja en ningún momento existió algún distanciamiento, aspecto que a juicio de la Sala goza de credibilidad como quiera que fueron espontáneos en su declaración y refirieron aspectos precisos de la pareja tales como el hecho de que de dicha unión se procrearon 4 hijos, sin perderse de vista que fueron muy cercanos al hogar del causante y la señora NOHORA GEORGINA, tanto así que los testimonios fueron la madre de la actora, la hija de la misma y su yerno, declaraciones que por demás no fueron refutadas de falsas en ningún momento y a las cuales se les asigna plena validez ante la cercanía que tenían con la pareja.

Aunado a lo anterior, de las declaraciones extra proceso que rindieran MARÍA ISABEL BERNAL LÓPEZ y ELLING JAVIER BEJARANO VEGA, lo allí indicado guarda plena congruencia con lo expuesto en las declaraciones expuestas en juicio, aspectos todos que advierten a este cuerpo colegiado que inclusive la demandante logró demostrar una convivencia con el causante continua e ininterrumpida de 5 años inmediatamente al deceso del señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO y por espacio mínimo de 30 años.

Ahora, si bien se aprecia de los actos administrativos expedidos por COLPENSIONES que la negativa para la concesión del derecho prestacional fue con ocasión a una investigación administrativa que evidenció que la demandante no había acreditado el requisito mínimo de convivencia preceptuado en la norma, esa presunta investigación ni siquiera fue acreditada al plenario, lo que sopesa más aún la calificación probatoria analizada en el *sub-examine*.

Por último, en lo que atañe a la excepción de prescripción, la misma habrá de declararse probada de manera parcial, toda vez que, el causante falleció el 1º de abril de 2014, elevándose primera solicitud pensional a COLPENSIONES por parte de la demandante el 11 de abril de 2018, lo que conllevó a que la entidad profiriera la Resolución SUB 107033 del 20 de abril de 2018 que fuese notificada a la demandante el 27 de abril de esa misma anualidad (Fls. 10, 11 y 12 a 16 – PDF 01 EXPEDIENTE FÍSICO).

Seguidamente, la actora presentó demanda el 21 de septiembre de 2018 según se advierte del acta individual de reparto, siendo notificada la entidad dentro del año siguiente, más exactamente el 21 de febrero de 2019 (Fls. 79 y 81 – PDF 01 EXPEDIENTE FÍSICO).

Significa lo anterior, que en atención del término prescriptivo trienal de conformidad con lo estatuido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., existe prescripción de las mesadas pensionales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

anteriores al 11 de abril de 2015 conforme a lo expuesto, lo que conlleva a su vez a que la sentencia de primera instancia sea revocada de manera parcial.

Asimismo, pone de presente la Sala que del retroactivo pensional generado se autorizará a COLEPENSIONES efectuar los correspondientes descuentos en salud, condena que por demás deberá cancelarse de manera indexada al momento en que se efectúe el pago respectivo.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada COLPENSIONES por cuanto el recurso de apelación no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 2 de febrero de 2023 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas pensionales por sobrevivencia a favor de la demandante señora NOHORA GEORGINA LÓPEZ DE BERNAL, con anterioridad al 11 de abril de 2015 de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Por consiguiente, **CONDENAR** a COLPENSIONES pagar a favor de la demandante en su calidad de cónyuge del fallecido señor ALFREDO BERNAL LONDOÑO (q.e.p.d.), pensión de sobrevivientes desde el 11 de abril de 2015 y en adelante a razón de 14 mesadas pensionales anualmente y en porcentaje del 100%, pago que deberá efectuarse de manera indexada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que del retroactivo causado efectúe los descuentos en salud de conformidad con lo reglado en la Ley 100 de 1993.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la demandante, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **11 2021 00391 01**
Demandante: RICARDO CONDE MONTOYA
Demandados: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuare n representación de COLPENSIONES a la abogada BELCY BAUTISTA FONSECA, identificada con cédula de ciudadanía 1.020.748.898 y T.P. 205.097 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 10 de febrero de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor RICARDO CONDE MONTOYA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, se condene a la entidad a reconocer y pagar la prestación en comento desde el 22 de febrero de 2020, fecha de su causación, hasta su inclusión en nómina. Asimismo, al pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 25 de febrero de 1958, así como que el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante la Resolución No. 6759 del 27 de noviembre de 2013 le reconoció pensión de jubilación a razón de los aportes realizados exclusivamente como docente oficial por el periodo comprendido entre el 8 de febrero de 1978 y el 25 de febrero de 2013.

Que realizó cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones a través de diferentes empleadores por el periodo comprendido entre el 24 de febrero de 1986 y el 31 de agosto de 2019, efectuando su último aporte pensional en el ciclo de agosto de 2019.

Adujo que únicamente efectuó cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida un total de 1.673 semanas, aportes que no se utilizaron para financiar la prestación de jubilación reconocida por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Por último, mencionó que COLPENSIONES mediante Resoluciones SUB 199807 del 17 de septiembre de 2020 y SUB 238849 del 5 de noviembre de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2020 negó la pensión de vejez aquí deprecada, bajo el entendido que en la actualidad ya viene percibiendo una pensión, la cual resulta incompatible con la aquí pretendida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que al demandante le fue reconocida pensión de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, encontrándose así inmerso en la incompatibilidad de que trata el artículo 128 de la Constitución Política, el cual prohíbe a las personas recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, norma que ha sido reglamentada por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de febrero de 2023 declaró que al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por cumplir con los requisitos legales.

Por consiguiente, condenó a COLPENSIONES pagar al actor la pensión de vejez de conformidad con lo estatuido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a partir del 25 de febrero de 2020, en cuantía mensual de \$2.441.317 para dicha



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

anualidad y sobre 13 mesadas pensionales al año, al igual que dispuso un pago por valor de \$96.612.952 a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 2020 y el 31 de enero de 2023, autorizando a su vez a la pasiva realizar los descuentos en salud.

También condenó a la encartada al pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el importe de las mesadas adeudadas hasta el momento del pago a partir del 3 de enero de 2021 y hasta la fecha en que se haga efectivo el mismo y al pago de costas procesales.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó en primer lugar que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconoció al demandante pensión de jubilación de jubilación a través de la Resolución No. 6759 de 2013 a partir del 26 de febrero de esa misma anualidad.

Al unísono, sostuvo encontrarse acreditado que el actor cotizó al sistema de seguridad social por intermedio del Régimen de Prima Media con Prestación Definida un total de 1.673 semanas, tiempos que no fueron utilizados en la financiación del derecho pensional por jubilación.

Seguidamente, relató el *a-quo* que con relación a los afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994 regula la posibilidad de acumular cotizaciones en el sector privado, aspecto que por demás ha sido objeto de pronunciamiento en el mismo sentido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo así que la afiliación del demandante al antigua ISS hoy COLPENSIONES sin dubitación alguna resultaba procedente, misma situación que sucede con el estudio de la pensión de vejez deprecada, máxime si se tiene en cuenta que las cotizaciones privadas no tienen la misma destinación que los aportes derivados del tesoro público.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por ello, concluyó que el demandante cumple con los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, dado que cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida más de 1.673 semanas durante toda su vida laboral, aunado que, a la fecha de la sentencia contaba con más de 62 años de edad, tiempo último que cumplió el 25 de febrero de 2020.

Determinó que en atención del retiro del sistema al tenor del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con lo expuesto por el órgano de cierre, si bien el demandante no acredita retiro del sistema, lo cierto es que su última cotización de produjo para el ciclo de agosto de 2019, por lo que constituyó un retiro tácito, de allí que al haber ostentado los 62 años de edad el 25 de febrero de 2020, fue a partir de esta última calenda en que dispuso el derecho a la pensión a razón de 13 mesadas pensionales al año, concluyendo también que efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, le era más favorable el IBL de los últimos 10 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, arrojando como resultado un IBL de \$3.212.260, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 76%, concluye una primera mesada pensional para la anualidad 2020 en valor de \$2.441.318.

Lo anterior, a su vez conllevó a que concluyera que al demandante le asistía derecho a un pago de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 2020 y el 31 de enero de enero de 2023 en la suma de \$96.612.952.

De otra parte, frente a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 reclamados por el demandante, coligió que gozaban de prosperidad en la medida que el argumento de la entidad para el reconocimiento de la pensión de vejez aquí reclamada fue el hecho de la incompatibilidad pensional con la de jubilación, aspecto que como enunció no era atendible, de allí que gozara de prosperidad la condena a partir del 3 de enero de 2021 y hasta la fecha que se haga efectiva la cancelación de lo pertinente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por último, decidió que en el asunto de marras no gozaba de prosperidad la excepción de prescripción según los preceptos de los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Reitera en su alzada la existencia de una incompatibilidad pensional con relación a la reconocida en primera instancia y la de jubilación que viene percibiendo en la actualidad por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, toda vez que de conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política, nadie podrá percibir más de una prestación del erario público.

Que también debe tenerse en cuenta que el literal d) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, el demandante no ostenta los requisitos allí previstos para ser beneficiario de la prestación objeto de reproche.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto a favor de COLPENSIONES, en concordancia con el recurso de apelación formulado por la misma entidad, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

otorgado en primera instancia, en atención a la figura de compatibilidad en lo que concierne con la pensión de vitalicia de jubilación que en la actualidad se encuentra disfrutando y que fuese reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.

De salir avante lo anterior, habrá de determinarse los aspectos reconocidos en primer grado, tales como monto, fecha de causación, entre otros, teniendo en cuenta el grado jurisdiccional que se estudia el proceso en favor de COLPENSIONES. En últimas, también se analizará la procedencia o no de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Para el análisis de los problemas jurídicos expuestos en precedencia, es menester que la Sala ponga de presente que no fue objeto de reproche que al aquí demandante mediante Resolución No. 6759 del 27 de noviembre de 2013, le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación a partir del 26 de febrero de 2013 en cuantía inicial de \$1.989.749, acto administrativo que evidencia que el actor acreditó tiempos públicos como educador (Fls. 18 a 20 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

Mucho menos el hecho de que al demandante COLPENSIONES mediante Resoluciones SUB 199807 del 17 de septiembre de 2020 y SUB 238849 del 5 de noviembre de 2020, le negó el derecho prestacional con el argumento de que el señor RICARDO CONDE MONTOYA percibía una pensión de jubilación por parte del MAGISTERIO, existiendo así una incompatibilidad pensional con la aquí reconocida (Fls. 24 a 30 y 41 a 49 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

d. De la compatibilidad de la pensión vitalicia de jubilación reconocida al demandante por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO y la de vejez reconocida en sede de primera instancia atinente a una de vejez bajo las prerrogativas de que trata la Ley 797 de 2003.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para lo pertinente, es menester poner de presente que debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra:

*“Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, **cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.**” (Negrita fuera del texto)*

A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, dispuso:

*“**Posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores.** Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado”.*

De la norma en cita se desprende que existe la posibilidad de que los profesores afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, pueden realizar los aportes a pensión en uno de los dos regímenes contemplados en la Ley 100 de 1993.

Al respecto, en la sentencia con Radicación No. 40848 del 6 de diciembre de 2011, traída a colación en la sentencia SL451-2013, Radicación No. 41001 del 17 de julio de 2013, nuestro máximo Órgano de cierre expuso que no existen razones jurídicamente válidas para colegir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente resulte incompatible con la pensión de vejez que pueda obtenerse del ISS hoy Colpensiones, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. En aquella oportunidad y, luego de citar el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, la alta Corporación precisó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“(...) precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

“Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, (...)”. (Subraya la Sala).

Línea jurisprudencial que se ha venido manteniendo en el tiempo a través de distintas decisiones, tales como la SL1968-2022, Radicación No. 88439 del 30 de marzo de 2022, SL2383-2022, Radicación No. 79768 del 12 de julio de 2022, SL393-2023, Radicación No. 92116 del 28 de febrero de 2023, entre otras, puesto que en términos generales los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pueden de manera simultánea prestar servicios a instituciones privadas y, con ello financiar la pensión de vejez a cargo del ISS, siendo así clara la compatibilidad de esa pensión con la aquí perseguida por vejez dentro del sistema de seguridad social de que trata la Ley 100 de 1993 en la medida que las cotizaciones al ministerio fueron efectuadas por diferentes empleados del sector distrital y municipal, siendo así que su financiación provenga de diferente fuente.

Además, de vieja data la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que los dineros con que el ISS, hoy COLPENSIONES, paga las prestaciones que concede, no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no ostentan su origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, por lo que en este aspecto se confirmará la sentencia consultada;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

circunstancia por la cual, la sentencia de primera habrá de confirmarse sobre este puntualísimo aspecto.

e. Del reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la luz de los preceptos de la Ley 797 de 2003:

Pretende el demandante se reconozca y pague la pensión de vejez, advirtiéndose al respecto, que no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como quiera que si bien ostenta una densidad de semanas equivalentes a 1.700.57, lo cierto es que nació el 25 de febrero de 1958 según se advierte de la copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 17 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS), cumpliendo 60 años de edad el mismo mes y día de la anualidad 2018, de allí que no tenga cabida alguna el régimen transicional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues incluso atendiendo la ampliación de dicha transición según los preceptos del Acto Legislativo 01 de 2005, la misma finalizó el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, se procede con el estudio de la prestación de vejez deprecada en los términos reseñados en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

“ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)”

De esta forma, palmario resulta entonces que el demandante nació el 25 de febrero de 1958, por lo que cumplió 62 años de edad el 25 de febrero de 2020, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, se advierte que el señor RICARDO CONDE MONTOYA cuenta con un total de 1.700.57 semanas cotizadas a COLPENSIONES según se acredita en la Historia Laboral expedida el 26 de agosto de 2022 por la misma encartada, situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez; en el caso del promotor, por cumplir 62 años de edad el 25 de febrero de 2020 y haber acreditado como mínimo 1300 semanas de cotización.

f. De la fecha de disfrute y el monto de la mesada pensional:

En este punto, precisa la Sala que el demandante durante toda su vida laboral acreditó un total de 1.700.57 semanas, siendo su última cotización en el mes de agosto de 2020.

Es por ello, que si bien no se reporta novedad de retiro por su último empleador que lo fue “UNIVERSIDAD DE LA SALLE”, como lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en algunas decisiones, siendo una de ellas la SL929-2019, Radicación No. 63203 del 20 de marzo de 2019, ante la voluntad del demandante de no continuar cotizando al sistema puede deducirse que se satisfizo con el requisito de que trata el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para la adquisición de la prestación, pues esa especialísima situación puede entenderse como un retiro tácito.

Con este escenario y, como lo sostuvo la operadora de instancia, la pensión de vejez del demandante debió reconocerse a partir del 25 de febrero de 2020.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora, en lo que atañe al monto de la primera mesada pensional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el promedio del IBL debe calcularse con toda la vida laboral o, con los últimos diez años, como quiera que el demandante cotizó más de 1250, por lo que una vez realizado lo de rigor, aprecia la Sala que la liquidación más favorable al actor es la de los últimos 10 años, la cual arroja para la anualidad 2020 un IBL de \$3.211.474.59, que al aplicársele una tasa de reemplazo del 75.67%, arroja como primera mesada pensional la suma de \$2.430.146.32, tenido en cuenta los siguientes conceptos:

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2009	360	69,800	103,80	1,487	\$ 1.831.000,00	\$ 2.722.891,12	\$ 32.674.693,41
2010	360	71,200	103,80	1,458	\$ 1.970.500,00	\$ 2.872.723,31	\$ 34.472.679,78
2011	360	73,450	103,80	1,413	\$ 2.137.083,33	\$ 3.020.139,55	\$ 36.241.674,61
2012	360	76,190	103,80	1,362	\$ 2.300.000,00	\$ 3.133.482,08	\$ 37.601.785,01
2013	360	78,050	103,80	1,330	\$ 2.536.250,00	\$ 3.373.001,28	\$ 40.476.015,37
2014	360	79,560	103,80	1,305	\$ 2.642.750,00	\$ 3.447.931,75	\$ 41.375.181,00
2015	360	82,470	103,80	1,259	\$ 2.642.750,00	\$ 3.326.269,55	\$ 39.915.234,63
2016	360	88,050	103,80	1,179	\$ 3.099.583,33	\$ 3.654.023,28	\$ 43.848.279,39
2017	360	93,110	103,80	1,115	\$ 2.925.720,00	\$ 3.261.623,20	\$ 39.139.478,38
2018	300	96,920	103,80	1,071	\$ 3.049.203,00	\$ 3.265.654,88	\$ 32.656.548,84
2019	60	100,000	103,80	1,038	\$ 3.360.010,00	\$ 3.487.690,38	\$ 6.975.380,76
Total días	3600					Total devengado actualizado a: 2020	\$ 385.376.951
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación	\$ 3.211.474,59
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado	75,67%
						Primera mesada	\$ 2.430.146,32
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2020	\$ 877.803,00

Así las cosas, en atención del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto en favor de COLPENSIONES, habrá lugar a modificar el monto de la primera mesada pensional determinado en primera instancia, toda vez que la aquí calculada luce inferior, concluyéndose que el monto de la primera mesada pensional del señor RICARDO CONDE MONTOYA para el mes de febrero de 2020 asciende a la suma de \$2.430.146.32.

A su vez, se dispondrá ordenar a la entidad pagar a favor del demandante a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 2020 y el 30 de septiembre de 2023 a razón de 13 mesadas pensionales al año la suma de \$119.774.748.78, en los siguientes términos:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
25/02/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.430.146,32	11,20	\$ 27.217.638,8
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.469.272,00	13,00	\$ 32.100.536,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 2.608.045,00	13,00	\$ 33.904.585,0
01/01/23	30/09/23	13,12%	\$ 2.950.221,00	9,00	\$ 26.551.989,0
Total retroactivo					\$ 119.774.748,78

Puntualiza igualmente la Sala que, del retroactivo pensional aquí determinado se autorizará a COLPENSIONES con la finalidad de que efectúe los correspondientes descuentos en salud.

g. Del pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Sea lo primero indicar que, en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."

Analizado entonces el caso de marras, se configuró un actuar indebido por la encartada, en tanto, como se expuso a lo largo de estas consideraciones, por misma disposición legal en los términos de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, la norma permite la compatibilidad de la que se aqueja COLPENSIONES.

De otra parte, la alta Corporación en un asunto de similares contextos fácticos y petitorios de cara al reconocimientos y pago de una pensión de vejez en el sistema de seguridad social en pensiones, de una persona que ya se encontraba pensionada por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en lo que concierne al pago de intereses moratorios dentro de la decisión SL3359-2020, Radicación No. 77896 del 31 de agosto de 2020, asentó:

"En conclusión, como quedó establecido que la AFP Protección S. A. debe pagar al reclamante la pensión de vejez, procede el pago de los intereses moratorios, toda vez que estos, siguiendo el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se materializan cuando existe mora en el pago total de las mesadas pensionales, pues solo en casos excepcionales se ha aceptado su improcedencia, por ejemplo, cuando la entidad administradora se abstiene de reconocer la prestación ante la existencia de una controversia entre posibles beneficiarios (ver sentencias CSJ SL11940-2017; CSJ SL704-2013; CSJ SL13369-2014 y CSJ SL14528-2014) o cuando el debate gira en torno a una preceptiva de orden legal vigente para el momento en que se cumplió la reclamación por el interesado y el derecho se otorga bajo un criterio de origen jurisprudencial (CSJ SL4403-2018 y CSJ SL12207-2016, que reiteran las sentencias CSJ SL10504-2014 y CSJ SL10637-2014), presupuestos que en este caso no se cumplen."



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Es por ello que, habrá de confirmarse el pago de los intereses moratorios determinado por el fallador de instancia a partir del 3 de enero de 2021, como quiera que se dispuso condena después de los 4 meses de gracia con que contaba la entidad, ello por cuanto la solicitud de reconocimiento fue elevada por el actor el 2 de septiembre de 2020, por lo que se mantendrá incólume este puntualísimo aspecto.

h. De la excepción de prescripción:

Por último, como lo determinó la *a-quo*, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el 151 del C.P.T. y de la S.S., no operó el fenómeno prescriptivo.

Lo anterior, como quiera que el derecho prestacional dentro del presente asunto se está reconociendo a partir del 25 de febrero de 2020, elevándose solicitud pensional por parte del demandante a la entidad el 2 de septiembre de 2020. A razón de ello, la entidad expidió la Resolución SUB 199807 del 17 de septiembre de 2020, lo que implica que el término prescriptivo trienal fue suspendido hasta la notificación personal del mentado acto administrativo, esto es, el mismo 17 de septiembre de 2020.

Seguidamente, la demanda se instauró el 25 de agosto de 2021 como da cuenta el acta individual de reparto, lo que significa que no operó prescripción trienal alguno sobre ninguna de las mesadas pensionales a las que tenía derecho el demandante.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES al no gozar con vocación de prosperidad su recurso de alzada.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia proferida el 10 de febrero de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de determinar que la primera mesada pensional del aquí demandante señor RICARDO CONDE MONTOYA al mes de febrero de 2020 asciende a la suma de \$2.430.146.32.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **MODIFICAR** parcialmente el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que el retroactivo a pagar por parte de COLPENSIONES y a favor del demandante por el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 2020 y el 30 de septiembre de 2023 y sobre 13 mesadas pensionales al año, asciende a la suma de \$119.774.748.78, retroactivo que se seguirá generando hasta que se realice el correspondiente pago, al igual que del mismo de AUTORIZA a la entidad efectuar los descuentos en salud, todo de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 15 2021 00053 01
Demandante: ANDRES LEONARDO GIL RUIZ
Demandado: OPERA INVERSIONES URBANAS S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el proceso en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., con ocasión de la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ANDRES LEONARDO GIL RUIZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de OPERA INVERSIONES URBANAS S.A.S., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 23 de noviembre de 2018 y el 1º de marzo de 2020, el cual terminó por causa imputable al empleador.

Por consiguiente, pretende se condene a la demandada a pagar los salarios causados del 1º de octubre de 2019 al 1º de marzo de 2020, junto con las cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios y las vacaciones causadas en vigencia de la relación contractual, la indemnización por despido sin justa causa, las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones,



dejadas de realizar entre el 1º de septiembre de 2019 al 28 de febrero de 2020, con destino a PROTECCIÓN S.A., la sanción moratoria consagrada en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a razón de las cesantías no consignadas al 31 de diciembre de 2018 y al 31 de diciembre de 2019, la sanción moratoria por no pago de los intereses de las cesantías, la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., sumas que deben ser indexadas al momento del pago, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que prestó sus servicios personales, subordinados y sin solución de continuidad, a la empresa convocada a juicio por medio de un contrato individual de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente entre el 23 de noviembre de 2018 y el 1º de marzo de 2020, desempeñando labores de bar tender en el establecimiento de comercio BOHO Food Market ubicado en la carrera 7ª No. 120 -20 en la ciudad de Bogotá, de propiedad de la empresa demandada, devengado como último salario la suma de \$925.000.00.

De otro lado, señaló que dio por terminado el vínculo laboral el 1º de marzo de 2020, por causas imputables al empleador ante el incumplimiento sistemático y sin razones válidas ante el incumplimiento de sus obligaciones laborales frente al pago oportuno de los salarios, prestaciones sociales y las cotizaciones al sistema de seguridad social y parafiscalidad, situación que notificó a la accionada el 26 de febrero de 2020, calenda en la que comunicó al señor MARIANO CLERI quien era su jefe inmediato, el cual firmó el escrito en señal de recibido. Finaliza exponiendo que la empresa demandada se ha negado sin justificación a pagarle las acreencias laborales que reclama en el *petitum*. (archivo 01)

Por auto adiado el 15 de octubre de 2021, el Juzgado de origen señaló que al haberse surtido en debida forma las notificaciones a la encartada conforme lo prevé el Decreto 806 de 2020, ya que se remitieron las documentales correspondientes a la dirección de correo electrónico que se consignó en el



certificado de existencia y representación legal de la demandada, cayerbe@operainversiones.com, transcurrido el término de ley y al no comparecer la pasiva, dispuso designarle curador *ad litem* y ordenar su emplazamiento. Curador que fue relevado mediante proveído de 31 de marzo de 2022, designándose un nuevo auxiliar de la justicia. (archivos 09 y 16)

No obstante lo anterior, el estrado judicial de primer grado en auto de 8 de septiembre de 2022, dispuso revocar los dos anteriores proveídos y relevar al curador designado, en tanto, al revisar el plenario encontró que se tuvo por notificada a la demandada OPERA INVERSIONES URBANAS S.A.S., conforme a la notificación por correo electrónico remitida por la parte actora, sin que la misma contara con el respectivo acuse de recibo que permitiera colegir que la accionada tuvo acceso a la notificación remitida; y en consecuencia, dispuso notificarla nuevamente conforme lo reglado en los artículos 6 y 8 de la Ley 2213 de 2022, debiendo aportar el respectivo acuse de recibo. (archivo 21)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Surtida en debida forma la referida notificación y sin que la enjuiciada se haya pronunciado al respecto, tuvo por no contestada la demanda a la convocada a juicio OPERA INVERSIONES URBANAS S.A.S. (archivos 23 y 24)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de marzo de 2023, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada de oficio la excepción de inexistencia de la relación laboral y se abstuvo de condenar en costas a las partes.

Para arribar a tal conclusión, el fallador de instancia trajo a colación los artículos 22 y 23 del C.S.T., que regulan el concepto de contrato de trabajo y los elementos del mismo, entre tanto, el artículo 24 *ejusdem* modificado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, establece una presunción legal en desarrollo del principio de la primacía de la realidad, y a su vez unas cargas probatorias para las partes.



Sobre el asunto, hizo mención a la sentencia de 5 de agosto de 2009 emitida por el órgano de cierre de esta especialidad; en la que se dijo que al actor le basta con probar la prestación del servicio para que se presuma el contrato de trabajo y al empleador le corresponde desvirtuar la presunción infirmando la existencia de los demás elementos de la relación laboral, sin embargo, al trabajador también le incumbe comprobar otros supuestos relevantes en esta clase de procesos como el salario, la jornada laboral, el trabajo suplementario y el hecho del despido si así lo alega, postura que ha sido reiterada en sentencias SL10546 de 2014, SL3009 de 2017, SL1629 de 2022 y SL359 de 2023.

Bajo esos lineamientos, al analizar las pruebas que yacen en el plenario, frente a la prestación personal del servicio, enlistó las pruebas allegadas por el actor señalando que obra un derecho de petición que elevó el 26 de febrero de 2020 dirigido al representante legal de la pasiva en el que solicita el pago de salarios y prestaciones sociales, además se le explique el por qué de la mora en el pago de aportes a seguridad social integral y se entreguen copias del contrato de trabajo y los comprobantes de nómina, acotando que dicho escrito no cuenta con acuse de recibo.

También obra carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa imputable al empleador adiada el 26 de febrero de 2020, el cual tampoco cuenta con constancia de recibo. Igualmente se aportó el certificado de existencia y representación legal de la accionada y una captura de pantalla de una consulta de aportes en mora del actor y a cargo de OPERA INVERSIONES URBANAS S.A.S., del cual se podría deducir que se trata de unos periodos en los que el actor era trabajador de la encartada; sin embargo, esa situación por sí sola no conlleva a presumir la prestación del servicio por parte del demandante y a favor de la demandada, ya que ese documento solo podría dar cuenta de una mora por un trabajador del que no se reportó el retiro en su momento.

Luego, ante tal orfandad probatoria, y al encontrar que no se acreditó la prestación personal del servicio que da cabida a la presunción del artículo 24 del C.S.T., incumpliendo así el demandante con la carga probatoria a su cargo,



conforme lo reglado en el artículo 167 del C.G.P., absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y se abstuvo de condenar en costas a las partes.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, y que no se interpuso recurso alguno, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar si entre el demandante y la demandada OPERA INVERSIONES URBANAS S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido, y en caso afirmativo, determinar si hay lugar a las condenas derivadas de este.

c. Del contrato de trabajo:

A efecto de resolver el problema jurídico propuesto con antelación, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el 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. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad

personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

En este punto, conviene memorar lo expuesto por el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, sobre el elemento subordinante para la configuración de un verdadero contrato de trabajo:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo¹, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

¹ OJEDA AVILÉS, Antonio. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. Derecho PUCP, 2007, vol. 60, p. 375.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas”.

Asimismo, el artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio para que se active la presunción de la citada norma, caso en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste. (sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras).

Sobre dicho tópico el Alto Tribunal en sentencia SL672-2023, Radicación No. 92471 de 8 de marzo de 2023, enfatizó frente a la carga de la prueba en esta clase de juicios donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo, lo siguiente:

“Para ello, importa recordar que en temas como el que ahora llama la atención, se ha ilustrado que quien alega su condición de trabajador y acredita la prestación personal del servicio, le asiste una ventaja probatoria consistente en que se presume la existencia de la relación laboral, correspondiéndole entonces al demandado destruir la presunción de que trata el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo, demostrando de que la labor se realizó en forma autónoma, independiente y no subordinada.

En ese orden, surge manifiesto que no le asiste razón al demandante cuando pretende derivar de su simple afirmación impositiva de haber laborado al servicio de la accionada, sin que acredite la real y efectiva



prestación personal del servicio, el que se imponga la presunción del referida, y por ende, la obligación de desvirtuarla a quien se señala como supuesto empleador.

En otro giro, cabe mencionar que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL1523-2020, Radicación No. 71068 de 12 de mayo de 2020, al abordar lo atinente al valor probatorio de los reportes de aportes o las afiliaciones a seguridad social a efectos de comprobar la existencia de una relación laboral, expuso que:

“Pues bien, en punto a la historia laboral en pensiones expedido por el Instituto de Seguros Sociales en junio de 2009 (f.º 19 a 27), la misma efectivamente informa que la demandante fue afiliada por la empresa Laboratorios Neo Ltda. el día 26 de febrero de 1991 y que se efectuaron cotizaciones a pensión, por lo menos, hasta abril de 2009.

“Lo precedente no conduce a que se demuestre la existencia de un contrato de trabajo, como lo persigue la censura, en la medida que lo que caracteriza una relación regida por un contrato de trabajo es en realidad el elemento de la subordinación, inclusive, sobre la denominación que las partes le otorguen y a la afiliación al sistema de pensiones, tal y como lo ha sostenido la Corte, pues, en estos casos debe primar la realidad de la relación existente sobre las formalidades.

“Con tal norte, la afiliación a la seguridad social no conlleva, en principio, la existencia de una relación laboral, a menos que existan pruebas contundentes que así lo acrediten.

“[...]

“En tales condiciones, la historia laboral denunciada que informa de pagos de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones no da cuenta de la existencia de un contrato de trabajo, de ahí que el Tribunal valoró acertadamente tal documento, pues dijo que no tenía virtualidad de definir que a partir de dicha fecha nació a la vida jurídica la relación laboral entre las partes, ni menos aún que el nexo con anterioridad al 1 de diciembre de 1999 fuera de tipo dependiente”.
(Subrayado fuera de texto).

Postura reiterada por el Alto Tribunal en sentencia SL3936-2021, Radicación No. 83205 de 31 de agosto de 2021.

d. Del caso en concreto:



En tal sentido, al descender al *sub-examine* se encuentra que obra en el paginario copia de la cédula de ciudadanía del promotor, captura de pantalla de consulta de periodos en mora a nombre del actor, mismo documento en el que se registra en el resultado de cotizaciones en mora el nombre y el número de identificación tributario de la pasiva por los periodos de septiembre de 2019 a octubre de 2020. (f. 4 y 5 archivo 02)

Asimismo, se aporta derecho de petición impetrado por el demandante ante el representante legal de la encartada adiado el 26 de febrero de 2020, en el que solicita en condición de trabajador de BOHO Food Market, el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas, se le informe la razón del impago de aportes al sistema de seguridad social integral y se le entregue copia del contrato de trabajo y los comprobantes de nómina. De la misma forma, reposa carta fechada el 26 de febrero de 2020 que tiene como referencia terminación del contrato de trabajo con justa causa imputable al empleador, dirigida por el actor al representante legal de la enjuicia, comunicaciones que valga la pena precisar, no cuentan con constancia de recibo por parte del destinatario. (f. 6 y 7 archivo 02)

Bajo ese escenario, advierte la Sala que de las probanzas recaudadas en el trámite procesal no se puede extraer la prestación personal de los servicios por parte del gestor al extremo pasivo, lo que impide dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., pues recuérdese que las comunicaciones de 26 de febrero de 2020, no cuentan siquiera con constancia de recibo por parte de la encartada, advirtiéndose que no le es dable a la activa fabricar su propia prueba como lo sostuvo el *a-quo*.

Adicionalmente, debe indicarse que dicha prestación tampoco se puede presumir de la captura de pantalla en la que se indican aportes en mora por parte de la pasiva a nombre del actor, ya que tal documento no da cuenta del elemento subordinación como viene de explicarse, fundamento central del contrato de trabajo y menos aún se encuentran acreditados los demás elementos que dan vida al vínculo contractual de índole laboral. En esa medida, huelga recordar que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, conforme se lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P.

En virtud de lo anterior, y ante tal orfandad probatoria no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar la sentencia de primera instancia por las razones aquí aducidas. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el 21 de marzo de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 18 2020 00176 01
Demandante: MÓNICA ZULMA BAUTISTA NAVARRO
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 13 de julio de 2023 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MÓNICA ZULMA BAUTISTA NAVARRO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó el 25 de marzo de 1997 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., por no haber brindado una información adecuada, suficiente, cierta y real, junto con los demás traslados horizontales que realizó.



Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se ordene su reintegró a COLPENSIONES sin solución de continuidad y la tenga como afiliada desde el 26 de septiembre de 1988; y se ordene a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual, junto con los respectivos rendimientos, cuotas de administración y cualquier dinero que haya recibido con ocasión a su afiliación a ese fondo. Finalmente, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de sus facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 28 de octubre de 1965 y que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través de diferentes empleadores del 26 de septiembre de 1988 hasta el 25 de marzo de 1997, calenda esta última en la que asesores de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., llevaron a cabo su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin informarle las características de ese fondo, entre otras, que el bono pensional solo se podía redimir hasta los 60 años, por el contrario, le dijeron que allí obtendría una mesada pensional superior a la que tendría en el régimen de prima media, incumpliendo dicho fondo privado con su deber de información, ya que no le brindó de manera clara y completa los datos sobre las ventajas y desventajas del traslado pensional, induciéndola en error.

Situación que persistió en el traslado que llevó a cabo en junio de 1998 a PORVENIR S.A., el cual fue producto de un acuerdo entre su empleador y ese fondo. Agregó que en 2018 solicitó una proyección de su mesada en el fondo privado, ocasión en la cual se le indicó que ascendería a \$2.900.000, monto que es irrisorio frente al valor de los aportes que ha efectuado. Además, enfatizó que solicitó a las demandadas declararan la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad por falta al deber de información, y se admitiera su retorno al régimen de prima media con prestación definida, pedimento que fue negado por los fondos privados accionados, e igualmente, no ha sido resuelto por COLPENSIONES. (f. 7 a 21 archivo 01 y f. 2 a 7 archivo 04).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PORVENIR S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones elevadas en el *petitum*. Al respecto, expuso que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, tal como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil, precisando que en todo caso dicho vicio no logra probarse en el presente asunto. Asimismo, sostuvo que tampoco procede la ineficacia a la que hace referencia el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; es decir, contra conductas dolosas, las que en caso de marras ni se alegan ni se acreditan por parte del demandante. Enfatizando que, sin perjuicio de lo anterior, la demandante se encuentra incurso en la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Como excepciones propuso las que denominó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (f. 2 a 36 archivo 07).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones impetradas por la demandante, argumentando que se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que no probó error, fuerza, dolo o falta de información debida en el traslado de régimen pensional que realizó, tal como lo indica en el acápite de hechos, fundamentos y razones de derecho de la defensa.

Propuso las excepciones de mérito de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (f. 3 a 23 archivo 08 y archivo 11).

Mediante auto de adiado el 1º de junio de 2023 se tuvo por no contestada la demanda a PROTECCIÓN S.A. (archivos 09, 14 y 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 13 de julio de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora MONICA ZULMA BAUTISTA NAVARRO, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 39.692.992, a COLMENA hoy PROTECCIÓN efectuada el día 25 de marzo de 1997 con fecha de efectividad 1 de mayo del mismo año, y consecuentemente declarar la ineficacia del traslado y de la afiliación realizada de COLMENA a HORIZONTE hoy PORVENIR efectuada el día 23 de diciembre de 1997 con fecha de efectividad 1 de febrero de 1998, y finalmente la realizada de HORIZONTE a PORVENIR efectuada el día 19 de julio de 2001 con fecha de efectividad 1 de septiembre de 2001, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MONICA ZULMA BAUTISTA NAVARRO, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 39.692.992, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante señora MONICA ZULMA BAUTISTA NAVARRO, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 39.692.992, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 1 de diciembre de 1996, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante señora MONICA ZULMA BAUTISTA NAVARRO, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 39.692.992, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestas por las demandadas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEXO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (\$ 1.000.000) por cada una y a favor de la demandante. Sin condena en costas a COLPENSIONES.

SEPTIMO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior.”

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que estaba acreditada que la actora provenía del régimen de prima media con prestación definida y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 25 de marzo de 1997 y que se afilió posteriormente a HORIZONTE y a PORVENIR S.A. A su vez, hizo mención a los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, el artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, Ley 1748 de 2014, artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016, los cuales hacen alusión a las diferentes etapas del deber de información frente al traslado de régimen pensional.

Deber de información que, según la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral consiste en que las AFP suministren a sus afiliados información clara, cierta, completa y comprensible sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias al momento en que una persona desea trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cual no se acredita con el formulario de afiliación o con otros traslados horizontales que se efectúen.

Dicho esto, y al no cumplir con la carga probatoria que le asistía a la encartada COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., declaró la ineficacia del traslado, junto con el consecuente traslado de los respectivos emolumentos a que haya lugar, en la forma que se indica en la sentencia, declarando no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Solicita se revoque en su integridad la sentencia de instancia y se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad frente a los puntos de condena que la afectan. Continuó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

refiriendo que la demandante guardó silencio por más de veintitrés años respecto a la información que le suministró PROTECCIÓN S.A. el 25 de marzo de 1997, agregando que del interrogatorio de parte que rindió se puede concluir que se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria, sin coacción alguna, luego no está probada la falta de asesoría que alega, por el contrario, está probada su falta al deber de diligencia y cuidado que como consumidora financiera le asiste.

A su vez, expuso que con la declaratoria de ineficacia del traslado se está vulnerando el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional conforme lo dicho por la Corte Constitucional, en donde se precisa que el periodo de carencia planteado por el legislador se dio con en el objeto de evitar la descapitalización del fondo común de prima media, lo que además afecta las garantías legales de los afiliados que si cotizaron a lo largo de sus vida laboral para obtener un beneficio pensional, ello en consonancia con el principio de equidad, fondo al que la actora no contribuyo por muchos años, lo que genera un detrimento patrimonial. Además, debe tenerse en cuenta que la promotora no es una afiliada lego.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial contra la sentencia de primer grado, para que se revoque la condena impuesta frente al traslado de los gastos de administración, los seguros previsionales y la indexación, aduciendo que ha generado buenos rendimientos a los aportes de la actora y ha administrado su cuenta debidamente, sin que se vieran afectados los rendimientos de la gestora.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Ahora bien, es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó al régimen de



ahorro individual con solidaridad el 25 de marzo de 1997 a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., igualmente, se encuentran los formularios de afiliación a HORIZONTE de 23 de diciembre de 1997 y a PORVENIR S.A. fechado el 19 de julio de 2001, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de mayo de 1997, 1º de febrero de 1998 y el 1º de septiembre de 2001, respectivamente; según el reporte SIAFP. (f. 42 archivo 01 y f. 86 a 87 archivo 07).

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

De otro lado, se practicó el interrogatorio de parte a la actora MÓNICA ZULMA BAUTISTA NAVARRO, quien expuso que el 25 de marzo de 1997 se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., y en junio de 1998 se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR, para lo cual suscribió los formularios de afiliación respectivos. Destacó frente al traslado que recibió asesoría personalizada en la que le informaron las condiciones en las que se podía pensionar, que podría retirar el capital ahorrado cuando a bien lo tuviera y redimir el bono pensional, que el monto de la pensión le sería más favorable en ese régimen, que sus aportes tendrían rendimientos y que podría hacer aportes voluntarios, concluyendo que le mostraron los beneficios del RAIS. Sin embargo, en 2018 se dio cuenta que el valor de su mesada no correspondía con sus ingresos, motivo por el cual desea retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración sobre los cuales hacen alusión el fondo privado en su apelación, se debe memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ocurrido, lo que aparece que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros y las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que hacen alusión COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, desestimándose así los argumentos expuestos por las encartadas en su alzada sobre tales aspectos.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que además de las condenas impuestas en la sentencia de primer grado y para mayor claridad, se condena a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración indexados. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia objeto de censura.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

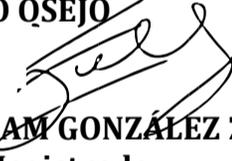
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 13 de julio de 2023 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que además de las condenas impuestas, se condena a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración debidamente indexados al momento del pago, por el lapso en que la actora estuvo afiliada a esas administradoras y a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

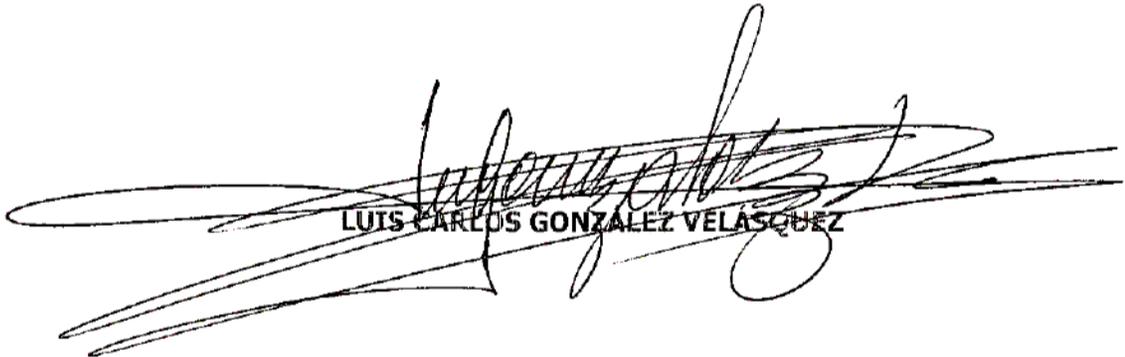
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 18 2020 00176 01 DE MÓNICA ZULMA BAUTISTA NAVARRO contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de septiembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 19 2018 00251 01
Demandantes: JUSTA RIVERA DE JIMENEZ
Demandado: COLPENSIONES
Tercera *Ad excludendum*: MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LILIAN PATRICIA GARCÍA GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía 52.199.648 y T.P. 187.952 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por JUSTA RIVERA DE JIMENEZ, MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 24 de mayo del 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, actuación proveniente del Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora JUSTA RIVERA DE JIMENEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra del COLPENSIONES, a fin de que se le declare responsable del reconocimiento y pago de la sustitución pensional en su condición de cónyuge, en razón al fallecimiento del causante OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d). Por lo anterior, solicita se condene al pago de las mesadas causadas según el monto de la cotización, junto a las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió haber contraído matrimonio católico con el señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d) el 5 de agosto de 1962 en la Parroquia de la Santísima de Trinidad de la ciudad de Bogotá. De igual manera, explicó que al causante le fue reconocida la pensión el 1º de junio del 2000.

En otro giro, adujo que el 13 de agosto de 1993, el causante y ella protocolizaron la liquidación de la sociedad conyugal mediante escritura pública, sin embargo, afirmó que el matrimonio continuó vigente y, por consiguiente, también los efectos legales que le corresponden a ella como cónyuge sobreviviente.

Que, el 8 de abril del 2017, el señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d) falleció en la ciudad de Bogotá. Por lo anterior, solicitó al extremo demandado el reconocimiento de la sustitución pensional en su condición de cónyuge y beneficiara, pedimento que fue denegado por la entidad mediante respuesta adiada el 8 de noviembre del 2017, aduciendo que la prestación de sobrevivencia le fue reconocida a la señora MARÍA LINA HOLGUÍN en calidad de compañera permanente a través de la resolución SUB No 103114 del 20 de junio del 2017.

Al respecto, manifestó que se encuentra acreditado la vida marital y la convivencia exigidas por la normativa, agregando que la vida común entablada con el causante se procuró más allá del tiempo requerido para acceder a la pensión de sobrevivientes.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la demandante no cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 797 del 2003 y Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de sobrevivientes, adicional a ello, explicó que la prestación pensional le fue reconocida a la señora MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN en calidad de compañera permanente mediante resolución SUB 103114 del 20 de junio del 2017, quien se presentó a la entidad para reclamar la sustitución pensional del señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d).

Por lo anterior, arguyó que la demandante no acudió a la entidad durante el término establecido por el Decreto 758 de 1990 para efectuar la respectiva solicitud pensional, en tanto solamente se presentó después de haber precluido este periodo.

A su vez, argumentó que, de conformidad con la normativa laboral, la entidad se encuentra imposibilitada jurídicamente para realizar el reconocimiento pensional, afirmando haber actuado bajo los principios de legalidad y buena fe, solicitando no se le imponga condena alguna, y en su lugar, se condene a la señora MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN a restituir las mesadas anteriormente reconocidas, las cuales deberán ser devueltas de manera indexada. Por consiguiente, pidió no ser condenado en costas procesales puesto que el conflicto fue originado por disputa de terceros.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Por otra parte, mediante auto adiado del 30 de octubre del 2019, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito ordenó integrar al contradictorio a la señora MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN en calidad de tercera *ad excludendum* en razón a que a ella le fue concedida la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLEZ (q.e.p.d).

En razón de lo anterior, la señora MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN contestó la demandada oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda,

aduciendo carecer de fundamentos facticos y jurídicos, lo cual conllevaría a su no prosperidad.

Así mismo, propuso como excepciones de fondo la de caducidad e inexistencia del derecho.

Por último, mediante auto del 10 de marzo del 2022, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito ordenó remitir las diligencias al Juzgado 404 Transitorio Laboral de Bogotá en razón al cumplimiento del ACUERDO PCSJA22-15. (Fl. 82 – CARPETA 01 JUZGADO ORIGEN).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de mayo del 2022 resolvió:

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones presentadas por Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia, así como las presentadas por la señora María Lina Holguín Holguín.

“SEGUNDO: Declarar que Justa Rivera de Jiménez en su calidad cónyuge supérstite, tiene derecho al 50% de la pensión causada por Octavio Jiménez Ovalle y la señora María Lina Holguín Holguín al restante 50% en calidad de compañera permanente.

“TERCERO: Condenar a Colpensiones a reconocer a JUSTA RIVERA DE JIMÉNEZ y a MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de Octavio Jiménez Ovalle, en un 50% de la prestación para una de ellas, a partir de la ejecutoria de la sentencia con los reajustes legales, que se encuentre efectuando para aquella época a la pensión que hoy por hoy recibe María Holguín en un 100%.

“CUARTO: Autorizar a Colpensiones a descontar de las mesadas pensionales a pagar en favor de la demandante Justa Rivera de Jiménez, los aportes con destino al sistema de salud según lo considerado.

“QUINTO: Sin Costas en la instancia, ante su no causación.

SEXTO: De no ser apelada se concederá el grado jurisdiccional de consulta.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* adujo que el problema jurídico a resolver se circunscribía a determinar si la demandante y la tercera *ad excludendum* eran beneficiarias de la sustitución pensional con ocasión al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fallecimiento del señor OCTAVIO JIMÉNEZ OVALLE (q.e.p.d); que, en caso de prosperar, era necesario analizar si había lugar a reconocer el pago del retroactivo pensional, intereses moratorios o indexación.

Una vez verificado el cumplimiento de la reclamación administrativa, resaltó que conforme a lo deprecado por el órgano de cierre de esta jurisdicción, la normativa aplicable para determinar el reconocimiento del derecho pensional de sobrevivencia debía ser la vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, siendo necesario aplicar en el presente caso las previsiones legales contenidas en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, como quiera que el causante falleció en el año el 8 de abril del 2017.

Así mismo, aseveró que de conformidad con las documentales aportadas, se logró acreditar que el causante OCTAVIO JIMÉNEZ OVALLE (q.e.p.d.) le fue reconocida pensión de vejez mediante resolución 18193 de 2001 por parte de Instituto de Seguros Sociales (ISS). Por consiguiente, precisó que son beneficiarias de la pensión de sobrevivencia con ocasión de fallecimiento del pensionado, el cónyuge o compañera (o) permanente supérstite.

Al respecto, aclaró que el cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente separado de hecho, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, siempre que haya acreditado la convivencia con el causante por un lapso no inferior a 5 años en cualquier periodo, sin ser necesario que durante este se haya conservado un vínculo afectivo.

No obstante, explicó que, conforme a la jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, en situaciones de convivencia no simultánea por separación de hecho o convivencia permanente, es indispensable que la compañera acredite la cohabitación con el difunto por un periodo no inferior a 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del deceso, siendo dicho lapso también exigible al conyugue con sociedad conyugal vigente, pero en cualquier tiempo de la relación.



En el caso *sub-examine*, determinó haberse demostrado que JUSTA RIVERA DE JIMÉNEZ contrajo matrimonio católico con OCTAVIO JIMÉNEZ OVALLE (q.e.p.d.) el 05 de agosto de 1962, decidiendo disolver y liquidar la sociedad conyugal el 13 de agosto de 1993; mientras que por su parte, MARÍA LINA HOLGUÍN acreditó la existencia de la unión marital de hecho desde el 1º de abril de 1994 hasta el 8 de abril del 2017, de conformidad con sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá el 5 de diciembre del 2018.

Por lo que, para resolver el problema jurídico planteado, trajo a colación la sentencia SL0359 del 2021 de la Sala de Casación Laboral, mediante la cual se concluyó la imposibilidad de exigirle al consorte supérstite con vínculo matrimonial vigente separado de hecho, la acreditación de un nexo afectivo vigente al momento del fallecimiento, ya que ello configuraría un requisito adicional que la ley no ha establecido. Por consiguiente, aseguró que la liquidación de la sociedad conyugal suscrita de común acuerdo por la actora y el causante no era un obstáculo para acceder al derecho pensional discutido.

Por otro lado, indicó que de conformidad con los interrogatorios de parte y los testimonios practicados, se logró acreditar el cumplimiento, por parte de ambas consortes, de los requisitos exigidos para la concesión del derecho pensional, en razón a haberse demostrado una convivencia simultánea, siendo razonable para la juzgadora que la demandante tuviera derecho al 50% de la pensión causada por el fallecimiento del señor OCTAVIO JIMÉNEZ OVALLE, mientras que la compañera conservaría el restante 50%.

Ahora la bien, señaló necesario conceder la prestación solicitada desde el momento en que quedara ejecutoriada la sentencia con la finalidad de evitar un doble pago y un detrimento de los recursos públicos, lo anterior, en razón a que la señora MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN se encontraba recibiendo la totalidad de la pensión. En consecuencia, no habría lugar al pago del retroactivo pensional, intereses moratorios ni mucho menos indexación.

Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas, así como tampoco condenó en costas procesales, en tanto COLPENSIONES siguió los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, siendo la demandante quien no compareció al trámite



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administrativo de la pensión de sobrevivientes y, por ende, era necesario acudir a la justicia ordinaria.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA Y RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la demandante la apeló. Al respecto, solicitó se ordenara a la tercera *ad excludendum* la devolución de las mesadas recibidas desde el momento en que falleció el señor OCTAVIO JIMÉNEZ (q.e.p.d), solicitando se haga uso de las facultades *ultra y extra petita*.

Por su parte, la señora MARÍA LINA HOLGUÍN interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, arguyendo haber cuidado durante más de 20 años al causante con quien compartió lecho, techo y mesa. De igual manera, manifestó que la relación afectiva entre el señor OCTAVIO JIMENEZ (q.e.p.d) y la señora JUSTA RIVERA no se encontraba vigente, toda vez que su compañero liquidó su sociedad conyugal con la finalidad de iniciar la unión marital con ella, así mismo, aseveró que los testigos no pueden apreciarse como plena prueba puesto que no son imparciales.

La demanda COLPENSIONES apeló la sentencia solicitando se tenga en cuenta la sentencia C-515 del 2019, en la que la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de las expresiones “*sociedad conyugal vigente y sin sociedad conyugal vigente*”, concluyendo que la consorte separada de hecho con sociedad conyugal disuelta no tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes. Por consiguiente, precisó que, de conformidad a los interrogatorios de parte y los testimonios practicado, no es posible acreditar que la demandante dependiera o tuviera un vínculo económico vigente con el causante, reiterando la tacha de sospecha frente a la declaración de los hijos en tanto no puede dársele credibilidad, aclarando que la seguridad social protege a la familia y no el vínculo de amistad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia la sentencia de primera instancia a favor del COLPENSIONES y los recursos de apelación interpuestos, la Sala deberá auscultar si le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes a la señora JUSTA RIVERA DE JIMENEZ, con ocasión al fallecimiento del causante señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d.).

En caso de prosperar, se debe verificar si la señora MARÍA LINA HOLGUIN se encuentra en la obligación de restituir el monto correspondiente de mesadas pensionales causadas, a la señora JUSTA RIVERA DE JIMENEZ.

c. De la calidad del pensionado

Previo a abordar el fundamento del *sub-examine*, debe puntualizar la Sala en primer lugar que al causante señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d.), le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución No. 016256 del 27 de octubre del 2000 por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en cuantía inicial de \$464.483, la cual se hizo efectiva a partir del 1º de junio del 2000 (PDF 08 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Tampoco el hecho que la demandada a través de la Resolución No. 2017_11018587 del 8 de noviembre del 2017 negó el derecho pensional perseguido por la demandante, bajo el argumento de haberse cumplido con las condiciones legalmente exigidas para el reconocimiento de la prestación. (PDF 04 ANEXO DEMANDA – CARPETA 01 JUZGADO ORIGEN).

d. De la pensión de sobrevivientes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, se advierte que conforme a lo ha adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, por lo tanto, en virtud a que el fallecimiento del causante señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d.) se dio el 8 de abril del 2017, tal como da cuenta la copia del Registro Civil de Defunción, la normatividad aplicable para el presente caso será la referente a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. (PDF 08 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Al respecto, resulta imperioso traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca”.

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

Dicha normativa dispone que son beneficiarios de la pensión de forma vitalicia, la cónyuge o compañera permanente del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso de la cónyuge, el Alto Tribunal ha establecido que el requisito puede ser cumplido en cualquier tiempo, es decir, que los cinco (5) años de convivencia no deben ser anteriores a la fecha del fallecimiento del cónyuge, además, no se hace necesario acreditar que la ayuda mutua o los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de la muerte, así lo ilustra la sentencia SL997-2022, Radicación No. 81832 del 9 de marzo de 2022, en la que se expuso:

“Sobre el aspecto sometido a consideración, la Sala en sentencias CSJ SL5260 y CSJ SL2015-2021 en las que reiteraron lo manifestado en la sentencia CSJ SL5169-2019 explicó:

“Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante. “[...]”

“Pues bien, de la normativa transcrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.

“Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger 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 (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).”

Contrario a ello, en el caso de la compañera permanente, esta debe acreditar los cinco (5) años de convivencia inmediatamente anteriores a la fecha del deceso del pensionado, tal como lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

“De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

“Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008).”

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral ha sido pacífica en su jurisprudencia en sentencias como SL1399 del 2018, SL5141 del 2019, SL1869 del 2020, SL3938 del 2020 y SL3377 de 2021, que la existencia de figuras tales como la separación de cuerpos o liquidación de sociedad conyugal, no conlleva *per se* a la negación del derecho prestacional de sobrevivencia a la cónyuge supérstite, lo anterior, en consideración a que las mismas no extinguen el vínculo matrimonial, siendo



indicado en sentencia SL1399 del 2018 Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 lo siguiente:

(...) En efecto, a partir de la sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637, esta Sala planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo.

(...) Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.

(...) a diferencia del contrato matrimonial, el cual incorpora derechos y obligaciones personales tales como los de socorro y ayuda mutua, tolerancia y respeto a la personalidad del cónyuge, los cuales subsisten mientras el vínculo no sea disuelto por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la sociedad conyugal hace referencia al régimen económico de la unión. Por lo tanto, el primero de los conceptos posee un significado subjetivo e intrínseco, del cual emanan unos deberes personales, mientras que el segundo alude a una sociedad patrimonial o de bienes. Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar.

e. Del caso en concreto

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto *sub examine*, debe precisar la Sala que se estudiara el derecho pretendido por la promotora JUSTA RIVERA DE JIMENEZ en calidad de cónyuge supérstite, toda vez que acreditó haber contraído matrimonio con el causante, aspecto que se comprueba con el correspondiente Registro Civil de Matrimonio y acta matrimonial, que da cuenta que la pareja contrajo nupcias el 5 de agosto de 1962. (PDF 04 ANEXOS DEMANDA – CARPETA 01 JUZGADO ORIGEN y Fls. 14 a 17 – PDF 02 EXPEDIENTE DIGITAL).

Así mismo, no fue objeto de reproche que la promotora y el causante disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal mediante escritura pública No 3424 del 13



agosto de 1993. (PDF 04 ANEXOS DEMANDA – CARPETA 01 JUZGADO ORIGEN y Fls. 26 a 45 – PDF 02 EXPEDIENTE DIGITAL).

Por otro lado, también quedó acreditado y no se discutió al respecto, que la señora MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN y el difunto señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d) convivieron en unión marital de hecho por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1994 hasta el 8 de abril del 2017 de conformidad con la sentencia dictada por el Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá, mediante la cual declaró tal vínculo. (PDF 23 ALLEGAN PRUEBA y PDF).

Adicional a ello, quedó demostrado que COLPENSIONES le reconoció a la señora MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte del señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d) mediante Resolución No SUB 103114 del 20 de junio del 2017. (PDF 08 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Sobra resaltar, además, que tanto la señora JUSTA RIVERA DE JIMENEZ, como la señora MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN, a la fecha del deceso del causante señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d) acreditaban más de 30 años de edad como da cuenta la copia de sus cédulas de ciudadanía. (PDF 08 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Circunstancias por la cuales, procede la Sala a realizar el análisis exhaustivo del caudal probatorio en aras a determinar el derecho deprecado por la promotora.

Para el efecto, se advierte que, durante el transcurso del trámite procesal, se practicó el interrogatorio de parte a la demandante señora JUSTA RIVERA DE JIMENEZ. Al respecto, la actora manifestó conocer a la señora MARÍA LINA HOLGUÍN en razón a que se encontraba en el hospital donde su esposo estuvo, el señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d.), con quien contrajo nupcias el 5 de agosto de 1962, conviviendo con él hasta su fallecimiento.

Por otro lado, afirmó que la señora MARÍA LINA HOLGUÍN vivió con el señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d.), no obstante, el difunto y ella se frecuentaron en varias ocasiones puesto que él siempre estuvo pendiente de ella. Así mismo, arguyó encontrarse residiendo en la casa que construyeron



juntos, en la carrera 87 No 69b-45, lugar donde actualmente vive; a su vez, refirió que no pernoctaba con el causante, pero que en ocasiones él pasaba por la casa, relatando que cohabitaron juntos hasta 1994 y después convivió con la señora MARÍA LINA, haciendo especial énfasis que el occiso la visitaba todos los días y le proporcionaba un auxilio tanto a ella como a sus hijos.

Seguidamente, precisó que después de 1994, el causante convivió con la señora MARÍA LINA, sin embargo, desconoce donde se encontraban residiendo, explicando que el causante le manifestó que vivía en el barrio Villa de los Alpes. Así mismo, aseveró que la relación con el difunto después de 1994 consistió en frecuentarse, siendo él quien la visitaba o algunas veces planificaban para encontrarse en algún lugar, posteriormente el regresaba a su vivienda con la señora MARÍA LINA. No menos importante, expresó que su relación siguió siendo de pareja.

Afirmó que concibieron 5 hijos, FABIAN HUMBERTO, HOLDMAN, OCTAVIO, GUSTAVO y NELLY JIMENEZ, siendo GUSTAVO y NELLY los testigos traídos a juicio. En otro giro, explicó que el causante tenía un tumor y se encontraba enfermo, pero no fue hasta cuando se sometió a una cirugía lo que provocó su deceso en el hospital de Partenón, siendo ella quien se despidió de su cónyuge antes de someterse al procedimiento quirúrgico.

Por otro lado, aseveró que después de su separación, el causante le ayudó a solventar sus necesidades básicas, explicando que ella administraba varios apartamentos, de los cuales cobraba arriendo, asegurando que nunca trabajó; de igual manera, relató que el causante le suministraba un apoyo alimentario de \$2.000.000, afirmando que siempre le brindó dicho monto, pero explicando que en algunas ocasiones le colaboraba con un porcentaje mayor, como en la data de su cumpleaños cuando el causante le daba regalos.

Aseveró que el causante tuvo una hija con la señora MARÍA LINA, la cual se llama CONSTANZA. En otro giro, adujo que el causante duro 4 días internado en el hospital, siendo en el último día que falleció, reiterando que antes de ser hospitalizado, se encontraba cohabitando con la señora MARÍA LINA.



Así mismo, argumentó que realizó la liquidación de bienes con el causante en razón a las deudas que este había contraído, pero expresado que mantuvieron una relación sentimental con posteridad a la firma del referido documento. No menos importante, precisó que COLPENSIONES no le ha suministrado ninguna prestación económica, adicional a ello, fue la señora MARÍA LINA quien sufragó los gastos funerarios del occiso con el dinero que este había dejado, dejando claro que nunca recibió emolumento alguno de la sucesión.

Expresó que nunca estuvo afiliada al sistema de seguridad social en salud, sino hasta cuando el causante falleció, siendo sus hijos o el causante quien con anterioridad le colaboraban para el pago los gastos de salud. Por otra parte, manifestó haber vivido con su hija después de 1994, aclarando que subsistió con el dinero dos apartamentos en arriendo, la colaboración de su hija y el monto dinerario que le suministraba el causante.

Por su parte, la señora MARÍA LINA HOLGUÍN en el interrogatorio de parte a ella practicado, arguyó tener una pensión de sobrevivencia por parte de COLPENSIONES con ocasión a la muerte del señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d), el 8 de abril del 2017. En relación al periodo de convivencia con el causante, manifestó haber cohabitado con él desde 1994 hasta la data de su fallecimiento de manera permanente.

Por otro lado, refirió que el causante y ella procrearon una hija llamada MARIA CONSTANZA HOLGUÍN; así mismo, aseveró no haber laborado, siendo ama de casa desde que empezó a vivir con el causante en 1994 en la calle 76 No 113a-13 casa 2. Expuso haber conocido a la señora JUSTA RIVERA DE JIMENEZ en una reunión en común y no fue hasta cuando falleció el causante que se reencontraron; de igual manera, precisó que conoció por primera vez al causante en dicha reunión.

A su vez, reiteró que convivió ininterrumpidamente con el causante desde 1994 hasta su fallecimiento, aclarando que nunca se separaron, así mismo, explicó que ella estuvo pendiente del causante cuando estuvo enfermo, precisando que debió ser hospitalizado dos veces y en la última ocasión por el término de 24 horas debido a que falleció al día siguiente en la clínica Partenón.



Continuando con su declaración, narró que el causante no continuó la relación sentimental con la señora JUSTA RIVERA con posterioridad a 1994, lo anterior, toda vez que el occiso se encontraba cohabitando con ella, mucho menos mantuvieron una relación de amistad; sin embargo, justificó que el occiso fue varias veces invitado a los cumpleaños de los hijos, motivo por el cual, él a veces asista con su hija a las reuniones.

En ampliación a su respuesta, refirió que el causante no le suministraba ningún apoyo monetario a la señora JUSTA RIVERA, sino solamente a la hija menor de edad que tenía con la demandante. En otro giro, afirmó que nadie compareció al trámite administrativo realizado por COLPENSIONES para dar la prestación de sobrevivencia, aseverando que fueron ella y su hija quienes pagaron los gastos fúnebres del difunto, mientras que la señora JUSTA RIVERA asistió a las exequias.

De igual manera, manifestó que antes del fallecimiento del causante, él era quien sufragaba sus gastos de salud, aclarando que ella se encontraba en el sistema como cotizante, pero el señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE la retiró un tiempo debido a que consideraba que, si fallecía, la señora MARÍA LINA podría disfrutar la pensión, sin embargo, ella le manifestó su inconformidad. Así las cosas, aseguró tener otra pensión con COLPENSIONES, adicional a la de sobrevivencia.

Por último, puntualizó que NELLY y GUSTAVO son los hijos de JUSTA RIVERA, explicando que no ostenta relación de amistad con ellos.

Ahora bien, se practicó el testimonio de la señora NELLY JOAHANA JIMENEZ RIVERA (tachado de sospecha), quien relató ser la hija del causante y la demandante. Respecto a la relación de sus padres, explicó que ellos se separaron cuando tenía 13 años, aclarando que ellos convivieron en el barrio La Florida, siendo su padre quien se fue de la casa y ella se quedó cohabitando con su madre, empero, continuó compartiendo con el señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE, reuniéndose los fines de semana junto con la señora JUSTA RIVERA; por otra parte, manifestó que el causante trabajaba, la promotora se quedaba en la casa y ella estudiaba.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ampliación a su respuesta, confirmó que después de la separación, el señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE se trasladó al barrio Villa de los Alpes, y le consta tal situación, por CUANTO su padre la llevó, puesto que allí conviva con la señora MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN y CONSTANZA; en lo referente a su tiempo de convivencia, manifestó que cohabitaron hasta la data del fallecimiento.

Igualmente, aseguró que el señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d.) falleció el 8 de abril del 2017, conviviendo hasta el último momento con la señora MARÍA LINA en el barrio de Villa de Granada. La testigo declaró que después de la separación de sus padres en 1994, ellos compartieron diferentes situaciones.

Así mismo, avaló que el causante asistió económicamente a la actora, a ella y a sus hermanos, siendo enfática en que el occiso siempre estuvo pendiente de ellos, y cualquier consulta o negocio que quisiera realizar la promotora, su padre le ayudaba, perdurando tal relación hasta la data del fallecimiento del causante.

En lo que atañe al pago de los gastos fúnebres, afirmó haber sido sufragados por la señora MARÍA LINA y CONSTANZA, lo anterior, ya que ellas al haber estado viviendo con él, conocían la situación financiera del *de cuius*, añadiendo que su padre devengaba una pensión y se encontraba pagando un seguro en Capillas de la Fe, y salvo por los pagos adicionales en razón a un cambio de cajón o sala, los demás emolumentos ya se encontraban cubiertos por el seguro que él tenía.

Afirmó que después del fallecimiento del señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE, los gastos de la señora JUSTA RIVERA eran solventados por los hijos, puesto que la accionante no recibía ningún ingreso, precisando que ella nunca trabajó ya que se dedicó completamente al cuidado de la casa, del señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE y de ella. De igual manera, manifestó que el causante colaboró sufragando los gastos médicos de su madre hasta su fallecimiento, posteriormente, la señora JUSTA RIVERA fue quien realizó el pago correspondiente de sus expensas de salud, así mismo, confirmó que el señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE mantuvo afiliada a la actora al sistema de seguridad social en salud hasta cuando convivieron, por lo que después de ese periodo, la señora JUSTA RIVERA no estuvo adscrita a seguridad social.

En lo que respecta a la liquidación de bienes, la declarante aseveró que sus padres suscribieron dicho documento, pero su unión marital siguió vigente, y tiene conocimiento que firmaron el mismo debido a que su padre había quedado en bancarrota y no podía pagar las deudas que contrajo, por lo que decidieron liquidar los bienes conjuntos. Por lo anterior, avaló que a su madre no se le dio monto alguno con ocasión al fallecimiento del señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE.

Ampliando los hechos, relató que MARÍA LINA HOLGUÍN trabajaba para la época de convivencia con su padre, periodo en el cual cotizó a pensión y recibió posteriormente dicha prestación, afirmando que le consta tal situación en virtud a que su padre la llevaba regularmente a la casa en donde convivía con la interviniente, sin embargo, no se encontraba presente porque estaba laborando; así mismo, tiene conocimiento de que la señora interviniente recibe otra pensión, la cual es diferente a la de sobreviviente, toda vez que fue la quien lo notificó durante el proceso de trámite sucesoral realizado.

Por otro lado, adujo que sus padres duraron 55 años casados, esto es, hasta la data del fallecimiento, reiterando que compartieron con toda la familia en fechas especiales.

Por su parte, en la declaración rendida por el señor GUSTAVO JIMENEZ, relató ser hijo de JUSTA RIVERA y OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d), así mismo, aseguró conocer a la señora MARÍA LINA puesto que fue la persona con quien convivió su difunto padre después de separarse de su mamá. Continuando con el interrogatorio, afirmó que la demandante y el occiso estuvieron juntos desde que se conocieron, avalando que su señor padre era quien les daba el sustento económico para el sostenimiento del hogar, no obstante, aseveró que la relación entre la promotora y el causante fue intachable hasta que se involucró una tercera persona, resaltando que su madre siempre se dedicó al hogar.

Aseveró que la persona involucrada en la relación de sus padres fue la señora MARÍA LINA HOLGUÍN, desconociendo cuando empezó su correlación con el señor OCTAVIO JIMENEZ (q.e.p.d.); también aseguró que sus padres dejaron de convivir para los años de 1995 o 1996, explicando que el motivo de la

separación se debió a que se enteraron de la hija extramatrimonial de su difunto padre, quien considera tenía 10 años para dicha fecha.

Ampliando en su respuesta, manifestó que después de la separación en 1995 o 1996, su padre continuó colaborándole monetariamente a su madre, ya que ella no trabajaba y por ende no recibía ingresos, así como también siguió proporcionándoles dinero a él y a sus hermanos, sufragando gastos propios de su educación. De igual manera, aseveró que los gastos de la señora JUSTA RIVERA eran pagados, una parte de los bienes que se habían liquidado con el señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE, y la otra, en razón al suministro dado por el mismo causante, no obstante, desconoce el valor monetario.

Por otro lado, confirmó que la señora MARÍA LINA y el señor OCTAVIO JIMENEZ convivieron juntos desde que este se separó de su madre, perdurando la relación hasta el fallecimiento de su padre en 2017.

En lo que respecta a los gastos médicos de la señora JUSTA RIVERA, aclaró que él la tuvo como beneficiaria antes de contraer matrimonio, posterior a ese periodo, la demandante debió autofinanciarse tal aspecto. En otro giro, aseguró que sus padres suscribieron la liquidación de bienes en 1994 después que el occiso se retirara de trabajar del Banco de Colombia, precisando que firmaron el documento para proteger la situación económica de la familia.

En relación al dinero que le suministraba su padre a la señora JUSTA RIVERA, relató que dicho apoyo lo dio hasta su fallecimiento, reiterando que visitaba a la demandante los fines semanas; también afirmó que la señora JUSTA no recibió ingreso alguno con ocasión a la muerte del señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE, pues fue la señora MARÍA LINA la persona que recibió un auxilio funerario y lo correspondiente por la sucesión del causante, aclarando que los gastos fúnebres del occiso fueron sufragados por un seguro.

En aplicación a su respuesta, manifestó que el *de cujus* y la accionante mantuvieron su relación conyugal aproximadamente por 55 años, narrando que esta inició desde 1962 hasta la data del fallecimiento; a su vez, reafirmó haber vivido con sus padres y su hermana en el barrio Villa Florida. Por último, que la señora JUSTA RIVERA estuvo pendiente de su padre desde el



acaecimiento de la cirugía, acompañándolo posteriormente a las exequias fúnebres.

De igual forma, se anexó al caudal probatorio el registro civil de matrimonio, así como el acta matrimonial de la Arquidiócesis de Bogotá, la cual registra la unión marital entre la señora JUSTA RIVERA DE JIMENEZ y OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d). De igual manera, fue anexada la escritura pública No 3424 del 13 agosto de 1993, por medio de la cual se disolvió y liquidó la sociedad de bienes entre la demandante y el causante. (Fls. 14, 24 y 26 a 45 – PDF 02 EXPENDIENTE DIGITALIZADO y PDF 04 – CARPETA 01 JUZGADO ORIGEN).

Bajo este escenario, y recaudado el acervo probatorio, se puede determinar que la demandante, en efecto, contrajo nupcias con el causante para la data del 5 de agosto de 1962, cuyo vínculo perduró hasta la fecha del fallecimiento del señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d), pues si bien liquidaron su sociedad conyugal el 13 de agosto de 1993, lo cierto es que no extinguieron su vínculo marital, puesto que no se acreditó conforme al materia probatorio obrante en el expediente que hubiesen realizado alguna cesación de efectos civiles del matrimonio, única figura válida para dar por finalizado la referida unión.

Ahora bien, es imperante traer a colación lo estipulado por esta Alta Corporación, quien en sus diferentes pronunciamientos ha esclarecido que figuras tales como la separación de hecho o disolución y liquidación de sociedad conyugal, no son casuales para no conceder a la prestación pensional de sobrevivencia, puesto que la función principal de las mismas, es dar por terminado el régimen económico de la unión conyugal, más no el vínculo matrimonial.

En consideración de lo anterior, al estudiarse el caso de la señora JUSTA RIVERA DE JIMENEZ como la cónyuge supérstite del señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d), es necesario acreditar que convivieron durante 5 años continuos en cualquier tiempo de su unión.

En este punto, aprecia la Sala que el señor OCTAVIO JIMENEZ (q.e.p.d) convivió con la señora JUSTA RIVERA DE JIMENEZ hasta 1994, periodo en el cual se separaron para posteriormente iniciar la relación con la señora MARÍA LINA



HOLGUÍN HOLGUÍN, por lo que se logra evidenciar que la promotora y el causante cohabitaron como pareja aproximadamente por 32 años.

Lo anterior guarda concordancia con los testimonios practicados dentro del presente proceso, puesto que la señora NELLY JOHANA JIMENEZ RIVERA narró la situación sentimental de sus padres, manifestando haber convivido con ellos desde su nacimiento hasta la edad de 13 años, periodo en el cual se separaron para la fecha de 1994; así mismo, relató que la liquidación de bienes se dio en razón a la bancarrota de su padre, mas no por finalizar la unión marital entre ellos.

A su vez, de conformidad con la intervención del señor GUSTAVO JIMENEZ, quien declaró también declaró constarle que la relación conyugal entre la demandante y el causante perduró desde la unión matrimonial hasta su separación en 1995 o 1996, por lo que se deja en evidencia que convivieron con creces por más de 5 años; aclarando por otro lado, que liquidaron la sociedad conyugal en razón a salvaguardar un sustento económico familiar, mas no para dar por terminado el vínculo marital.

De lo anterior, queda completamente acreditado que la señora JUSTA RIVERA DE JIMENEZ, cónyuge supérstite, convivió por más de 5 años continuos con el causante, más exactamente, para el periodo comprendido entre 1962 hasta 1994, fecha en el cual dejaron de cohabitar juntos. Por lo expuesto, es evidente que la demandante debe ser acreedora de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor OCTAVIO JIMENEZ OVALLE (q.e.p.d), sin que la liquidación de bienes sea considerada un impedimento para ello.

En relación a la tacha de sospecha realizada por el apoderado de COLPENSIONES, lo cierto es que las declaraciones de los testigos fueron congruentes y concordantes entre ellos, adicionalmente, los dos brindaron elementos de juicio similares y complementarios, por lo que es procedente tener en cuenta lo expuesto en las declaraciones.

En ese orden de ideas, se confirmará la decisión de primer grado en este puntual aspecto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

f. Retroactivo pensional

Ahora bien, de acuerdo a la inconformidad presentada por la parte demandante, se debe traer a colación lo estipulado por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1365-2020 Radicación No. 73158 del 20 de abril del 2020, el cual adujo lo siguiente:

“Debe precisarse que en este caso, la administradora demandada tuvo oportunamente conocimiento de que tanto Margarita Monterrosa Monterrosa como Amarilis Leonor Mariano, se presentaron a reclamar la prestación económica en calidad de compañeras permanentes, por lo que era pertinente que la convocada suspendiera el trámite pensional en relación con el porcentaje que les correspondería, y como no lo hizo corre con la obligación de asumir de manera total el pago del retroactivo a favor de la demandante, por lo que el pago debe ser asumido por la ARL accionada con sus propios recursos.” (Subrayado fuera de texto)

Por lo anteriormente expuesto, cabe precisar que la demandante no se presentó oportunamente ante la entidad demandada para solicitar el derecho prestacional de sobrevivencia, por consiguiente, ni la entidad accionada ni la señora MARÍA LINA HOLGUÍN tenían conocimiento que el derecho iba a ser discutido por la posible existencia de otros beneficiarios, pues para ello se realizó el respectivo trámite administrativo, por lo anterior, no sería posible condenar al pago del retroactivo solicitado a la señora interviniente.

No obstante, es menester poner de presente lo sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL803-2022, Radicación No. 89799 del 16 de febrero de 2022 donde sostuvo:

“Frente al tema conviene reiterar lo ya dicho por la Corporación en relación con la aplicación de la Ley 1204 de 2008, (CSJ SL 226-2021), en cuanto a lo que regula dicha norma respecto del trámite administrativo, el cual tiene como propósito agilizar el reconocimiento de la pensión en cabeza de los beneficiarios y proveerles los recursos, a efectos de evitar su desamparo inmediato, por lo que la norma ordena el reconocimiento pensional provisional, pero a su turno, busca que en un solo procedimiento se hicieran parte todas las personas que consideraran tener derecho a la pensión y, de haber controversia, se resolviera prontamente por la misma entidad con las pruebas aportadas, lo que después fue cambiado por la citada L. 1204 de 2008, ya que allí se ordenó que el asunto fuera dirimido por la jurisdicción, siguiendo la regla que ya había sido fijada en el art. 34 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 del mismo año.

En este punto la Sala precisó que puede desconocer el traumatismo administrativo, y peor aún, el riesgo económico que se genera en el



*reconocimiento pensional a cargo de las entidades frente a la aparición de adicionales beneficiarios de la prestación, pues es claro que, por permitírsele el ordenamiento jurídico, no deben correr con la suerte de ese tipo de excusas, dado que, si acreditan el derecho, **aquél debe ser reconocido desde el momento de su nacimiento, que se insiste, en la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, es la muerte del causante pensionado o afiliado el que marca ese derrotero** (Énfasis añadido)(CSJ SL 226-2021).*

*Por esa razón, para evitar que se sacrifique el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional ante la reclamación y surgimiento del derecho en cabeza de **nuevos beneficiarios de la prestación económica**, y se llegue a considerar un pago doble o sin causa alguna, el legislador permitió a la entidad que asume el reconocimiento de la pensión, compensar las sumas de dinero con las mesadas que a futuro reciban quienes inicialmente fueron aceptados como beneficiarios, o en su defecto, iniciar las acciones de recuperación de esos rubros pagados sin justificación, muy a pesar de que al principio los reclamantes lo hubieran hecho de buena fe o creyendo que los hechos y el momento respaldaban su solicitud (Énfasis añadido) (CSJ SL 226-2021)."*

En el caso *sub examine*, sería entonces obligación de COLPENSIONES reconocer el retroactivo pensional y realizar la compensación a las sumas de dinero con las mesadas futuras respecto de la señora MARÍA LINA HOLGUÍN HOLGUÍN, de no ser porque el recurso de alzada fue dirigido contra la tercera *ad excludendum* y no contra COLPENSIONES, única entidad competente para realizar la restitución de las mesadas pendientes; adicional a ello, el caso bajo estudio se encuentra siendo estudiado en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

g. De la excepción de prescripción

Respecto a la excepción de prescripción propuesta por la interviniente, debe indicar la Sala que tal medio exceptivo no goza de prosperidad toda vez que el órgano de cierre de esta especialidad ha acogido la tesis de la imprescriptibilidad, tal como se memoró en sentencia SL1644-2023 Radicación N.º87640 el 11 de julio de 2023, en la que se trajo a colación:

"En lo que concierne a la prescripción, sabido es que el derecho pensional es imprescriptible debido a su carácter vitalicio y periódico; no obstante, las mesadas pensionales sí pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo (CSJ SL5172-2020 y CSJ SL5181-2020)."



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por último, menester resulta también que este cuerpo Colegiado ponga de presente que no se estudiara en lo referente al porcentaje otorgado por la *a-quo* a la demandante y la compañera para la obtención del derecho, como quiera que tal aspecto no fue refutado.

Por las consideraciones expuestas, se confirmará en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de mayo del 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERO LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 05 19 2021 00372 01
Demandante: LUDIS ROMERO OVALLE
Demandado: UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 21 de junio de 2023 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUDIS ROMERO OVALLE promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, a fin que se declare que fue retirada de la CAJA AGRARIA el 27 de junio de 1999 por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

liquidación de la entidad, sin haber cumplido la edad de 50 años y contando con 20 años de servicios.

Asimismo, se declare que su derecho pensional de carácter convencional se causó el 27 de junio de 1999 ante su retiro por decisión de la CAJA AGRARIA, cuando se dio por finalizado su contrato de trabajo ante la liquidación de dicha entidad y haber laborado por más de 20 años, ello de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999.

Que su derecho pensional de carácter convencional fue adquirido con anterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 que lo cobija, fue suscrita el 15 de abril de 1998, de ahí que le asista el derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14, desde la fecha en que cumplió 50 años de edad, esto es, el 21 de septiembre de 2008.

En virtud de lo anterior, se condene a la encartada a restablecer, liquidar y ordenar el pago de la mesada 14 que se causó desde el junio de 2012 y a futuro, junto con la correspondiente indexación y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus aspiraciones, la accionante señaló que prestó sus servicios a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO durante más de 20 años, vínculo que finalizó el 27 de junio de 1999 de manera unilateral por parte del empleador.

Que al momento de su despido tenía más de 20 años de servicios y no había cumplido la edad de 55 años, adquiriendo el derecho a la pensión convencional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el 27 de junio de 1999, calenda para la cual se le despidió, y que se hizo exigible al cumplimiento de los 50 años, esto es, el 21 de septiembre de 2008.

Agregó, que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia sucesor procesal de la extinta CAJA AGRARIA emitió la Resolución No. 017 del 13 de enero de 2009 por medio de la cual le reconoció una pensión de jubilación convencional a partir del 21 de septiembre de 2008, pagando una primera mesada pensional en cuantía de \$1.561.007,68, equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, igualmente ordenó el reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce (14); mesada adicional que fue suspendida en junio de 2012, sin que mediara orden del pensionado o judicial. Finalmente, expuso que agotó la reclamación administrativa ante la entidad demandada. (f. 7 a 18 archivo 01 y f. 1 a 12 archivo 03)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, ya que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una mesada adicional en el mes de junio o mesada 14 en virtud de la Convención Colectiva Trabajo 1998 – 1999, celebrada el 15 de abril de 1998, entre la CAJA AGRARIA y SINTRACREDITARIO ni en aplicación del artículo 142 de Ley 100 de 1993, en la medida en que dicha prestación fue derogada en virtud de la Constitución Política de 1991, máxime cuando tal situación contraviene lo dispuesto en el párrafo transitorio 3º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Formuló como medios exceptivos los denominados improcedencia de derecho alegado por derogatoria normativa - inexistencia de la obligación por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

incumplimiento de los requisitos legales para el pago de las mesadas adicionales, improcedencia de condena en costas, presunción de legalidad de los actos administrativos y firmeza del acto administrativo, principio de buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de junio de 2023, declaró que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada catorce por parte de la UGPP, respecto de la pensión de jubilación convencional que le fue reconocida conforme el artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999, suscrita entre la CAJA AGRARIA y SINTRACREDITARIO.

En consecuencia, condenó a la accionada a reconocer y pagar a favor del actor la mesada catorce respecto de la pensión de jubilación convencional reconocida a partir del 21 de septiembre de 2008 y en cuantía de las mesadas reconocidas para cada anualidad, la cual debe ser sufragada en adelante; generándose un retroactivo que a la fecha de la sentencia de instancia asciende a \$12.465.261,03, el que debe ser indexado al momento del pago. Igualmente, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción frente a las mesadas adicionales causadas y no canceladas con anterioridad al 1º de julio de 2018 y condenó en costas y agencias en derecho a la demandada.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* refirió que serían sustento de su decisión los artículos 6, 60, 61 y 145 del C.P.T. y de la S.S., 164, 165 y 167 del C.G.P. y el artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999, suscrita entre la CAJA AGRARIA y SINTRACREDITARIO. En lo referente a la edad como condición para hacer exigible el derecho, mencionó las sentencias emitidas por la CSJ_SL No. 29162 de 25 de abril de 2007 y 22792 de 22 de agosto de 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A continuación, expuso que no era objeto de discusión la calidad de pensionada de la gestora, pues de ello da cuenta la Resolución No. 047 de 13 de enero de 2009 emitida por el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien en condición de sucesor de la CAJA AGRARIA, le reconoció una pensión de jubilación conforme lo reglado en el artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999 suscrita entre la CAJA AGRARIA y SINTRACREDITARIO, a partir del 21 de septiembre de 2008 en suma inicial de \$1.561.007, documento que obra en el plenario.

Frente al reconocimiento de la mesada catorce, adujo que dicha prestación fue reconocida a razón de la prestación de servicios por parte de la actora a esa entidad por espacio de veinte años, la cual sería exigible a partir de que cumpliera 50 años de edad, lo cual ocurrió el 21 de septiembre de 2008, como se indica en el citado acto administrativo.

Así las cosas, explicó sobre la causación del derecho que se trata del nacimiento del derecho en sí, y una vez cumplidos los requisitos exigidos para el efecto; mientras que los restantes atañen al momento a partir del cual comienza a percibir el pago de esa obligación como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. De ese modo, dijo que el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo establece como requisito para su causación el tiempo de servicios, siendo entonces la edad un requisito para su exigibilidad o disfrute, más no para su causación.

Dicho esto, refirió que la mesada adicional reclamada por la activa fue creada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, beneficio que la Corte Constitucional en sentencia C409-1994 hizo extensiva a los pensionados de todo orden, incluidos los beneficiarios de pensiones extralegales o convencionales como el presente caso. Acotando que si bien, no se desconoce que partir de la expedición el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

descartó la referida mesada adicional del mes de junio, con excepción de las personas que hayan causado el derecho con antelación al 31 de julio de 2011 y si la mesada pensional no superaba los tres (3) s.m.m.l.v., por ende, es necesario establecer la fecha de causación del derecho pensional en cada caso concreto, para determinar si los pensionados que pretenden beneficiarse de la mesada adicional de junio resultan afectados con la expedición de dicho acto administrativo.

Acorde con lo anterior, precisó que la fecha de causación de la prestación pensional de la gestora lo fue al momento en que la gestora cumplió los veinte años de servicios a favor de la extinta CAJA AGRARIA, lo que según la resolución que reconoció la prestación, acaeció el 27 de junio de 1999, configurándose a partir de esa calenda la causación del derecho pensional, concluyendo que no fue afectada por el Acto Legislativo 01 de 2005, lo que se sustenta en lo señalado por la CSJ-SL en sentencia con radicado No. 5465 de 20 de marzo de 2013.

Disponiendo así, el pago de la mesada catorce que se causa en junio de cada año a partir de 21 de septiembre de 2008, fecha en la que se hizo exigible el derecho pensional. Mencionando para cada año desde 2009 hasta 2022 el valor de la mesada que corresponde a cada anualidad conforme se certifica en el reporte que obra a folios 17 a 20 del archivo 03 y en el archivo 9.

A su vez, declaró probada la excepción de prescripción sobre las mesadas adicionales que se causaron con anterioridad al 1º de julio de 2018, como quiera que presentó reclamación el día 1º de julio de 2021 y radicó la demanda el 6 de agosto de 2021. Generando un retroactivo por los años de 2018 a 2022 de \$12.465.271, suma que debe ser indexada al momento del pago. Finalmente, condenó en costas a la demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión la UGPP presentó recurso de apelación. Expuso en la alzada que el fallo adolece de falsa motivación, ya que en el presente asunto no se ha demostrado ni se pretende la declaratoria un despido sin justa causa, dado que la CAJA AGRARIA le reconoció una pensión convencional con base en lo dispuesto por el artículo 41 de la Convención Colectiva del Trabajo Y no por sus párrafos, de modo que, de la simple lectura del citado artículo se desprende que la misma se pactó como requisito de causación y exigibilidad o consolidación del derecho pensional convencional, el tiempo de servicio y la edad.

Por tanto, contrario a lo expresado en la sentencia de primera instancia, se encuentra que la demandante consolidó su derecho pensional convencional en el momento en que cumplió 50 años de edad, es decir, en el año 2009, momento en el que la UGPP le reconoció una mesada pensional superior a los tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, por ende, de conformidad con lo dispuesto por el acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 Constitucional, no es procedente que se le reconozca el derecho a la mesada catorce.

De otro lado, refirió frente a la condena en costas que se aleja del precedente, ya que cuando se trata de entidades públicas el Consejo de Estado ha determinado que la misma solo es posible acudiendo al criterio subjetivo, es decir, cuando la entidad demandada ha generado actos dilatorios o entorpecido el proceso, situación que no ha sucedido en el presente trámite procesal y tampoco fue motivada en la sentencia, en consecencial, solicita se revoque en su totalidad las condenas impuestas en su contra.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada catorce (14), que argumenta le fue suspendida por parte de la entidad demandada.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar el tema objeto de controversia, hay que precisarse que no fue objeto de reproche que a la aquí demandante le fue reconocida una pensión de jubilación de carácter convencional a partir del 21 de septiembre de 2008 en cuantía inicial de \$1.561.007,78, ello por cuanto, fue beneficiaria de dicha prestación en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 que suscribiera la extinta CAJA AGRARIA y el Sindicato SINTRACREDITARIO, conforme lo acredita la Resolución No. 017 del 13 de enero de 2009, expedida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia entidad encargada de reconocer las pensiones del mencionado empleador. (f. 21 a 26 archivo 03).

En igual sentido, según se desprende de la certificación de pagos emanada por el FOPEP, que la última mesada adicional percibida por la actora -mesada 14-, fue cancelada para el mes de junio de 2011, aspecto que se colige con la manifestación efectuada por la actora en los hechos de la demanda, acotando que la mesada adicional de junio ya no le fue pagada en el año 2012. (f. 17 a 20 archivo 03 y archivo 09).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora, como ya se adujo la controversia en el *sub-lite* gravita en torno a la suspensión de manera unilateral del pago de la mesada catorce.

Al respecto, conviene memora que por virtud de lo consagrado en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año”*¹

Sin embargo, en la misma disposición normativa, se encuentra la excepción a la aplicación del inciso en cita, esto es, el Parágrafo 6º transitorio en el que se establece:

“Parágrafo transitorio 6º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”.

De tal manera, tienen derecho a la mesada 14 aquellos que causen la pensión con anterioridad al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, o quienes acrediten el cumplimiento del derecho a la prestación con posterioridad a dicha calenda y hasta el 31 de julio de 2011, siempre que su mesada sea inferior a los 3 S.M.L.M.V.

Igualmente, es menester precisar la diferencia entre el momento de causación del derecho y el de su reconocimiento o disfrute como en el caso que aquí nos ocupa; en función de ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha abordado un caso de similares condiciones como el aquí debatido, en el que se reconoce una pensión convencional a la parte actora y se estudia el alcance del artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999 entre el ex empleador de la

¹ *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante y el sindicato SINTRACREDITARIO, sentencia SL3438-2021 Radicación No. 85640 del 16 de junio de 2021, estableciendo lo siguiente:

“Pues bien, la Sala se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la interpretación y alcance de la normativa transcrita y, en particular, respecto al primer párrafo allí estipulado. Precisamente, en la sentencia CSJ SL526-2018 señaló que: (i) aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos; (ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige prestar, cuando menos, veinte 20 años de servicio a la citada entidad, y (iii) el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba a la edad de 50 años si es mujer o 55 si es hombre.”

“En esas condiciones, en el citado precedente la Sala concluyó que los requisitos de causación de la pensión reclamada se reducen a: (i) la prestación de servicios durante 20 años y (ii) la desvinculación del trabajador de la empresa. Por tanto, tiene razón la censura en cuanto afirma que la edad constituye una condición individual de mera exigibilidad, goce o disfrute de la prestación, pero no de su formación o estructuración.”

“Bajo el anterior panorama, dado que no se discute que para el 27 de junio de 1999, fecha de desvinculación del actor de la empresa, aquel tenía más de 20 años de servicios a favor de la Caja Agraria, es evidente que en ese momento adquirió el derecho pensional convencional y únicamente quedó a la espera de cumplir la edad para poder exigir su reconocimiento.”

Por ende, según la jurisprudencia traída a colación los requisitos de causación o configuración del derecho pensional contenido en la Convención Colectiva de 1998-1999 suscrita entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el sindicato SINTRACREDITO, la cual cobijaba a la demandante, son el tiempo de servicios y el retiro de la empresa, siendo este último momento el de causación de la mentada pensión y, por tanto, el de su estructuración, sin que en ello tenga incidencia el cumplimiento de la edad, lo cual termina siendo necesario solo para su disfrute y reconocimiento.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, en el evento de la demandante la causación del derecho sucedió el 21 de septiembre de 2008, tal y como obra en la Resolución 017 del 13 de enero de 2009, por medio de la cual el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia entidad encargada de reconocer las pensiones de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACION reconoció la pensión de jubilación convencional. Por ello es, que al haber causado el derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, este no puede ser permeado por sus disposiciones e interpretaciones, pues si bien el reconocimiento de la pensión fue el 21 de septiembre de 2008, resultado de haber cumplido la edad requerida en la norma convencional, el derecho pensional ya había sido causado y por tanto adquirido el 27 de junio de 1999, argumento que valida la misma jurisprudencia recogida en esta oportunidad, más precisamente sobre la procedencia de la mesada adicional de junio:

“Por otra parte, se advierte que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio o «mesada catorce», pues se reitera, causó la pensión cuando se produjo su desvinculación luego de más de 20 años de servicios, esto es, el 27 de junio de 1999, por lo que su derecho no está afectado por las reglas que al efecto establece el Acto Legislativo 01 de 2005 porque la prestación se causó antes de que esta normativa entrara en vigor. Además, las mesadas adicionales también proceden para las pensiones convencionales (CSJ SL 20 mar. 2013, rad. 54265 y SL1925-2021).”

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2769-2021, Radicación No. 82576 del 21 de junio de 2021, señaló:

“De ahí que, el demandante tiene derecho a que la liquidación de la prestación pensional extralegal, se realice con la respectiva actualización monetaria de la base salarial del último año de servicios que para el año 1999 ascendió al valor de \$1.490.503, lo que conduce a que para la fecha en que se cumplió la edad de 55 años de edad, es decir, el 10 de septiembre de 2012, hechas las operaciones por el grupo de actuaría de esta Sala, dicho valor ascienda a la suma de \$3.118.106 que al aplicarle la tasa de reemplazo del 75%, conforme a la cláusula 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, arroja una mesada inicial de \$2.338.580, que deberá ser reajustada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

anualmente conforme a la ley, operación aquella que se resume en el siguiente cuadro:

[...]

“De otra parte, como quiera que la pensión se causó antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el accionante tiene derecho a 14 mesadas al año.”

Respecto del momento en que se le debe restituir el pago de la mentada prerrogativa, es pertinente señalar que obra en el expediente el certificado expedido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional-FOPEP (f. 17 a 20 archivo 03 y archivo 09), el cual contiene los periodos en los que se pagaron las mesadas pensionales reconocidas desde 2008, incluida la mesada 14, última que se vino cancelando en debida forma hasta el año 2011, pero suspendiéndose para pago a partir del año 2012; circunstancia por la cual es menester su reactivación.

En ese sentido, y contrario a lo sostenido por la impugnante, le asiste la razón a la Juez de instancia al declarar que procede el pago de la mesada catorce, respecto de la pensión de jubilación convencional que le fue reconocida a la demandante desde el 21 de noviembre de 2008. En tal sentido, se confirmará la sentencia de primer grado.

Ahora bien, en cuanto a la excepción de prescripción de mesadas que propuso la encartada se declarará probada de manera parcial, en la medida en que la pensión de jubilación convencional le fue reconocida al promotor de la litis mediante la Resolución No. 017 del 13 de enero de 2009, a partir del 21 de septiembre de 2008; y la mesada catorce dejó de sufragarse desde junio de 2012, radicándose reclamación ante la encartada UGPP el 1º de julio de 2021 (f. 27 a 36 archivo 03), y la presente acción fue impetrada el 6 de agosto de este mismo año (f. 2 archivo 01); es decir, que las mesadas adicionales o mesada catorce causadas con anterioridad al 1º de julio de 2018, se encuentra permeadas por el fenómeno



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prescriptivo de que tratan los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S.

En esa medida, es claro que la mesada adicional de junio de 2018 no debe ser pagada, contrario a lo concluido por la Juez de primer grado, quien tasó el retroactivo de 2018 a 2022 en suma de \$12.465.261,3. En consecuencia, se modificará el numeral de la sentencia de instancia, para en su lugar, condenar al pago del retroactivo correspondiente a las mesadas adicionales de junio desde el año 2019 a 2023, para lo cual se toma el valor de mesada certificado por el FOPEP (f. 17 a 20 archivo 03 y archivo 09), así:

Mesada Adicional de Junio	
Año	Valor mesada
2019	2.408.337,32
2020	2.499.854,14
2021	2.540.101,79
2022	2.682.855,51
2023	3.034.846,15
Total	13.165.994,91

En consecuencia, se condenará a la demandada UGPP a pagar por concepto de retroactivo pensional la suma de \$13.165.994,91. Autorizándose a la entidad demandada a descontar del retroactivo pensional, los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Dado lo anterior, advierte la Sala que se torna procedente la indexación deprecada, por como lo sostuvo la operadora de instancia, ya que es palmario que ante la existencia del fenómeno inflacionario, el valor de las mesadas pensionales que ha debido recibir la demandante desde el momento de su causación ha sufrido detrimento en su valor real con el transcurso del tiempo, diezmando su patrimonio, razón por la que la doctrina laboral ha establecido el mecanismo de la actualización o indexación, a fin de que el trabajador o pensionado reciba su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

justo precio al momento de la obligación, teniendo en cuenta para ello la variación del IPC desde el momento de la causación hasta el momento del pago.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1446-2022, Radicación No. 87836 de 26 de abril de 2022, al referirse a la indexación de las mesadas pensionales memoró lo siguiente:

“En su lugar, dicho monto debe ser indexado a la fecha del pago, toda vez que, según se explicó en la providencia CSJ SL815-2021, [...] tal corrección monetaria pretende impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario, en procura de que la obligación se satisfaga de manera completa e integral (SL359-2021).

[...]

“en la sentencia CSJ SL5045-2018, la Corporación ha reiterado que:

[...] existen dos clases de indexación que pueden exigirse en un proceso judicial (ver sentencias CSJ SL, 12 sep. 2006, rad. 28257, reiterada en decisiones SL11762-2014 y SL7890-2015) «[...] una relativa a la actualización o ajuste del ingreso base para liquidar la pensión (IBL), (...); y otra atinente a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas o diferencias pensionales que no fueron sufragadas en su oportunidad, y que debió haberse hecho en forma periódica.”

Dicho, esto se impone la confirmación de la decisión de primer grado sobre este puntal aspecto, en tanto procede la indexación del retroactivo aquí analizado.

Finalmente, sobre la inconformidad que presenta la UGPP respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y al no salir avante los argumentos que esgrimió en la impugnación, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fue vencida en juicio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

COSTAS a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó al pago de un retroactivo pensional en suma de \$12.465.261.3.

Para en su lugar, condenar a la demandada a pagar a la actora \$13.165.994,91, por concepto de retroactivo pensional a razón de mesadas adicionales del mes de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

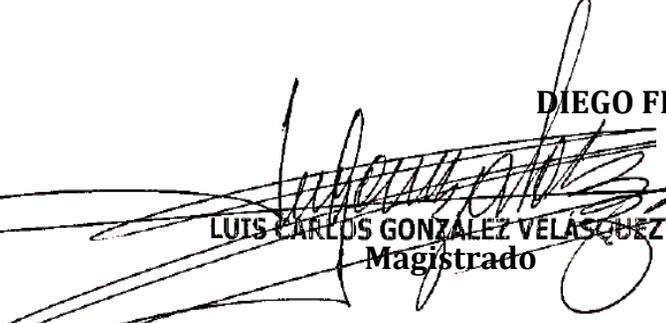
junio de los años 2019 a 2023, suma que debe ser indexada al momento del pago y de la que se autoriza a la entidad demandada a descontar, lo correspondiente a aportes con destino al sistema general de seguridad social en salud, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

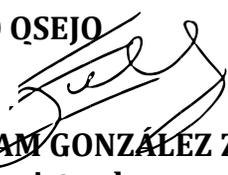
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia bajo estudio.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente UGPP. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de la demandada y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 21 2020 00475 01
Demandante: YOVAN SEBASTIÁN RUÍZ CAMARGO
Demandado: AGENCIA DE DUANAS AVIATUR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar la sentencia proferida el 31 de enero de 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, como quiera que la decisión fue adversa a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor YOVAN SEBASTIÁN RUÍZ CAMARCO promovió demanda ordinaria en contra de la AGENCIA DE DUANAS AVIATUR S.A., a fin de declararse que con la demandada existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2017 y el 18 de mayo de 2020, el cual finalizó por causas imputables a la empleadora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, pretende que se condene a la demandada al pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T., perjuicios morales a razón de 100 S.M.L.M.V. e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que con la demandada existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2017 y el 18 de mayo de 2020, calenda última en que presentó renuncia, así como que el último cargo que desempeñó fue el de Contador Junior, con una última remuneración salarial mensual de \$1.477.000.

Que en la carta de renuncia presentada se manifestó la inconformidad frente a la carga laboral, así como que al señor JEAN CLAUDE BESSUDO HESBY le fue remitida queja por acoso laboral vía correo electrónico el 23 de marzo de 2018.

Expuso que el Director Contable de la Sucursal de Bogotá tomó represalias con su equipo de trabajo, exigiendo informes y resultados de un nuevo programa contable y operativo, exigencias que dicho sistema aún no generaba, máxime cuando el mismo proveedor continuaba en desarrollo de nuevos productos, tan es así que se le exigía entregar un resultado en jornadas externas al horario laboral sin cancelación de horas extras.

Que el Director Contable de la Sucursal de Bogotá ridiculizó a todos los trabajadores del departamento con utilización de palabras descalificadoras, así como que el 23 de marzo de 2018 el señor JEAN CLAUDE BESSUDO HESBY remitió la queja de acoso laboral a los altos cargos directivos dentro de la empresa demandada, lo que conllevó a que el 11 de diciembre de 2019 se efectuara por intermedio de la dependencia de Gestión Institucional una reunión donde los trabajadores, incluido él, manifestaran los problemas con el Director Contable señor JAIME ORLANDO RUBIANO FULA.



Refirió que no se convocó al comité de convivencia a razón que la empresa consideró que se habían establecido soluciones y alternativas con el fin de corregir las inconformidades, pero sin que fuesen adoptadas las medidas adecuadas para el mejoramiento de las condiciones laborales; por el contrario, arguye la continuidad del acoso laboral que conllevó a presentar la carta de renuncia.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada AGENCIA DE ADUANAS AVIATUR S.A. contestó la demanda aceptando la existencia del contrato de trabajo con el demandante, los extremos del mismo, el último cargo desempeñado, su última retribución salarial mensual, así como que fue el actor quien presentó renuncia al cargo.

Igualmente, advirtió que con ocasión a la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional en todo el país a partir de finales del mes de marzo de 2020, el demandante desarrolló todas sus actividades a través de la modalidad de trabajo en casa con un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y sábados de 9:00 a.m. a 1:00 p.m., donde toda la comunicación laboral se llevaba a cabo a través de correos electrónicos o por la aplicación *WhatsApp*, sin que exista evidencia escrita o verbal de que en vigencia de la relación laboral el actor el actor hubiese puesto de manifiesto inconformidad alguna ante una supuesta sobrecarga laboral; por el contrario, con ocasión de la misma emergencia sanitaria, las sucursales asignadas al demandante disminuyeron en forma considerable sus actividades, por ende, también las labores del demandante.

Formuló como medios exceptivos los denominados cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe en la demandada, prescripción y cualesquier otra que resulte probada en el curso del proceso y que pueda ser declarada de oficio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 31 de enero de 2023 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia en primer lugar no ser objeto de controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo entre el 2 de mayo de 2017 y el 18 de mayo de 2020, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de Contador Junior y una última retribución salarial mensual en la suma de \$1.477.000.

Seguidamente, la *a-quo* coligió que en tratándose de un despido indirecto con la finalidad que prosperen consecuencias jurídicas relevantes como es el caso de una indemnización por despido sin justa causa, deviene necesario establecer que el motivo aducido sea necesariamente comunicado de manera precisa y escrita al empleador, como así lo ha determinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que yace dentro del plenario la renuncia presentada por el demandante a la encartada el día 16 de mayo de 2020 mediante la cual el demandante dio por terminado su contrato de trabajo aduciendo una sobrecarga y mal ambiente laboral.

Concluyó que del caudal probatorio el demandante no logró probar que el motivo de su renuncia obedeciera a los aspectos enrostrados en su carta de finiquito, en la medida que la sobrecarga laboral argüida ya había sido superada en el momento en que el actor se retiró de la empresa, puesto que inclusive tenía personal de apoyo, aunado a que tampoco probó el indebido ambiente laboral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por último, no condenó en costas dentro del presente asunto bajo el entendido que al demandante le había sido reconocido amparo de pobreza.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante señor YOVAN SEBASTIÁN RUÍZ CAMARGO, ello por cuanto de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., la decisión de primera instancia fue adversa a sus intereses.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si la terminación del vínculo laboral que ató a las partes obedeció a causas imputables al empleador, ello con la finalidad de también determinar si le asiste o no derecho al demandante al reconocimiento y pago de la indemnización reglada en el artículo 64 del C.S.T., junto con la cancelación de los perjuicios morales deprecados y la indexación.

c. Del contrato de trabajo:

Previo al análisis del asunto *sub-examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre el aquí demandante señor YOVAN SEBASTIÁN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RÚÍZ CAMARGO en calidad de trabajador y la sociedad demandada AGENCIA DE DUANAS AVIATUR S.A. como empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2017 y el 18 de mayo de 2020, donde el actor desempeñó como último cargo el de Contador Junior y una última retribución salarial mensual de \$1.477.000, prueba de ello lo son la copia del contrato de trabajo, el otrosí al mismo y la carta de finalización elevada por el señor YOVAN SEBASTIÁN (Fls. 15 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS y fls.13 a 17 y 18 a 19 – PDF 09 CONTESTACIÓN DEMANDA).

d. De la sanción por despido sin justa causa – despido indirecto:

Ahora bien, en lo que concierne a la figura del despido indirecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1082-2020, Radicación No. 64090 del 20 de abril de 2020, puntualizó:

“El despido indirecto o autodespido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: «El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST».

Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato. Lo anterior quedó condensado en sentencia CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 44155, en la que se dijo:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El despido indirecto o autodespido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

Por otra parte, si bien se ha señalado que frente a un despido, basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta; para el caso del despido indirecto, también le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció, se itera, a justas causas o motivos imputables al empleador; siendo importante acotar que el documento por medio del cual se finaliza la relación laboral invocando estas justas causas, simplemente «es declarativo de circunstancias, condiciones o hechos sucedidos dentro de la vigencia del contrato, más no, demostrativo de dichas circunstancias, condiciones o hechos» (sentencia CSJ SL, del 22 de oct. 1997, rad. 9826)».

En tal sentido, para la constitución de esta sanción, es menester que el trabajador logre demostrar que la extinción del vínculo fue con ocasión a faltas imputables al empleador y previstas en el literal B del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del C.S.T.

Bajo esta égida, pertinente resulta traer a colación la carta de finalización del contrato de trabajo presentado por el actor a la demandante el 16 de mayo de 2020 y que por demás no fue refutada de falsa, donde se argumentó lo siguiente (Fls. 15 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS):

*“Señor:
Jaime Rubiano.
Empresa:
Agencia de Aduanas Aviatur S.A. Nivel 1*

Señor Jaime:

Me he desempeñado en esta empresa por tres años, ofreciendo toda mi disponibilidad, compromiso y responsabilidad. Considero conveniente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

renunciar a mi cargo a partir del 18 de mayo de 2020, ya que en diversas ocasiones he manifestado mi inconformidad con la sobrecarga laboral que me han delegado y el clima laboral que se viene presentando estos últimos meses. Al no presentarse ninguna solución a estas diferencias, estimo necesario buscar otras oportunidades laborales que llenen mis expectativas.

Agradezco la oportunidad de crecimiento profesional que la empresa me ha brindado y les deseo los mejores éxitos en los proyectos que emprendan.”

Ahora bien, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el testimonio del señor JAIME ORLANDO RUBIANO FULA (tachado de sospecha), quien manifestó que lleva vinculado al servicio de la empresa demandada 23 años y era el Director Contable para el momento en que el actor laboraba al servicio de la encartada.

Expuso tener conocimiento que el demandante pasó su carta de renuncia informando que tenía una sobrecarga de trabajo y a razón de la pandemia trabajaba de continuo, sin recibir siquiera pago de horas extras, teniendo conocimiento de lo pertinente pues él como declarante fue la persona quien le recibió la carta de renuncia al actor.

Que el actor ingresó a la compañía inicialmente como pasante aproximadamente en el año 2017, para con posterioridad ser nombrado como auxiliar de contabilidad y a medida que fue avanzando en sus estudios ascendió al cargo de contador junior, que es un asistente del contador máster.

Mencionó que el horario del demandante era de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 1:00 p.m. y sábados de 9:00 a.m. a 1:00 p.m. Que con ocasión de la pandemia el demandante empezó a realizar las labores en casa, pero en todo momento desempeñaba las mismas tareas, así como la entrega de cumplimientos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que debido a la pandemia la empresa autorizó a sus trabajadores una conexión remota a través de aplicaciones o programas que tenía la misma compañía, y era allí donde el demandante debía suministrar la información correspondiente que se llegara a necesitar, al igual se adelantaba la comunicación a través de celular, pues inclusive se hacían reuniones por grupos de trabajo, poniendo que quien supervisaba las labores del señor YOVAN SEBASTIÁN era el contador master.

Expuso no constarle que el demandante hubiese presentado alguna queja por sobrecarga laboral, como tampoco que lo hubiese comunicado al comité de convivencia, ni a sus superiores.

Que a razón de la pandemia y el trabajo en casa, las operaciones comerciales de la empresa disminuyeron de manera significativa, al igual que durante el trabajo en casa del demandante, no solicitó pago de horas extras.

Que tuvo conocimiento que algunos trabajadores citaron a una reunión ante la inconformidad de temas salariales, actividades, sobrecargas de trabajo, entre otros aspectos, de allí que se citara a una reunión donde se convocó a todo el personal. No conoce si el demandante interpuso una queja por acoso laboral, así como que el 13 de abril de 2020, el actor tuvo un apoyo en el área de tesorería, apoyo que inclusive el propio actor se lo solicitó a él como testigo.

La testigo KAREN ALEXANDRA QUIROGA BELTRÁN (tachada de sospecha), manifestó que desde el año 2017 desempeña en la empresa el cargo de Contadora Máster. Tiene conocimiento que el demandante ingresó a la compañía en el año 2018 y se retiró en la pandemia para la anualidad 2020, motivando al momento del finiquito una sobrecarga laboral.

Que el demandante era contador junior en su momento y manejaba lo concerniente a balances en sucursales, hacer conciliaciones de cartera,

entregar informes, puntualizando tal aspecto por cuanto arguyó que todos los contadores tenían las mismas funciones, así como que, a pesar de ser compañeros de trabajo, no desarrollaban el mismo tipo de atención o área en las finanzas.

Que para el año 2018 el departamento realizó una carta en la que reunió a todos los trabajadores manifestando las inconformidades con el jefe de área ante una sobrecarga laboral, exponiendo también tener conocimiento que la relación laboral del demandante culminó aproximadamente en el mes de mayo de 2020 ya que el jefe directo de ella como testigo señor JAIME ORLANDO RUBIANO FULA, para ese momento refirió que necesitaba de un nuevo contador ante la renuncia del actor.

Conoce que fue el mismo demandante quien presentó la carta de renuncia por cuanto se enteró por los mismos compañeros de trabajo, arguyendo que el contacto con el actor era mínimo, máxime si se encontraban en ese momento en pandemia, por ende, laboraban desde casa.

Que a razón de la carta de inconformidad presentada por los trabajadores en el año 2018, fue por lo que se hizo un comité de convivencia en la empresa, donde se citó al jefe señor JAIME ORLANDO RUBIANO, por lo que en la reunión se pusieron los puntos de vista de todos, lo que condujo a que cambiara la actitud para con sus subordinados, hubo aumento en los salarios y permisos.

Así las cosas y, en atención a los postulados legales y jurisprudenciales, la Sala puede colegir que dentro del presente asunto no se configuraron los cimientos para la procedencia de que en efecto se vislumbraran los aspectos propios aludidos por el demandante dentro de la carta de renuncia presentada a razón de una sobrecarga laboral y malos tratos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Primeramente, nótese que según se extrajo de la declaración rendida por el señor JAIME ORLANDO RUBIANO FULA, sujeto quien desarrollaba algún control para con el demandante dentro de la compañía, el mismo fue enfático en destacar que al actor le fue suministrado personal de apoyo con la finalidad de llevar a cabo sus tareas, lo que derruye las manifestaciones propias de sobrecarga laboral.

Al unísono, de la declaración brindada por la señora KAREN ALEXANDRA QUIROGA BELTRÁN, trabajadora de la compañía en el cargo de contadora máster, se puede colegir que si bien en principio existió una inconformidad en cuanto a la forma de subordinación de los empleados por parte del señor JAIME ORLANDO RUBIANO, lo cierto es que la declarante también arguyó existir un cambio notorio a razón de una reunión llevada a cabo entre el grupo laboral, tópico que no avizora la situación descrita por el demandante en su carta de renuncia.

Además, pertinente resulta poner se presente que a pesar de que los testimonios en mención fueron tachados de falsos por el extremo accionante al ser trabajadores al servicio de la encartada, tal situación a juicio de la Sala no es óbice para sospechas de esas declaraciones, como quiera que al haber sido en algún momento compañeros de trabajo del demandante, es congruente tener conocimiento directo de aspectos precisos como los manifestados en juicio.

Por otra parte, tampoco de la prueba documental arrimada por el demandante se extraen situaciones propias que guarden relación con la carta de renuncia, específicamente a una sobrecarga laboral y malos tratos, toda vez que lo que aparecen son distintos correos electrónicos que únicamente demuestran órdenes de los superiores al personal solicitando la entrega de tareas propias de labores del cargo y dentro de las horas establecidas para lo pertinente

conforme se advierte del manual de funciones para el cargo de contador junior (Fls. 48 a 57 y 24 a 29 – PDF 09 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Además, se aprecia que como lo narró el demandante dentro de los supuestos fácticos de la demanda, el 11 de diciembre de 2019, un grupo de trabajadores, incluido el demandante, dejaron por escrito la reunión adelantada ese día donde se consignaron varios aspectos de desatención acerca del trato a los trabajadores, sobrecarga laboral, entre otros, lo que condujo a que la encartada el 13 de diciembre por intermedio del área de gestión organizacional, establecieron unas pautas donde se dejó por sentado mejoramientos en los planes de trabajo, trato con los trabajadores, pagos de horas extras, entre otros (Fls. 19 a 22 y 60 a 62 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

En este punto, puede colegir la Sala que desde el mes de diciembre de 2019, tiempo para el cual se denota un reproche sobre los aspectos expuestos en la carta de renuncia presentada por el trabajador, hasta la fecha de la terminación del contrato de trabajo que lo fue el 18 de mayo de 2020, no se evidencia conducta alguna desplegada por parte del empleador atinente a desestimar las labores del actor, como tampoco evidencia de los malos tratos relatados, aspectos todos por los que no se configuraron las conductas endilgadas a la pasiva óbice para la prosperidad de las pretensiones perseguidas, aspectos todos que conllevan a confirmar la absolución de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

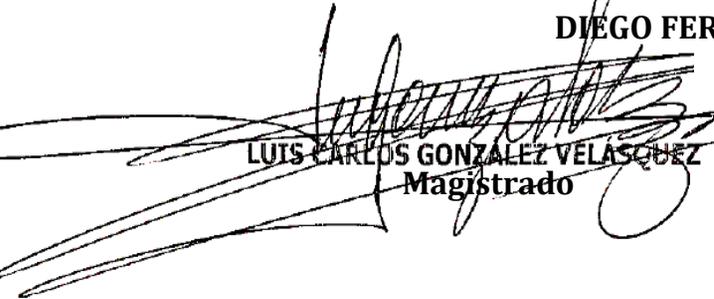
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 31 de enero de 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia..

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor LUIS EDUARDO OCAMPO promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, PORVENIR S.A., FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPRESORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PANFLOTA, a fin de declararse que fue trabajador de la extinta FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A. – hoy COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., última quien no efectuó los aportes a la seguridad social con los salarios realmente devengados en los términos dispuestos en la ley.

Por consiguiente, se condene a ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, expedir a su favor la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le correspondía por el tiempo laborado en dicha Compañía, a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPRESORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PANFLOTA cancelar a PORVENIR S.A. el título pensional o cálculo actuarial.

Asimismo, se le condene a PORVENIR S.A. tener en cuenta el tiempo laborado en la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA a efectos de que sea resuelta su pensión de vejez o devolución de saldos según corresponda.

Por último, se condene a las demandas al pago de perjuicios morales y materiales como lucro cesante y daño emergente, a razón del incumplimiento en el pago del título pensional o cálculo actuarial de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 estimado en 100 S.M.L.M.V., cancelación de intereses moratorios, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.



En forma subsidiaria, pretende que se condene a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ al pago del título pensional o cálculo actuarial que le correspondía.

Asimismo, en forma subsidiaria, también se declare la responsabilidad solidaria a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como titular jurídico de la cuenta del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, en el pago el título pensional o cálculo actuarial que le correspondía.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo en síntesis que, laboró al servicio de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA mediante dos contratos de trabajo por los periodos comprendidos entre el 20 de julio de 1979 y el 27 de octubre de 1979 y entre el 21 de diciembre de 1979 y el 16 de septiembre de 1997, así como que contrajo nupcias con la señora MARÍA DEL ROSARIO ORTÍZ MURILLO.

Expuso que efectuó una conciliación ante el MINISTERIO DEL TRABAJO el 24 de septiembre de 1997 en la que nada se estipuló acerca del tiempo laborado y no cotizado, así como que, dentro de la FMG funciona la organización sindical UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE MARÍTIMO Y FLUVIAL – UNIMAR, sujetos quienes suscribieron convenciones colectivas de trabajo y se profirieron laudos arbitrales, siendo él beneficiario de lo pertinente por estar a paz y salvo con el Sindicato.

Que el último cargo que desempeñó fue el de Timonel a bordo de los buques de la flota, obteniendo así un salario promedio mensual de US 1.346.31 dólares americanos de acuerdo con la liquidación final de prestaciones sociales, y un salario en pesos colombianos al 30 de junio de 1992 en la suma de \$939.326,83.



Asimismo, señaló que la FMG no efectuó el pago de los aportes a pensión por el periodo comprendido entre el 20 de julio de 1979 y el 28 de agosto de 1990, dejando de cotizar un total de 635.28 semanas, al igual que le adeuda el valor del cálculo actuarial del excedente de los aportes a pensión dejados de cotizar por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 1992 y el 16 de septiembre de 1997 para un total de 271 semanas.

Mencionó que estuvo afiliado al extinto ISS hoy COLPENSIONES donde cotizó 271 semanas, luego se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP HORIZONTE y actualmente está afiliado en PORVENIR S.A., fondo en el que ostenta 322 semanas, sumado a que esta última AFP no ha reclamado el bono pensional o cálculo actuarial por el tiempo aquí deprecado para cancelación.

Por último, sostuvo que presentó solicitud de reconocimiento de cálculo actuarial a ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA el 6 de abril de 2015, sujeto quien mediante Resoluciones No. 189 del 30 de octubre de 2015 y No. 210 del 23 de noviembre de 2015 negó lo de su cargo.

Seguidamente, relató que el 6 de julio de 2017 presentó reclamación administrativa ante la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ; ASESORES EN DERECHO S.A.S., en calidad de mandataria con representación de PANFLOTA; la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPRESORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PANFLOTA, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y PORVENIR S.A. (fls. 11 a 38 – PDF 21 EXPEDIENTE DIGITAL).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



La FIDUCIARIA PREVISORA S.A. contestó la demanda oponiéndose al *petitum* bajo el entendido que no es subrogataria, cesionaria o sucesora procesal de la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA-FMG, sino que su capacidad se encuentra delimitada por el objeto del contrato de fiducia, es decir, al pago de las mesadas pensionales y los aportes a seguridad social en salud a cargo de la FMG por medio del patrimonio autónomo denominado PANFLOTA.

Señaló que en el contrato de fiducia se acordó que, para realizar el pago de las mesadas pensionales y los aportes a seguridad social en salud, era menester la existencia de un acto administrativo ordenando el pago, así como que el ex empleado se encontrara en el anexo 1 y que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS entregara al patrimonio autónomo los recursos correspondientes para efectuar dicho pago. Explicó que la Superintendencia de Sociedades mediante auto 400-010509 ordenó reabrir el proceso liquidatorio de CIFM, con el fin de nombrar a un mandatario que atendiera las solicitudes y trámites pensionales de la extinta entidad, función que en la actualidad está a cargo de la sociedad ASESORES EN DERECHO LTDA.

Propuso las excepciones de abrogación indebida de potestad legal, indebida pericia sobre perjuicios, inexistencia de relación jurídica, inexigibilidad de la prestación, autonomía de las estipulaciones del contrato de fiducia mercantil, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad legal y contractual de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación, inexistencia y falta de pruebas de los perjuicios morales y materiales, prescripción y la innominada (Fls. 63 a 88 – PDF 21 EXPEDIENTE DIGITAL).

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó la demanda argumentando que nunca sostuvo una relación laboral con el demandante, aunado a que, no se encuentra dentro de sus funciones legales



reconocer pensiones, como tampoco es el ente responsable en forma solidaria de la Compañía de inversiones de la Flota Mercante.

Aseguró que en virtud del Decreto 4712 de 2008, los funcionarios del Ministerio solo pueden hacer lo permitido en la Constitución y en la Ley, según la competencia asignada, por lo que no es el competente para reconocer el pago de acreencias de trabajadores vinculados a otras entidades.

Agregó que en virtud de la sentencia SU 1023 de 2001, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA es la encargada de responder por el pasivo pensional del demandante, ya que es quien administra el FONDO NACIONAL DE CAFÉ, entidad que a su vez funge como matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la FLOTA MERCANTE S.A.

Formuló las excepciones de indebida vinculación del Ministerio de Hacienda, inexistencia de obligación por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva y genérica (Fls. 105 a 136 – PDF 21 EXPEDIENTE DIGITAL).

La Sociedad ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA expuso que no existe derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial, puesto que cuando el demandante prestó el servicio a favor de CIFM, es decir, por los periodos comprendidos entre el 20 de julio y el 27 de octubre de 1977 y entre el 21 de diciembre de 1979 y el 15 de agosto de 1990, no existía la obligación legal de afiliar a los trabajadores marítimos ya que solo hasta el 02 de agosto de 1990 el ISS expidió la resolución No. 03296, convocando a los empleadores marítimos para la afiliación y cotización de los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Arguyó que la extinta CIFM S.A. realizó el pago de aportes a pensión a favor del causante bajo el registro patronal No. 860007636, sumado a que en el improbable evento en el que se requiera identificar el tiempo en comento,

deberá descontarse 130 días que por concepto de licencias y suspensión el extrabajador no prestó sus servicios, tópico que se vislumbra en la liquidación definitiva de prestaciones sociales.

Adujo que la conciliación hizo tránsito a cosa juzgada, así como que en el acta correspondiente, expresamente quedó consignado ante el juez que se dispusiera poner fin a las controversias de origen laboral o convencional que pudiesen surgir con posterioridad a la celebración de la conciliación, entre ellas las pensiones, acordándose el pago de bonificación conciliatoria, y como quiera que la misma no quebrantó derechos ciertos e indiscutibles, se encuentra amparada de inmutabilidad y firmeza que garantiza la seguridad jurídica dentro de un Estado Social de Derecho.

Interpeló las excepciones de inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM el ISS no había asumido los riesgos de invalidez, vejez y muerte, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, ausencia del presupuesto fáctico para la procedencia del cálculo actuarial, cosa juzgada, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, innominada o genérica, oposición a la condena de costas y la denominada presuntos perjuicios irrogados al demandante (Fls. 183 a 226 – PDF 21 EXPEDIENTE DIGITAL).

PORVENIR S.A. manifestó que por lo menos a la fecha de la contestación de la demanda, el demandante no había radicado reclamación de pensión de vejez, adicional a que, para determinarse si el actor le asiste o no derecho a acceder a una prestación por vejez dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, requiere contar con información y documentación que se suministra al momento de la reclamación pensional, así como adelantar trámites previos tales como obtener la aceptación de la historia laboral y solicitar la emisión y pago del bono pensional una vez el mismo sea exigible.



De otro lado, refirió que, tratándose del título pensional o cálculo actuarial a razón de las cotizaciones efectuados por el actor al servicio de la CIFM, una vez la FIDUCIARIA PREVISORA S.A., el FONDO NACIONAL DE CAFETEROS o la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO efectúen el pago de lo de su cargo, se procederá a acreditar los dineros en la cuenta de ahorro individual del actor.

Impetró as excepciones de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, ausencia de prueba efectiva de daño e inexistencia del daño alegado, innominada o genérica y la de compensación (Fls. 256 a 285 – PDF 21 EXPEDIENTE DIGITAL).

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA adujo que el causante no fue su trabajador, por lo que no debe responder por un derecho pensional. Igualmente refirió que desvirtuará el hecho de que la liquidación de la CIFM fue consecuencia de una decisión suya como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, así como que el ese fondo no cuenta con personería jurídica y su administración se circunscribe a lo señalado en la ley y en el contrato de administración, siendo LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO quien determina cómo se deben administrar tales recursos y, en consecuencia, no está facultada para destinar esos emolumentos a fines no previstos en la ley.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, buena fe y falta de legitimación en la causa.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022, dispuso:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“PRIMERO. DECLARAR que el demandante *LUIS EDUARDO OCAMPO* tiene derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial de los aportes en pensión no cotizados en vigencia de la relación laboral que sostuvo con la *COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA*, por los periodos comprendido entre el 20 de julio y el 27 de octubre de 1979, y entre el 21 de diciembre de 1979 al 30 de junio de 1992.

SEGUNDO. ORDENAR a la *FIDUPREVISORA S.A.*, en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo *PANFLOTA*, que remita a la *SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.* la información donde conste los salarios devengados mes a mes y los factores que lo constituían, durante la vinculación laboral del señor demandante *LUIS EDUARDO OCAMPO* en la *COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE*.

TERCERO. ORDENAR a la *SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*, realizar la liquidación del cálculo actuarial que se genera con ocasión de la vinculación del demandante a la *COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A* entre el 20 de julio y el 27 de octubre de 1979 y, entre el 21 de diciembre de 1979 al 30 de junio de 1992, teniendo en cuenta: (i) lo previsto en el Decreto 1887 de 1994; (ii) los salarios y las sumas constitutivas del factor salariales mes a mes, conforme la información que deba certificar la *FIDUPREVISORA S.A.*, en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo *PANFLOTA*; (iii) lo establecido en el artículo 135 del Código Sustantivo del Trabajo para los salarios que se certifiquen en moneda extranjera, cuya conversión se debe hacer a la fecha en que debió efectuarse el pago del aporte; (iv) que se deben descontar 130 días por concepto de suspensiones; y (v) que no se podrán exceder los topes legales establecidos en las normas aplicables, ni para efectos de la liquidación del cálculo actuarial, ni para la actualización de la historia laboral.

CUARTO. ORDENAR a *ASESORES EN DERECHO SAS*, en su calidad de mandataria y representación de *PANFLOTA*, a expedir la resolución o documento tendiente al reconocimiento y pago efectivo del cálculo actuarial con destino a *PORVENIR S.A.* a favor de *LUIS EDUARDO OCAMPO*, atendiendo para el efecto las sumas que determine *PORVENIR S.A.* al liquidar el cálculo actuarial.

QUINTO. CONDENAR a la *FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.*, en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo *PANFLOTA*, a pagar el cálculo actuarial por omisión en la afiliación en pensiones del demandante señor *LUIS EDUARDO OCAMPO*, conforme las sumas que determine *PORVENIR S.A.* al liquidar el cálculo actuarial y con los recursos del Patrimonio Autónomo *PANFLOTA*, y en caso de que la misma no posea



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los recursos para ello, deberá la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, girar los dineros pertinentes a fin de sufragar el pago del título pensional.

SEXTO. *ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas por el señor LUIS EDUARDO OCAMPO en el presente proceso.*

SÉPTIMO. *DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y NO SE DECLARAN probadas las demás excepciones propuestas por las entidades en sus contestaciones.*

OCTAVO. *COSTAS. Serán a cargo de FIDUCIARIA LA PREVISORA, ASESORES EN DERECHO S.A., y FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, tásense las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000 a prorrata conforme lo establece el Acuerdo PSAA16-10554 de la Presidencia del CS de la J.”*

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que no fue objeto de controversia de la prestación del servicio del demandante señor LUIS EDUARDO OCAMPO a favor de la extinta CIFM por el periodo comprendido entre el 20 de julio y el 27 de octubre de 1979 y entre el 21 de diciembre de 1979 y el 15 de septiembre de 1997 en el cargo de Timonel, así como que el actor fue afiliado al ISS por parte de la CIFM el 30 de junio de 1992, aportes pensionales que se empezaron a efectuar a partir del 1º de julio de esa misma anualidad.

Igualmente, que a partir del 15 de agosto de 1990 se dispuso la inscripción del personal restante vinculado a las empresas y agencias de transporte marítimo en el sistema de pensiones de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 3296 proferida por el ISS el 2 de agosto de 1990.

Seguidamente, relató la *a-quo* que teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se dispuso que el empleador no puede exonerarse de los pagos adeudados en el sistema de seguridad social en pensiones, de allí que coligiera el pago de los aportes pensionales laborados por el demandante al servicio de



la CIFM por el periodo comprendido entre el 20 de julio y el 27 de octubre de 1979 y entre el 21 de diciembre de 1979 y el 30 de junio de 1992, interregno respecto del cual arguye no hubo afiliación, reiterando que esa afiliación pensional se llevó a cabo el referido del referido 30 de junio de 1992.

Al unísono, expuso que el cálculo actuarial no procedía en los tiempos sobre los cuales el trabajador sí estuvo afiliado al ISS, esto es, a partir del 30 de junio de 1992 y hasta la terminación de la relación laboral, como quiera que el empleador sufragó los respectivos aportes durante el resto de ejecución del vínculo contractual como se observa de la historia válida para bono pensional.

Que si bien en principio procedería la reliquidación de los aportes pensionales con intereses moratorios al haberse pagado con una base salarial inferior a la que realmente corresponde, tal escenario no se encuentra debidamente probado puesto que no se aportó la prueba o certificación de salarios devengados por el trabajador mes a mes, en la medida que en la hoja de vida allegada al proceso no se encuentra certificación de lo pertinente, sino de la asignación mensual que se reportó en los avisos de traslado o promoción, sin que exista claridad sobre los emolumentos percibidos que constituían salario para el señor LUIS EDUARDO OCAMPO.

En otro giro, en lo que concierne a la responsabilidad para el pago del cálculo actuarial deprecado, dado que la CIFM se encuentra liquidada desde el año 2012 por parte de la Superintendencia de Sociedades, coligió que la PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. suscribió con la referida CIFM un contrato de fiducia mercantil y se constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes de PANFLOTA con los recursos y bienes que le fueran remitidos por esta última con la finalidad de que la fiduciaria administre tales recursos y los destine al pago de mesadas pensionales a cargo de la flota, administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos según se aprecia del contrato de fiducia mercantil No. 310138.



Por ello, la entidad traída a juicio, esto es, PREVISORA S.A. – FIDUPRESORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PANFLOTA, tiene a su cargo el pago del cálculo actuarial con cargo a los mismos, advirtiendo también que de conformidad con lo establecido en la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, la fiduciaria no estaba obligada a asumir de sus recursos propios cancelación alguna de las obligaciones que se llegasen a imponer en contra de PANFLOTA, por lo que, ante la anunciada ausencia de recursos y a la liquidación del deudor CIFM, será la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ quien asuma la obligación de administrar los recursos necesarios al patrimonio para que se puedan satisfacer las obligaciones a su cargo.

Igualmente, adujo que tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia concluyeron la responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ frente a las obligaciones de la extinta CIFM en atención a la presunción legal de responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante sobre las obligaciones de la sociedad controlada que establece el Parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, adicional a que, en virtud de que la FEDERACIÓN no desvirtuó la presunción de culpa que recae sobre ella como sociedad matriz en el estado de insolvencia de la flota mercante, es por lo que proceden las condenas por estos conceptos.

Asimismo, relató no existir prueba sobre las decisiones que tomó la matriz o controlante para aliviar la situación económica en la que estaba inmersa dicha compañía ni se allegó prueba suficiente en la causa directa del estado de insolvencia en que cayó la sociedad subordinada para poder deducir que el equilibrio financiero de la CIFM tuviese origen en alguna situación externa de las decisiones que pudo tomar la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE



COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, obligación que no puede extenderse a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, pues la responsabilidad subsidiaria recae por regla general en la sociedad matriz como persona jurídica y no sobre otros órganos o autoridades.

Argumentó la falladora que la PREVISORA S.A. – FIDUPRESORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PANFLOTA, celebró con la sociedad ASESORES EN DERECHO S.A.S. contrato de mandato No. 9264001 de 2014, para que este último fungiera como mandatario con representación de PANFLOTA; circunstancia por la cual, coligió ordenar a ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA expedir la resolución o acto que considere del reconocimiento del cálculo actuarial, advirtiendo también que el pago del mismo no es obligación suya en razón a que en el contrato de mandato se consignó que la cancelación del cálculo sería exclusivamente a cargo de PLANFLOTA.

Puso de presente que la administradora en la cual se encuentra afiliado el demandante es PORVENIR S.A. en virtud del traslado de régimen pensional que realizó a HORIZONTE en el mes de noviembre de 1997, de allí que sea dicha AFP la llamada a liquidar el cálculo actuarial por los periodos comprendidos entre 20 de julio y 27 de octubre de 1979 y entre el 21 de diciembre de 1979 y el 30 de junio de 1992 conforme a lo previsto en el Decreto 1887 de 1994, y esta entidad debe recibir su importe ante la satisfacción para que así se entienda cumplida la obligación, aspectos por los que no se puede tener en cuenta el cálculo actuarial realizado por el perito GERMÁN PEÑA ORDOÑEZ aportado al plenario por la parte demandante, pues además de que el valor de la reserva actuarial varía con el paso del tiempo dada la aplicación de diferentes factores según el mentado Decreto 1887 de 1994, en dicho dictamen se hizo el cálculo actuarial durante toda la relación laboral, pero sin valorarse que a partir del 1º de julio de 1992 surtió efectos de



afiliación del trabajador al ISS, efectuándose los correspondientes aportes a pensión.

Al unísono, indicó que PORVENIR S.A. deberá liquidar el cálculo actuaria descontando para el efecto los días que el actor disfrutó de licencias sin remuneración y los días en los que se presentaron suspensiones. En igual sentido, arguyó que en tratándose de los archivos de la hoja de vida, la misma debía ser suministrada por la FIDUPREVISORA S.A. a la administradora de pensiones del demandante, como quiera que la custodia de la administración se encuentra a su cargo de conformidad con lo establecido en el otrosí del contrato de fiducia mercantil No. 310138, advirtiendo también que según lo dispuesto en el artículo 135 del C.S.T., PORVENIR S.A. deberá tener en cuenta si el cálculo actuarial deba llevarse a cabo en pesos o en moneda extranjera, así como que del tenor de la norma se extrae que la conversión se deberá llevar a cabo a la fecha en que debió efectuarse el pago del aporte y no la fecha en que se realice el pago.

Además, ninguno de los salarios base podrá acceder los topes legales establecidos en las normas aplicables ni para efectos de la liquidación del cálculo actuarial ni para la actualización de la historia laboral, y durante los tiempos en que no exista salario certificado deberá tomarse como salario base el S.M.L.M.V.

En lo que atañe al reconocimiento de la pensión de vejez o devolución de saldos a cargo de PORVENIR S.A., expuso que la obligación pensional del fondo de pensiones con el demandante solo surgirá desde el momento en que se reciba el valor del cálculo actuarial ordenado, con los cuales se financiará la prestación a que haya lugar, tópico que a su vez conlleva a que no proceda el pago de intereses moratorios a cargo de esta AFP.

Frente a la excepción de cosa juzgada propuesta por ASESORES EN DERECHO S.A.S. con fundamento en la conciliación celebrada entre el demandante y la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CIFM el 24 de febrero de 1997, dispuso que no goza con vocación de prosperidad en la medida que no recayó en estricto sentido sobre el cálculo actuarial por los aportes pensionales, máxime si se tiene en cuenta que el derecho pensional tiene el carácter de irrenunciable.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación de manera parcial. Se expuso en la alzada la afiliación a PORVENIR S.A., por ello no procedería realizar otra normativa distinta a la Ley 100 de 1993, más aún si el Decreto 1887 de 1994 es la normativa vigente al momento en que se causó la obligación, siendo entonces el último salario el tenido en cuenta para efectos de la realización del cálculo actuarial, siendo todos los emolumentos percibidos constitutivos de factor salarial.

Que en igual sentido, PORVENIR S.A. también debe estudiar el derecho pensional, como quiera que cuando se elevó la solicitud pensional y teniendo en cuenta el capital ahorrado en su cuenta de ahorro individual, debió pensionársele con una pensión mínima mientras se resuelve el litigio, tópico que envuelve también la condena al pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que, en cumplimiento a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, no resulta procedente el descuento de los días de huelga que para el asunto de marras ascendió a 120 días, tan es así que quien debía probar las licencias eran los propios demandados, aspecto que no se logró demostrar, lo que a su vez conduce a que ese interregno deba también incluirse para pago de cálculo actuarial.

Insiste la responsabilidad del pago frente a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, ya que en caso de que el FONDO NACIONAL DEL CAFEÉ o la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA



llegasen a desaparecer, tendría que ser el Estado Colombiano quien asuma la contingencia.

Encuentra reproche en el monto determinado por la operadora de instancia frente a las costas impuestas en primer grado.

De su parte, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ sustenta la alzada en el entendido que no es responsable de ninguna condena, toda vez que la sentencia SU 1023 de 2001 bajo ninguna circunstancia puede ser considerada como regla de solución respecto de la presente controversia.

Lo anterior, en virtud a que el órgano de cierre constitucional emitió órdenes transitorias, dirigidas a un grupo poblacional específico como lo son los pensionados, por lo que el actor no hace parte del mismo, además las órdenes vertidas en la sentencia operan únicamente respecto del pago de mesadas pensionales, así como que no existió alguna responsabilidad de pago de carácter subsidiario.

Solicitó tener en cuenta el Concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 15 de febrero de 2001, donde se estableció que no es la llamada a responder por las obligaciones pensionales de los ex trabajadores de la FMG, sumado a que el actor no le asiste derecho a pago de cálculo actuarial alguno, ya que la ex empleadora CIFM fue llamada a inscribir a sus trabajadores al ISS por medio de la Resolución No. 3296 del 2 de agosto de 1990 a partir del 15 de agosto de esa misma anualidad.

Para ese momento la CIFM cumplió con la totalidad de obligaciones que en materia pensional se encontraban a su cargo, pues el actor para dicha data no contaba con un derecho adquirido en materia pensional, como tampoco había configurado una expectativa en dicho ámbito, por lo que ha de declararse por parte de su empleador el cumplimiento de lo de su cargo.



Que dado el caso que en esta instancia se confirme la sentencia de primer grado, al ser llamada a juicio como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, es por lo que se encuentra supeditada al cumplimiento de un contrato de administración, aunado a que teniendo en cuenta la naturaleza parafiscal de los recursos no se pueden modificar las actividades con cargo al mismo, de ahí que necesariamente se deba intervenir en esa modificación otra serie de entidades e innegablemente ha de estudiarse no opera la figura de mandatorio para la modificación de la destinación de sus recursos.

Asimismo, solicita que atendiendo el equilibrio financiero de la seguridad social, se module la decisión inicial en el entendido de autorizar el descuento del porcentaje de cotización atribuible al trabajador en virtud de su deber contributivo de financiamiento ante el sistema, en concordancia con el principio de solidaridad que también le asiste a quien pretende beneficiarse de una prestación incluida en el sistema de seguridad social.

También solicita se considere lo relativo a la estimación del salario del demandante, ya que dentro del plenario no existe prueba de lo realmente devengado por el demandante, por lo que deberá tenerse en cuenta en caso de una presunta liquidación un S.M.L.M.V. para cada uno de los periodos condenados, lo que conlleva al tiempo a que no se deba instar a la FIDUPREVISORA acreditar prueba al respecto.

Argumenta que debe hacerse uso de un vehículo financiero diferente al cálculo actuarial dado que el Decreto 1887 de 1994 no es aplicable *al sub lite*, que dentro de las operaciones aritméticas del Decreto 1887 de 1994 se evidencia que está incluida la indexación, sin embargo, tal actualización está implícita en la conversión del salario devengado en dólares americanos a pesos colombianos, así como que la condena del cálculo actuarial se debe efectuar teniendo en cuenta únicamente los salarios mínimos de la época en el que el



demandante prestó sus servicios a la FMG tal como lo ha señalado la Corte Constitucional. En últimas, solicita la absolución de condena en costas.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. presentó recurso de apelación, argumentando que no se tuvo en cuenta que no es sucesora procesal de la FMG, toda vez que tan solo administra los recursos transferidos por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, precisando que no es la encargada de elaborar las certificaciones ordenadas. Señaló que, de conformidad con el contrato de fiducia, no tiene a su cargo el pago del cálculo actuarial, dado que el patrimonio autónomo constituido sólo tiene por objeto el pago de las mesadas pensionales y contingencias jurídicas que expresamente se hayan entregado a la fiduciaria.

A su vez, refirió que las obligaciones pactadas en el contrato de fiducia no pueden hacerse extensivas al pago de cálculos actuariales, adicional a que, la sentencia SU 1023 de 2001 estableció que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA es la encargada de responder por las condenas impuestas, dejando de presente que la falladora de instancia incurrió en una indebida aplicación del artículo 365 del CGP, puesto que la condena en costas solo procede por sentencia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar, en virtud de las materias objeto de los recursos de apelación, si le asiste el derecho al actor a



la expedición del cálculo actuarial y determinar la responsabilidad de cada una de las demandadas en esa obligación.

c. Del caso en concreto:

En el presente advierte la Sala de entrada que no fue objeto de reproche que entre el demandante señor LUIS EDUARDO OCAMPO y la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, existieron dos contratos de trabajo por los periodos comprendidos entre el 20 de julio y el 27 de octubre de 1979 y entre el 21 de diciembre de 1979 y el 15 de septiembre de 1997 en el cargo de Timonel, así como que el actor fue afiliado al ISS por parte de la CIFM el 30 de junio de 1992, aportes pensionales que se empezaron a efectuar a partir del 1º de julio de esa misma anualidad, situaciones todas que se demuestran con la copia del primer contrato de trabajo que se suscribiera, acta de conciliación suscrita el 24 de septiembre de 1994, así como la certificación de aportes – historia válida para bono emitida por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (Fls. 273 a 277, 279 a 283 y 665 a 671 – PDF 02 EXPEDIENTE DIGITAL 2).

Por tanto, el punto de discusión se centra en que existió un periodo de labores sin que se realizaran las cotizaciones correspondientes al sistema de seguridad social y, por ende, se debería pagar el cálculo actuarial.

d. Procedencia del pago o traslado del título pensional.

Con base en lo anterior, para resolver el problema jurídico debe advertirse que esta Corporación es del criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el que se admite la posibilidad de ordenar el pago de los aportes pensionales a pesar de no existir el llamado de afiliación por parte del régimen de los seguros sociales obligatorios, criterio que empezó a construir nuestro máximo órgano de cierre de la especialidad a partir de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sentencia con radicado No. 41745 del 16 de julio de 2014 identificada con el No. SL9856-2014, en la cual se señaló:

“Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

“Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

“Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS.

“En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

“Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

“Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

La misma Corporación reiteró y ratificó el anterior criterio, constituyéndose en doctrina probable, tal como se evidencia de las sentencias SL2138-2016, SL3892-2016, SL 4072-2017 y la SL5535-2018, por lo que esta Sala de Decisión atiende al criterio de autoridad antes expuesto, toda vez que garantiza y protege los principios que gobiernan la seguridad social, en tanto con ello se establece una salvaguarda para que, de un lado, proceda el reconocimiento pensional en aquellos eventos en que el interesado adolece de la densidad de cotizaciones necesarias para este, y de otro, para que a favor del interesado el reconocimiento pensional tome en cuenta todos los periodos efectivamente laborados por este, pues en uno u otro escenario, fue un tiempo laborado como trabajador dependiente al servicio de un empleador que usufructuó su fuerza de trabajo.

En este orden de ideas, se puede colegir que para los periodos laborados por el demandante ordenados para cálculo actuarial por la falladora de instancia, comprendidos entre el 20 de julio y el 27 de octubre de 1979 y entre el 21 de diciembre de 1979 y el 30 de junio de 1992, calenda en que al actor ya se le había afiliado al ISS como se expuso en precedencia, no existía la obligación legal de afiliación; sin embargo, en una aplicación sistemática de las normas que regulan la seguridad social en pensiones, se concluye que tal situación no puede afectar el derecho pensional de los trabajadores, además, debe decirse que en cuanto al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, allí se indicó que este aplica en casos como el presente en virtud de la consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger la totalidad de los trabajadores subordinados, por lo que su alcance debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otro lado, no es acertado afirmar que el cálculo actuarial no deba comprender el porcentaje que le corresponde asumir al trabajador en el aporte pensional como así lo estimó la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en su recurso de alzada, toda vez que como lo ha hilado de manera pacífica la jurisprudencia en torno a los casos de no afiliación, en esos periodos de no cobertura se mantiene en cabeza del empleador el riesgo pensional, de modo que no correspondía al trabajador contribuir en un porcentaje para su aporte pensional. En tal sentido, en sentencia SL 14388-2015, se concluyó por el Tribunal de cierre que en *“aquellos casos en los que se verificaba una falta de afiliación del trabajador, no por la omisión del empleador, sino por la falta de cobertura del sistema de pensiones en un determinado territorio (...) los lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional.”*

A su vez, debe decirse que le asiste razón a la *a-quo* al determinar que la elaboración del cálculo actuarial corresponde hacerla a la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el causante con sujeción al Decreto 1887 de 1994, en armonía con el Decreto 3798 de 2003, pues si bien es cierto, dichas normativas no establecen de manera puntual quien es el obligado a realizar la respectiva liquidación actuarial, no es menos cierto que es el fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el trabajador que en últimas aprueba la liquidación que eventualmente presente el empleador, razón por la cual, el órgano de cierre de la especialidad laboral en sus decisiones siempre ha ordenado el pago del respectivo cálculo actuarial sin especificar de antemano un monto, sino supeditándolo al valor que sea liquidado por la respectiva entidad administradora de pensiones, así por ejemplo, en sentencia SL1480-2018, se impartió por dicha Corporación en sentencia de instancia, la siguiente orden:

“Al pago de los aportes por concepto de pensiones conforme al cálculo actuarial que determine la entidad administradora de fondos de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, o se afiliare si no lo está”.



Ahora bien, frente al salario a tenerse en cuenta por parte de la AFP en aras de realizar el cálculo actuarial, debe decirse que corresponde al último salario devengado por el trabajador, como así lo referenció la parte demandante en el recurso de alzada, no obstante, dentro del plenario no yace prueba que advierta los salarios realmente percibidos.

Frente a ese punto, se encuentra que la operadora de instancia no se refirió al respecto, pues argumentó en forma genérica que el cálculo debía realizarse teniendo en cuenta las sumas constitutivas de factor salarial certificadas por la FIDUPREVISORA en forma mensual, por lo que habrá de modificarse este último aspecto, pero poniendo de presente que en razón a que dentro del plenario no yace prueba que advierta los salarios realmente percibidos por el señor LUIS EDUARDO OCAMPO, para poderse efectuar el cálculo actuarial sobre los periodos adeudados hasta diciembre de 1979 (primera relación laboral) y el 30 de junio de 1992 (segunda relación laboral) conforme hasta lo aquí expuesto, es menester ordenar a LA PREVISORA S.A. – FIDUPRESORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PANFLOTA, que remita con destino a PORVENIR S.A. la información donde consten los salarios devengados por el actor mes a mes y los factores que lo constituían al servicio de la extinta CIFM.

En este punto, existe un reproche del demandante como quiera que en primer grado se dispuso que del cálculo actuarial ordenado para pago debía descontársele los días disfrutados por el actor a razón de licencias sin remuneración y los días en que se presentaron suspensiones. Al respecto, la Sala puede colegir que el pago del cálculo deberá efectuarse sobre la totalidad del interregno que perduraron las relaciones laborales hasta el 30 de junio de 1992 y sin interrupción alguna, en virtud a que dentro del plenario no yace prueba que advierta que durante el interregno objeto de pago del cálculo actuarial se hubiesen causado las suspensiones relatadas en la conciliación



celebrado el 24 de septiembre de 1994 carga probatoria que recaía exclusivamente respecto del extremo demandado.

e. De la responsabilidad de las demandadas.

En el *sub-examine* se tiene que a través del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de pagos No. 3-1-0138, celebrado el 14 de febrero de 2006, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante constituyó Patrimonio Autónomo denominado PANFLOTA, cuyo objeto es la administración de tales recursos por parte de esta sociedad y su destinación al pago de las mesadas pensionales a cargo de la CIFM. Asimismo, los numerales 4 y 16 de la cláusula cuarta advierten que la FIDUPREVISORA debe cancelar oportunamente las obligaciones que afecten el patrimonio autónomo, siempre y cuando cuente con los recursos para cumplir dicho propósito.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en varias sentencias ha referido que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS es la llamada a responder de manera subsidiaria en calidad de controlante, tal y como se evidencia en la sentencia de la CSJ SL 471 de 2019, en la que se refirió:

“Para este asunto, la presunción de la responsabilidad permite partir de la base de que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante se causó como efecto de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y, en tal medida, las obligaciones de la sociedad en liquidación deben ser asumidas por la matriz o controlante, salvo que esta se ocupe de demostrar lo contrario. Tal y como lo adujo esta Sala en sentencia CSJ SL15310-2014.

[...]

“Así, la Sala advierte que en el expediente obra el certificado de existencia y representación legal de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante a folios 8 a 16 vto. en el que se inscribió dicha situación de control, en los siguientes términos:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Que por documento privado n.º 0000001 de empresario del 18 de mayo de 2006, inscrito el 14 de junio de 2006 bajo el número 00102413 del libro 1 de las entidades sin ánimo de lucro se comunicó que se ha configurado una situación de control por parte de la sociedad matriz: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia con la sociedad de la referencia.”

“Es decir, resulta inane la discusión atinente a la ausencia de unidad de empresa y conexidad en el objeto social, si la situación de subordinación ya está plenamente acreditada.”

En la precitada sentencia también se hace referencia a los autos 400010928, 400016211 Y 400017782 de la Superintendencia de Sociedades, de los cuales se señaló:

“En este orden de ideas, debe entenderse que el auto proferido por la Superintendencia de Sociedades, protege íntegramente a los pensionados, futuros pensionados y sustitutos pensionales (sic), en cumplimiento estricto de la sentencia SU 1023 de 2001, es decir el obligado es y seguirá siendo la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, a quien en ningún momento se le está exonerando de las obligaciones impuestas por la Honorable Corte Constitucional, para lo cual se utilizará el instrumento que es el patrimonio autónomo constituido en Fiduprevisora S.A., quien será el encargado de ejecutar materialmente las obligaciones a cargo de la citada Federación. Advirtiendo igualmente, que las obligaciones dineradas están a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y en ningún momento se trasladarán a la Fiduciaria La Previsora S.A., quien como se indicó es el Instrumento para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la accionada”.

Finalmente se señaló, que:

“En tales condiciones, la impugnante no logró demostrar, con base en pruebas calificadas en casación, los errores de hecho que le endilga al tribunal. Por el contrario, estas reafirman su deber de responder subsidiariamente por las obligaciones pensionales, tal y como lo advirtió palmariamente la misma superintendencia de sociedades al hacer referencia a la ya citada sentencia de la Corte Constitucional.”

Atendiendo a los citados criterios jurisprudenciales, observa esta Sala que le asistió la razón a la *a-quo* al considerar que si bien es cierto PORVENIR S.A. debe reconocer al accionante los tiempos no cotizados por la FLOTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., dichos tiempos deberá cobrarlos, una vez realice el cálculo actuarial respectivo, a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, y en el evento en que dicha entidad compruebe que no cuenta con los recursos necesarios para atender dicha obligación, asumirá tal obligación de manera subsidiaria la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS, como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

Criterio este, que se acompasa a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1889-2021, Radicación No. 81240 del 18 de mayo de 2021:

“En todo caso, lo cierto es que las consideraciones plasmadas por la Corte Constitucional en la sentencia CC SU1023-2001, avalan el raciocinio del sentenciador de segundo grado, y no, el de la censura. En efecto, en la citada decisión, esa corporación dijo lo siguiente:

“16. Desde otra óptica, la Federación Nacional de Cafeteros se opone a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues considera, frente a la afectación de los recursos del Fondo, que se trata de recursos parafiscales, los cuales pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales; de otra parte, frente a la vinculación de la Federación, expresa que no existe ningún vínculo laboral entre la Federación Nacional de Cafeteros y los trabajadores o los pensionados de la Flota Mercante.

“Sin embargo, la Corte no admite este argumento pues existen dos presupuestos fácticos, acordes con la naturaleza de las rentas parafiscales, que permiten la afectación de los recursos de la Federación Nacional del Café - Fondo Nacional del Café en esta oportunidad. En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano, y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.

Téngase en cuenta además que los recursos del Fondo Nacional del Café son administrados por la Federación Nacional de Cafeteros como persona jurídica y en virtud del contrato de administración firmado periódicamente con el Gobierno Nacional. Así mismo, la titularidad de las acciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante está a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, en tanto es la Federación la persona jurídica, de derecho privado, encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café, en virtud del señalado contrato de administración y debido a que el Fondo carece de personalidad jurídica propia.

En aplicación de los anteriores aspectos, las relaciones entre el Gobierno y la Federación están señaladas en la ley y en el contrato de administración. Así por ejemplo, en el contrato de administración celebrado el 12 de noviembre de 1997 se aprecian los siguientes aspectos referentes a la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café:

a. En la cláusula séptima consagra como obligaciones de la Federación Nacional de Cafeteros las de invertir y administrar los recursos del Fondo Nacional del Café.

b. En la cláusula octava señala las actividades que podrá ejecutar la Federación con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, las cuales comprenden, entre otras, las de efectuar inversiones permanentes.

c. La cláusula undécima contempla entre los ingresos corrientes del Fondo Nacional del Café, los provenientes de los rendimientos de las distintas inversiones, incluyendo las financieras, y como otros egresos netos los correspondientes a los programas de inversión que incluyan la capitalización o liquidación de las empresas en las cuales el Fondo Nacional del Café sea accionista.

Los aspectos antes señalados, es decir la calidad de matriz o controlante que admite tener la Federación sobre la CIFM, la presunción de responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante que consagra el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, el carácter de persona jurídica de derecho privado encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café y el contenido específico del contrato de administración, sirven de fundamento en esta oportunidad para afectar transitoriamente los recursos de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con el fin de evitar que se sigan



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vulnerando derechos fundamentales de los pensionados a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.

Ahora bien, en este caso y según lo precisó la Corte en la sentencia C-510 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, “el objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada.

“Se trata, entonces, de una presunción juris tantum, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos.

“Por lo tanto, la declaración de fondo sobre la responsabilidad de la matriz compete tomarla, con valor de cosa juzgada, al juez ordinario y no al juez de tutela. En ese escenario corresponderá establecer si la responsabilidad debe establecerse con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, de la firma administradora de los recursos del Fondo, de la Nación o si existen otros responsables por las obligaciones laborales de la compañía en liquidación obligatoria. [Subraya la Sala]

“Con fundamento en el último párrafo de la cita, se tiene que fue justamente en este proceso en el que se discutió cuál de las entidades debía responder, y la especialidad laboral de la jurisdicción ordinaria concluyó que debía hacerlo la Fiduciaria La Previsora SA, en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, y, subsidiariamente, la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café; conclusiones que, ya se dijo, se fundaron en las pruebas recaudadas en el proceso, sin que en el recurso extraordinario se denunciara que su falta de apreciación o equivocada valoración hubieran conducido al sentenciador de segundo grado a violar la ley.”

De igual manera en la referida providencia dicha Corporación ordenó “En sede de instancia, se dispone que el pago y traslado de los recursos a Colpensiones, correspondientes al cálculo actuarial indicado en la parte motiva de esta sentencia queda asignado, en su totalidad, como una obligación de la Fiduciaria La Previsora SA, con cargo a los recursos del patrimonio autónomo Panflota y, en subsidio, de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, con cargo al Fondo Nacional del Café”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En cuanto al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, resulta evidente que en efecto, dentro de sus obligaciones no está la de elaborar el cálculo actuarial y no le cabe responsabilidad alguna derivada del hecho que el dueño de la CIFM era una cuenta corriente, cuyo dueño era el Estado Colombiano, por lo menos para el periodo demandado como de prestación de servicios que aquí, en este juicio, se reconoce; ello teniendo en cuenta que, como ya se explicó, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA funge como matriz de la Compañía de Inversiones de la FLOTA MERCANTE S.A. indistintamente de su naturaleza de asociación sin ánimo de lucro de carácter civil que administra el FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, que si bien es una cuenta de naturaleza parafiscal constituida con recursos provenientes de contribuciones parafiscales y cuyo objeto es pretender a la estabilización del ingreso cafetero a través de la reducción de los efectos de la volatilidad del precio internacional, tal como se desprende del ya mencionado contrato suscrito entre la federación y el Gobierno Nacional.

Implica lo enunciado que la decisión adoptada por el fallador de primer grado entorno a las responsabilidades en cabeza de las entidades hoy demandadas se encuentra ajusta a derecho, por lo que habrá de confirmarse este puntualísimo aspecto.

f. De la pensión de vejez alegada en el recurso de apelación y el pago de intereses moratorios:

Pretende el demandante en su alzada que en esta instancia se efectúe el reconocimiento y pago de una pensión de vejez de garantía mínima, así como el pago de intereses moratorios por parte de PORVENIR S.A. a razón de la mora en el reconocimiento prestacional.

De entrada, advierte la Sala no asistirle razón al actor, en tanto, teniendo en cuenta la pretensión quinta principal de la demanda, la misma se persiguió de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la siguiente manera (Fls. 1 a 28 – PDF 11 DEMANDA y fls. 11 a 38 – PDF 21 EXPEDIENTE DIGITAL):

“Se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a tener en cuenta el tiempo laborado por el actor en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., entidad cerrada, para la pensión de vejez o devolución de ahorros”

Bajo este entendimiento, palmario resulta que la pretensión gravitó entorno a que en sede judicial fuese tenido en cuenta el cálculo actuarial, el cual por demás se reconoció en este juicio, pero sin que lo allí estimado hiciera énfasis al estudio de fondo de la prestación por vejez de la que el actor echa de menos en sede de apelación.

Y es tan así, que en el recurso de apelación inclusive expresa el reconocimiento de una pensión de garantía mínima hasta tanto no se efectivice en su integridad el reconocimiento y pago del cálculo actuarial objeto de reproche, tópico que en ningún momento fue debatido ni alegado en el transcurrir del trámite procesal.

Por tal razón, claro es que como lo ha adoctrinado la Corte, de llegarse a realizar un análisis como el perseguido por el demandante en el escenario de apelación, que se itera, no hizo parte de los supuestos fácticos, ni las pretensiones, como tampoco de la fijación del litigio dentro del caso de marras, esta Sala podría incursionar en un quebrantamiento de la sentencia de primer grado al tenor del principio de congruencia, por cuanto, la decisión de instancia versó ajustada precisamente a los planteamientos propios de la procedencia o no del pago del cálculo actuarial, sin que se orientara sobre un estudio pensional bajo los preceptos propios de requisitos pensionales por vejez dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente al principio de congruencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL818-2022, Radicación No. 90198 del 16 de febrero de 2022, trajo a colación lo siguiente:

“Principio de Congruencia

Ahora bien, el principio procesal de congruencia tiene fundamento en lo dispuesto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy 281 del CGP, aplicable a los litigios del trabajo por autorización expresa del precepto 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y tiene que ver con que el juez debe adecuar la sentencia a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes (CSJ SL3443-2021, CSJ SL440-2021).

El precedente de la Corporación (CSJ SL2604-2021, CSJ SL440-2021) además ha sido muy claro en que:

Dichas actuaciones limitan la autonomía judicial del juez, quien debe obrar dentro de ese marco trazado por las partes, dado que es lo que edifica la relación jurídica sustancial y procesal de estas en el espacio jurisdiccional.

Ahora, ello no es obstáculo para que el juez, eventualmente pueda interpretar la demanda. De hecho, la Corte ha señalado que «constituye su deber dado que está en la obligación de referirse “a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales” (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento» (CSJ SL2808-2018).

Y en el ámbito del recurso extraordinario de casación, la Sala ha establecido que si el ad quem desborda los límites de la congruencia y decide pretensiones ajenas al debate procesal, puede incurrir en el quebrantamiento de dicho principio y comprometer la legalidad de la sentencia si: (i) la transgresión es relevante; (ii) afecta el derecho de defensa de alguna de las partes involucradas, y (iii) esto incide o sirve de medio para la infracción de una disposición sustancial -violación medio- (CSJ SL911-2016).

Además, nótese que el juez de segundo grado también está sujeto a las materias específicas y debidamente sustentadas en la apelación que se haga contra la decisión primigenia, en virtud del referido y explicado principio de consonancia.

Así, la Corte tiene adoctrinado que las anteriores directrices procesales hacen parte de la denominada congruencia externa del fallo, según la cual «toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia» (CSJ SL2808-2018).

A su vez, la congruencia interna «exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive» (CSJ SL2808-2018).

Por otra parte, debe destacarse que el principio de congruencia tiene excepciones precisas en el ordenamiento jurídico, como cuando: (i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibidem.

Es por ello, que no puede estimar el apelante que por el hecho de que en esta sede se persiga un pago de una pensión de vejez con garantía mínima, deba dejarse de lado principios intrínsecos que envuelven el rito procesal que resguarda el debido proceso de que trata el artículo 23 de la Carta.

Adicionalmente, en gracia de discusión, no puede pasarse por alto que el Juez Colegiado se encuentra impedido de emitir decisiones con facultades *ultra y extra petita* ya que las mismas no se encuentran consagradas dentro de sus funciones legales, salvo que se trate de derechos mínimos e irrenunciables, aspecto último que no se presenta dentro de este asunto, sentencias SL795-2022, Radicación No. 75725 del 15 de marzo de 2022, SL1106-2022, Radicación No. 87437 del 14 de marzo de 2022, SL659-2022, Radicación No. 88144 del 2 de marzo de 2022, entre otras.



Lo anterior, conlleva a su vez a que, como lo dispuso la falladora de instancia, la obligación al reconocimiento de la pensión de vejez o devolución de saldos a cargo de PORVENIR S.A., únicamente surge a partir del momento en que reciba el valor del cálculo actuarial, con el cual se financiará la posible prestación, situación que también conlleva a que no resulte próspero pago alguno por concepto de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues se itera, la AFP no ha incurrido en moral alguna en la actualidad.

Por último, el extremo accionante encuentra reproche en lo concerniente al valor calculado sobre la condena en costas de la primera instancia, situación que no es de asidero en esta instancia pues al tenor de los preceptos del C.G.P., tal aspecto deberá debatirse en otra oportunidad procesal.

A su vez, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y LA PREVISORA S.A. – FIDUPRESORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PANFLOTA refutan la imposición de condena en costas en primer grado. Para lo correspondiente, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

De esa forma, al haber sido evidente que esas accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, además, fueron condenas a ciertas órdenes a razón del reconocimiento y pago del cálculo actuarial, la Sala puede concluir acerca de la prosperidad de estos emolumentos, pues resulta evidente que fueron vencidas en juicio.

COSTAS en esta instancia a cargo de LA PREVISORA S.A. – FIDUPRESORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PANFLOTA y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ por resultar vencidas en juicio y no gozar de prosperidad sus recursos de alzada.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, proveniente del Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A., realizar la liquidación del cálculo actuarial que se genera con ocasión de la vinculación del demandante a la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

extinta COMAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE C.A. entre el 20 de julio y el 27 de octubre de 1979 y entre el 21 de diciembre de 1979 y el 30 de junio de 1992, fecha anterior a la vinculación en el sistema general de pensiones por intermedio del ISS, teniendo en cuenta lo previsto en el Decreto 1887 de 1994 y teniendo en cuenta el último salario devengado por el trabajador en los años 1979 (primera relación laboral) y 1992 (segunda relación laboral), respectivamente, sin descuento alguno de días sobre el interregno ya referenciado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, de conformidad con las consideraciones expuestas en las consideraciones de la presente decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de LA PREVISORA S.A. – FIDUPRESORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PANFLOTA y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ. Se fija como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 para cada una de ellas. Las de primera instancia deberán correr también a cargo todas las encartadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 28 2016 00170 01

Demandantes: Sucesión del señor LUIS ALBERTO ORTIZ (QEPD),
representada por MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ Y
OTROS

Demandados: CONSTRUCTORA CORFIAMÉRICA S.A., CORPORACIÓN
FINANZAS y solidariamente en contra de
ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA DE AMÉRICA
CORFIAMÉRICA S.A., DAVID ERNESTO GARAVITO
AGUILAR, OLGA JANETH BARRIOS ORTIZ, HUGO
HERNANDO BARRIOS ORTIZ, LUZ ALEXANDRA VARGAS
CRUZ y NAIRO YESID BARRIOS ORTIZ

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ALBERTO ORTIZ (QEPD), quien falleció en el curso del proceso, por lo cual la sucesión procesal radicó en cabeza de los señores LUIS ÁNGEL ORTIZ GONZÁLEZ, MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ, JOHAN CAMILO ORTIZ GONZÁLEZ, ALBERTO ORTIZ GONZÁLEZ y PEDRO ANTONIO ORTIZ GONZÁLEZ, formuló demanda ordinaria laboral en inicio en contra de la sociedad CONSTRUCTORA CORFIAMERICA S.A., y en virtud de la reforma de la demanda, también en contra de sus socios NAIRON YECID BARRIOS ORTIZ, DAVID ERNESTO GARAVITO AGUILAR, OLGA YANETH BARRIOS ORTIZ, HUGO HERNÁN BARRIOS ORTIZ y LUZ ALEXANDRA VARGAS RUIZ, así como contra la sociedad CORPORACIÓN DE FINANZAS Y ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIO DE AMÉRICA CORFIAMERICA LTDA., a fin que se declare que entre el causante y la accionada, existió un contrato de trabajo con vigencia entre el 2 de enero de 2012 y el 15 de octubre de 2012, fecha en la cual se dio por terminado de manera unilateral por la empleadora, pese a que el trabajador se encontraba amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada consagrado en la Ley 361 de 1997.

Así mismo, se declare que el accidente de trabajo se ocasionó por culpa imputable al empleador, y que los restantes accionados son solidariamente responsables del pago de las acreencias laborales deprecadas.

En consecuencia, se condene a los accionados al reintegro sin solución de continuidad, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, 78 días de incapacidad, el auxilio por incapacidad permanente parcial, aportes al sistema integral de seguridad social, la indemnización plena de perjuicios, emolumentos debidamente indexados, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

De manera subsidiaria, deprecia el pago de la indemnización por despido sin justa causa, así como las acreencias laborales causadas hasta la fecha del despido, así como la indemnización moratoria.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que el 2 de enero de 2012, entre las partes se celebró un contrato de trabajo, a efectos que el señor LUIS ALBERTO ORTIZ (QEPD) se desempeñara como Oficial de Construcción; de igual manera, que las funciones encomendadas las ejecutó bajo la continuada subordinación de la sociedad accionada; relata que el salario pactado ascendió a \$1.392.000, y que la empleadora no solucionó las acreencias laborales deprecadas.

De otra parte, que el 20 de enero de 2012 acaeció un accidente de trabajo, al caer el causante de una camilla de construcción que se encontraba a una altura de 3.50 metros, lo cual aconteció en la obra denominada Hacienda San Sebastián Conjunto Begonias, y le ocasionó esguinces y torceduras de la muñeca, traumatismo de tendón del manguito rotatorio del hombro y lumbago no especificado; que la empleadora no afilió al trabajador al sistema general de seguridad social en pensiones y riesgos laborales, y frente a salud lo afilió el 8 de marzo de 2012 y lo desafilió el 1º de octubre de la misma anualidad, por lo cual no le fueron



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reconocidos los días de incapacidad y además al no obtener la calificación como profesional del accidente, debió sufragar los costos del tratamiento. Así mismo, que el causante debió sufragar el pago de aportes a salud desde diciembre de 2012.

Relata que el accidente de trabajo se produjo por culpa imputable al trabajador, al no cumplir con las normas de seguridad en el trabajo ni para trabajados en alturas, por lo cual la empleadora debe indemnizar integralmente los perjuicios ocasionados. Finalmente, que la accionada dio por terminado el contrato de trabajo el 15 de octubre de 2012, de manera unilateral, sin justa causa y sin contar con autorización para ello, atendiendo a que gozaba de la estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada CONSTRUCTORA CORFIAMERICA S.A., por conducto de *curador ad-litem*, contestó la demanda señalando no constarle los hechos, ateniéndose por ende a lo que resulte probado en el proceso. Propuso y sustentó las excepciones de prescripción y la genérica.

Con ocasión de la reforma de la demanda, los restantes accionados contestaron la demanda mediante *curador ad litem*, quien refirió oponerse a las pretensiones. Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de causa o título en el demandante, inexistencia de las obligaciones demandadas, carencia absoluta de la acción, prescripción, compensación y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de diciembre de 2022, absolvió a la demandada CONSTRUCTORA CORFIAMERICA S.A. y a los demandados solidarios ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA DE AMERICA y las personas naturales, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por el señor LUIS ALBERTO ORTIZ (QEPD), y declaró no probada la excepción de prescripción.

Para tal efecto el *a-quo* señaló que, del análisis de los medios probatorios, específicamente del dicho del testigo NESTOR DANILO BECERRA, se acredita que el causante prestó servicios como Oficial de Construcción en el proyecto Conjunto Begonias perteneciente a la sociedad accionada CONSTRUCTORA CORFIAMERICA S.A., no obstante, la labor desempeñada estaba a cargo del señor de nombre GUSTAVO, quien ejecutó tal labor como contratista independiente.

Así, el tercero encargado de la obra no fue llamado a juicio y fue él quien, según el testigo, fue quien contrató y subordinó al accionante, de tal manera que no se acreditó que haya sido la sociedad accionada la empleadora, más aún cuando la supuesta afiliación a salud por la empresa, no tiene su rúbrica y en todo caso la sola afiliación no acredita la relación laboral.

De tal manera, que al no haberse accionado al verdadero empleador, no es dable adentrarse al estudio de la solidaridad alegada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación. Sustentó la misma en que de las pruebas practicadas no se acredita que en efecto haya sido un tercero quien fuese el verdadero empleador, más aún cuando se demostró que después del accidente fue la sociedad accionada la que pagó las prestaciones e incapacidades con un documento al que le ansiaban otro nombre, solo con el fin de encubrir la relación laboral; además a folio 191 se aportó la carta de la EPS FAMISANAR que le envía a la sociedad empleadora para que cumpla unas recomendaciones y envíe el análisis del puesto de trabajo.

Frente a las manifestaciones del representante legal, no es de recibo que se acoja su dicho que no conocía quien contrataba a los trabajadores, más aún cuando debe conocer las personas que prestaban sus servicios, aunado a ello que los testigos dan cuenta que la empresa era quien contrataba, acreditándose así la prestación personal del servicio y la subordinación. Así mismo, se advierte que la UGPP sancionó a la empresa por no afiliarse a sus trabajadores. En igual sentido, que a folio 44 se aporta una carta en la cual se manifiesta la solicitud a la empresa de emitir certificado laboral.

De tal manera, que existen diversas pruebas que acreditan la prestación personal del servicio y la subordinación, y no que esto haya operado respecto de un tercero.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si entre las partes existió un contrato de trabajo.

4.3 Contrato de trabajo:

Es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el 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. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL1891-2023, Radicación No. 96505 del 8 de agosto de 2023, SL1855-2023, Radicación No. 92817 del 9 de agosto de 2023, entre otras.

Ahora bien, la *a-quo* estimó que de la prueba testimonial se acreditó que el servicio se prestó en principio, en beneficio de un tercero de nombre GUSTAVO, quien fue quien lo contrató como Oficial de Construcción, sin que se haya vinculado al proceso al verdadero empleador, motivo que impelía a absolver de todas las pretensiones, máxime que, en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se ha establecido que no es dable accionar directamente al que se estime como solidariamente responsable, sin vincular al proceso al obligado principal como aconteció en el presente evento.

De tal manera, que se debe establecer de manera principal, si en efecto se acreditó o no la prestación personal del servicio en beneficio de la sociedad CONSTRUCTORA CORFIAMÉRICA S.A.; para tal efecto, debe señalarse que se practicó el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad CONSTRUCTORA CORFIAMÉRICA S.A. así como el testimonio del señor DANILO BECERRA, ello en tanto se desistió de la restante prueba testimonial decretada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente al interrogatorio de parte, debe señalarse, a contrario de lo referido por el apelante, que la *a-quo* en manera alguna motivó su decisión en los dichos de la parte pasiva, quien además no emitió confesión alguna. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL739-2022, Radicación No. 69509 del 8 de marzo de 2022, señaló respecto a dicho medio probatorio:

“Al efecto, bien vale la pena memorar la sentencia CSJ, SL, 31 may. 2011, rad. 36317, en la que esta Corte precisó que para que exista confesión pura y simple, es necesario que el reconocimiento en ella contenido sea categórico y asertivo del hecho admitido, o sea, sin adición alguna y, menos, sin ambigüedades o suposiciones. Señala la providencia referida:

“La confesión está imbuida de ciertos principios probatorios, entre ellos --que es el que interesa al caso-- el de indivisibilidad, consistente, en términos del legislador, en que la confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe; pero cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente (artículo 200 C.P.C.).

“De lo antes anotado es dado sostener que la confesión judicial, que es de la que se habla en este caso, debe verse como una unidad inescindible; por tanto, cuando el reconocimiento en ella contenido es categórico y asertivo del hecho confesado, o sea, sin adición alguna, estamos frente a lo que ha dado en llamarse confesión “pura y simple”; cuando además del reconocimiento del hecho se agregan por el confesante expresiones que modifican, aclaran o explican el hecho, se tiene una confesión calificada, no susceptible de ser dividida, pues el legislador entiende que aquí se conserva la unidad de la confesión, en tanto que el hecho confesado se debe tomar en los términos precisados por el confesante por vía de explicación, modificación, corrección o aclaración, situación que conlleva, necesariamente, a que si se acepta tal confesión, se acepten sin necesidad de prueba las adiciones que modifican, aclaran o explican el hecho confesado, salvo, obviamente, cuando exista prueba que desvirtúe tales agregados (subrayado fuera de texto).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese sentido, y de la revisión de la prueba, se debe señalar que no se aceptó por el representante legal de la accionada, señor NAIRON BARRIOS, la prestación personal del servicio, sin que sea dable extraer una confesión por el hecho de haber manifestado no conocer al causante ni quien lo contrató. De otra arte, refirió que en la obra la sociedad subcontractaba con tercero diversas actividades, manifestando no conocer al causante y que no reposa contrato alguno en la empresa.

En lo que respecta a la prueba testimonial se tiene que se practicó respecto del señor NÉSTOR DANILO BECERRA APONTE, quien manifestó que conoció al causante en el año 2012, en una obra en el sector de Guaymaral en Chía (C); así mismo que laboraron en un proyecto de la sociedad CONSTRUCTORA CORFIAMÉRICA S.A., culminando el contrato por cuando padeció un accidente de trabajo, sufriendo diversas secuelas, sin conocer cómo se manejó dicha sociedad por la demandada.

Frente a la pregunta atinente a las funciones, refirió que se desempeñaba en oficios varios como Oficial de Construcción, así mismo que el sitio en que laboró era en la Hacienda San Sebastián ubicado en Guaymaral, en un conjunto o proyecto denominado Las Begonias; refirió que cumplió horario de trabajo y en lo atinente a las órdenes señaló que *“Como tal había un maestro encargado que era de nombre GUSTAVO, pero la verdad el apellido en ese momento no lo tengo en cuenta, y también estaba el ingeniero, se me olvidó el nombre, era un señor de edad que eran como tal los propietarios de la firma constructora”*. Refirió que el salario lo solucionaba un ingeniero de nombre HUGO.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, le fue interrogado si el señor GUSTAVO pertenecía a la empresa o si el los contrataba directamente, frente a lo que refirió no tener claridad, y que lo único que le consta que era el encargado de la obra, sin conocer si laboraba en CONSTRUCTORA CORFIAMÉRICA S.A., no obstante que él creía que pertenecía a la sociedad. Al interrogarle quien los contrató, esto es, si fue la empresa o el señor GUSTAVO, refirió que lo hizo dicha persona natural, y que el pago si era con un ingeniero de nombre de HUGO. Frente a dicha persona, también relató no conocer si hacía parte de la empresa; finalmente, aseveró no conocer en realidad como se dio la vinculación de los señores GUSTAVO y HUGO, ni con el demandante.

Así las cosas, le asistió razón a la *a-quo* al concluir que dicha prueba no logra formar el convencimiento que el servicio se haya prestado en beneficio de la sociedad CONSTRUCTORA CORFIAMÉRICA S.A., por cuanto el testigo aseveró que quien lo contrató fue el señor GUSTAVO, quien estaba a cargo de la obra y aceptó no conocer que haga parte de la estructura de la empresa, lo cual también se predica del señor HUGO quien adujo que era quien hacía los pagos. Por ende, no es dable concluir de su declaración que no se trataban de contratistas independientes.

Ahora bien, respecto de la prueba documental, se aportó memorando GF-2013-042 del 30 de octubre de 2013, dirigido por el señor Carlos Zambrano, Gerente Financiero y Administrativo, a la señora MARTHA MARRUGO, Gerente Jurídica de la sociedad, en la cual le pone de presente que el señor LUIS ALBERTO ORTIZ (QEPD), solicita una certificación laboral para ser presentada ante FAMISANAR EPS (fl. 42 archivo digital 01Demanda.pdf); documental que en manera alguna acredita la prestación personal del servicio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así mismo se allegó el informe de posible accidente de trabajo, del 9 de abril de 2012, no obstante, el mismo no es reportado por la empresa, sino por el causante (fl. 44 archivo digital 01Demanda.pdf); de otra parte, la historia clínica en manera alguna acredita la prestación personal del servicio para la accionada, en tanto en la anamnesis solo se narran las circunstancias del accidente, y se advierten las patologías padecidas, mas no es indicativo que haya laborado para la sociedad y no para un contratista. Aunado a lo anterior, en la historia clínica la manifestación de ser la empleadora la sociedad, corresponde al propio del causante, sin que sea dable que la parte interesada fabrique la propia prueba.

En lo que respecta al oficio del 30 de octubre 2023 de la UGPP (fls. 260 y 261 archivo digital 01Demanda.pdf) refiere que la sociedad accionada incurrió en inexactitudes en las autoliquidaciones de algunos trabajadores, por lo cual se inició un proceso de cobro coactivo, documental que no acredita de manera fehaciente la prestación personal del servicio en los extremos laborales aducidos en la demanda.

De otra parte, se allegó el oficio de FAMISANAR EPS dirigido a la sociedad COLFEAMERICAS el 25 de septiembre de 2013 (fl. 262), la cual no corresponde con la razón social de la accionada CONSTRUCTORA CORFIAMÉRICA S.A., aunado a ello que, en su contenido, lo que solicita es un certificado de cargos y funciones, sin que acredite la existencia del alegado contrato de trabajo.

Finalmente, el certificado expedido por la EPS FAMISANAR (fl. 229), da cuenta que el causante se afilió el 4 de marzo de 2011 y cotizó hasta el 1º de noviembre de 2011, sin que se refiera que la sociedad accionada lo haya afiliado como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

trabajador, pues solo se refiere que el señor LUIS ALBERTO ORTIZ (QEPD) era cotizante; en igual sentido, el documento denominado “*Verificación de Derechos*” (fl. 230), refiere en los mismos interregnos como empleadora a la sociedad CONSTRUCTORA CORFIAMERICA S.A., sin embargo, tal como lo adujo la *a-quo*, carece de suscripción por la EPS, a contrario del certificado, el cual, se reitera, no refiere a la sociedad como empleadora, máxime que los aportes fueron solucionados en su integridad por el causante (fls. 175 y siguientes).

En ese orden de ideas, no desacertó la juez de primera instancia al no encontrar acreditada la prestación personal del servicio, en tanto, como viene de verse, tal aspecto no se desprende de la prueba documental, aunado a ello que no operó confesión alguna de la parte demandada y la única prueba testimonial, aseveró no conocer en realidad como se dio la vinculación del actor, aunado a ello que hizo referencia a una tercera persona como la contratante, y refirió no conocer si era contratista independiente o si pertenecía a la accionada.

De tal manera, que al no cumplir la accionada con el *onus probandi* que le correspondía respecto de la prestación personal del servicio, no se activa la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



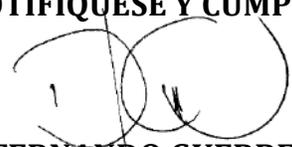
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

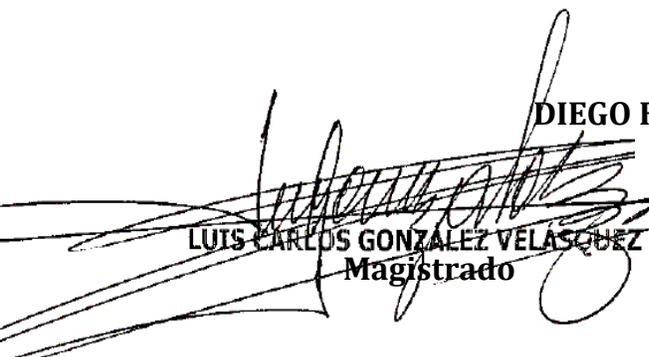
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá., por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO_OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral : 1100131050 28 2018 00274 01
Demandante: MARÍA ATALA MIRANDA
Demandado: PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 23 de febrero del 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA ATALA MIRANDA promovió demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A., con la finalidad de que se le declare acreedora de la pensión de sobrevivientes en razón al fallecimiento del señor JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d), de conformidad con lo establecido por el artículo 47 letra d) de la ley 100 de 1993, refiriendo haber mantenido una convivencia continua con el causante y no existir alguien con mejor derecho. En virtud de ello, pretende que PORVENIR S.A. realice el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia a partir de la fecha del deceso, es decir, desde el 20 de diciembre del 2008, la indexación de los valores adeudados, el pago de interés moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

La demanda fue presentada ante los Jueces Laborales del Circuito de Neiva, correspondiéndole por reparto al Juzgado Segundo Laboral del Circuito, siendo en el trámite de la audiencia que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S. que se declaró probada la excepción propuesta por la pasiva denominada “FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA”, en tanto la reclamación realizada a PORVENIR S.A. se realizó en la ciudad de Bogotá y su domicilio principal se encontraba en esa localidad, remitiendo las diligencias a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá (Fl. 119 – PDF 01 DEMANDA y PDF 03 AUDIENCIA).

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el señor JOSÉ GARBIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d) cotizó al sistema integral de seguridad social a través de PORVENIR S.A. para el periodo comprendido entre el 1º de julio del 2004 y el 30 de noviembre del 2007.

Reseñó que su difunto hijo laboró para la empresa TRANSPORTADORES UNIDOS DE LA SABANA S.A. “TRANSUNISABANA” por medio de un contrato a término indefinido y ejerciendo el cargo de auxiliar de oficina, tiempo en el cual devengó un salario mínimo mensual legal vigente. De igual manera, afirmó que el causante padeció una enfermedad de carácter terminal, lo que le impidió continuar trabajando, conduciendo a su deceso el 20 de diciembre del 2008.

Expuso que el señor JOSÉ GARBIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d) era quien la asistía económicamente, toda vez que su salario contribuía a su alimentación, así como las demás necesidades del hogar, explicando que era soltero y residió con ella hasta el momento de su fallecimiento. Que, en razón de la enfermedad padecida por su hijo y las constantes incapacidades médicas, le fue finalizado el contrato de trabajo, por lo que al encontrarse en situación de discapacidad física, impidió que continuara brindándole aportes dinerarios; por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consiguiente, a raíz del fallecimiento de su hijo, quedó desamparada puesto que no ostenta renta alguna o ingreso fijo estable, con los cuales permita su congrua subsistencia.

En virtud de ello, solicitó ante la encartada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su favor, pedimento que fue denegado por la entidad aduciendo no haberse acreditado la dependencia económica.

Por último, relató que, debido a la enfermedad de su hijo, se vio forzada a buscar un sustento económico para sufragar los costos de su padecimiento ya que el sistema de seguridad social no cubría la totalidad de las contingencias. Finalizó explicando que el señor JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d) tenía un acumulado de 240 semanas en el Fondo Pensional, de los cuales, 92 semanas fueron cotizadas en los últimos 3 años previos a su deceso.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante no acreditó el cumplimiento del requisito legal de dependencia económica referida en el literal d) del artículo 13 de la ley 797 del 2003, por ende, no sería beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su hijo JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d).

Para ello, la encartada refirió que la actora tenía una relación laboral vigente para la época del fallecimiento de su hijo, puesto que presentó una constancia laboral donde certificaba trabajar para PRODUCCIONES DURAN E.U desde el 15 de abril del 2008. Aunado a lo anterior, afirmó que el causante había dejado de trabajar desde el año anterior a su deceso, por lo que era imposible para la accionante depender económicamente de él, más aún cuando devengaba un salario y recibía apoyo económico de sus otros dos hijos, esto, conforme a lo establecido por ella misma en el formulario de reclamación de prestaciones económicas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera, arguyó que los gastos del hogar y los ingresos enunciando por la demandante, permiten evidenciar que la misma pudo garantizar su mínimo vital, lo cual se corrobora por el tiempo transcurrido desde la muerte de su difunto hijo, el 20 de diciembre del 2008, hasta el inicio del proceso en el 2017.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, la innominada o genérica y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de febrero del 2023 profirió lo siguiente:

***“PRIMERO: ABSOLVER** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por la señora **MARÍA ATALA MIRANDA**, en contra de la **AFP PORVENIR S.A**, conforme lo considerado en esta sentencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción formulada por la demandada denominada **FALTA DE CAUSA PARA PEDIR**, conforme lo considerado en esta sentencia.*

TERCERO: SIN COSTAS DE ESTA INSTANCIA.

CUARTO: Si no fuere apelada la presente decisión consúltese con el superior.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* señaló que el problema jurídico a resolver consistía en verificar si la demandante era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre de su difunto hijo **JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA** (q.e.p.d.).

En virtud de ello, trajo a colación lo estipulado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 del 2003, en concordancia con la ley 776 del 2002, puesto que era la normita vigente para la fecha de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fallecimiento del señor JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d.) el día 20 de diciembre del 2008, según consta en el certificado civil de defunción.

Seguidamente, la juzgadora hizo referencia a la sentencia C-111 de 2006, aclarando que la dependencia económica exigida por la citada norma no debía ser total y absoluta, sino que la misma podía ser parcial, por lo que luego de enmarcar las documentales aportadas al plenario, el interrogatorio rendido por la actora y los testimonios practicados en juicio, recalcó que el causante cotizó 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento, cumpliendo así, con uno de los requisitos exigidos por la ley para que sus beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, afirmó que era imprescindible referenciar las reglas establecidas por la Sala de Casación Laboral para el estudio del presente tema, reiterando que la dependencia económica no debía ser total y absoluta, pero tal situación no excluía a que los progenitores pudieran percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando esto no los convirtiera en autosuficientes.

Por lo anterior, el despacho concluyó no haberse cumplido con los presupuestos normativos ni jurisprudenciales para acceder al derecho prestacional solicitado, toda vez que quedó demostrado que, durante el último año de vida del causante, fue la accionante quien tuvo que sufragar los gastos del hogar y las expensas de la enfermedad que padeció su fallecido hijo, pues este no se encontraba laboralmente activo.

Así las cosas, la *a-quo* afirmó que la demandante era autosuficiente económicamente en virtud a que: i) ostentaba una relación laboral con la empresa PRODUCCIONES DURAN E.U o ii) realizaba actividades independientes de servicio doméstico; dejando en evidencia que sostenía monetariamente tanto a ella como a su hijo, sin que de manera alguna se observara que el causante, al menos de manera parcial, contribuyera con tales gastos, aclarando que lo anterior se podría confirmar con lo declarado por la misma accionante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por último, la falladora consideró que, conforme a los medios probatorios obrantes, no se logró inferir que el causante estuviera contribuyendo para el mantenimiento del hogar. Por ende, referenció lo adoctrinado por la Alta Corporación, esclareciendo que la carga de la prueba le correspondía a la señora demandante, mientras que por su parte, PORVENIR S.A., demostró que el causante para la fecha del deceso, no suministraba ningún aporte económico para el sostenimiento total o parcial de su señora madre.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que la juzgadora instancia realizó una indebida valoración probatoria, en tanto la demandante lo que brindó fue un apoyo parcial en subsidio a su difunto hijo en razón de la enfermedad terminal que este padeció, por lo que era un deber de ella como madre atender a su hijo el cual se encontraba en estado de debilidad manifiesta. Así mismo, afirmó haberse acreditado la dependencia económica deprecada, en tanto dicho sostenimiento se proporcionaba de forma reiterada, sistemática y continua, atendiendo a lo corroborado por los testigos traídos a juicio, quienes conocieron de la situación económica presentada y las necesidades acontecidas en el periodo próximo del deceso de su hijo por la falta de asistencia de protección del sistema general de seguridad social.

Por otro lado, argumentó que se debe reconocer, bajo el principio de favorabilidad, los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en relación a los aspectos puntuales de la dependencia económica y la posibilidad de tener un ingreso mínimo, sin que este sea lo suficientemente sustancial para no acreditar el apoyo económico del causante. Por lo anterior, solicitó se realizara un nuevo análisis sobre los testimonios presentados en el desarrollo del proceso, así como revocar la sentencia proferida en primera instancia para conceder las pretensiones formuladas en la demanda.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si le asiste derecho a la aquí demandante señora MARÍA ATALA MIRANDA al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d.), ello de conformidad con lo dispuesto en la ley 100 de 1993, en concordancia con la Ley 797 del año 2003.

a. De la pensión de sobrevivientes:

Previo a abordar el fundamento del asunto *sub-examine*, es menester precisar que durante el trámite procesal quedó demostrado que el causante JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d.) falleció el 20 de diciembre del 2008. Adicional a ello, se pudo determinar que la demandante ostenta la condición de madre del afiliado fallecido, hechos que se corroboran con el registro civil de nacimiento y el registro civil de defunción. (Fls. 53 a 55 – PDF 01 DEMANDA y Fls. 43 a 45 PDF 04 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.).

Ahora bien, es del caso memorar que conforme a lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la pensión de sobrevivientes pretendida, debe ser la vigente al momento del deceso del causante, por tanto, al haber fallecido el causante el 20 de diciembre del 2008, el presente asunto deberá analizarse bajo la égida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del artículos 73 y 74 de Ley 100 de 1993 modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales regulan la pensión sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad. (Fl. 55- PDF 01 DEMANDA).

Al respecto, el artículo 73 de la Ley 100 de 1993, señala sobre los requisitos para adquirir la prestación objeto de análisis, lo siguiente:

“Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad, así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente Ley.”

De esa forma, el artículo 46 *ibidem*, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, indica en su numeral 2º que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

“2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:”

Adicionalmente, el artículo 74 del mismo compendio normativo, modificado por artículo 13 de la Ley 797 de 2003 en su literal d), establece al respecto:

ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.
Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

[...]

“d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este”.

De lo expuesto, es imperioso observar que son dos los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes en casos como el que ocupa la atención de la Sala, esto es, que el afiliado fallecido acredite cincuenta (50) semanas en los últimos tres años anteriores al fallecimiento y que los padres acrediten la dependencia económica respecto del hijo fallecido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En virtud de lo anterior, se advierte que en el caso de marras, el primero de los presupuestos se encuentra plenamente acreditado, pues el causante cotizó desde julio de 2004 hasta noviembre del 2007, alcanzando más de 50 semanas en los tres años anteriores al deceso, superando el periodo de tiempo exigido por la ley, sin embargo, deberá esta Corporación verificar si se cumple con el segundo requisito, esto es, la dependencia económica.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL964-2023, Radicación No. 94309 del 8 de marzo de 2023, señaló:

“En punto a la dependencia económica que exige el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para tener por beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los ascendientes del causante, como con acierto lo asentó el Tribunal, de tiempo atrás esta Corporación ha adoctrinado, que ella no implica una sujeción total y absoluta del posible beneficiario a los ingresos económicos que percibía del causante, por manera que no excluye la existencia de distintas fuentes de recursos, propios o provenientes de otras personas, pues no es necesario que se encuentre en estado de pobreza o indigencia (sentencias CSJ SL400-2013 y CSJ SL3630-2014, entre muchas otras). Así quedó definido, además, en el fallo CC C111-2006, que declaró inexecutable la expresión «...de forma total y absoluta...» contenida en la versión original de la mencionada disposición.

“Ahora bien, la carga de la prueba de la dependencia económica corresponde a quien la alega, en este caso el padre de la afiliada fallecida, y el convocado deberá desvirtuar esa sujeción material, mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autonomía financiera del progenitor (CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 36026).

“Además, el cumplimiento de la consabida exigencia debe ser verificado en cada caso concreto, por lo que deben valorarse las particularidades de quienes la alegan, en relación con la contribución que recibían del causante y su incidencia en la atención de sus necesidades básicas, en condiciones de dignidad y suficiencia.” (Subrayado por la Sala)

Esa misma Corporación en sentencia SL1273-2023, Radicado No. 93790 de 31 de mayo de 2023, explico sobre la autosuficiencia de los padres y la prueba de lo aportado por el hijo fallecido, que:

“Al margen del carácter fáctico de la acusación, es menester precisar que la subordinación financiera no requiere ser absoluta, pero debe



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

acreditarse que el padre o madre reclamante, recibía una contribución significativa de su hijo fallecido. Esta Sala de la Corte tiene adoctrinado, que la dependencia económica de los padres no está supeditada a la prueba de un nivel de pobreza extrema que roce con la mendicidad, pues el hecho de recibir ingresos de otra fuente no desvirtúa la subordinación, siempre que no los convierta en autosuficientes (CSJ SL1168-2019)."

(...)

"Además esta Corporación ha enseñado, entre otras sentencias CSJ SL18980-2017 y CSJ SL3113-2018 que no resulta trascendental demostrar «[...] a cuánto ascendían los recursos y gastos del causante» y, en la CSJ SL3721-2020, que «[...] para la configuración del derecho a la pensión de sobrevivientes, no es necesario acreditar el monto exacto de lo aportado por el causante»."

Conforme a lo anterior, se deja en evidencia que no todo ingreso económico equivale *per se* a una independencia económica, ya de acuerdo a lo establecido por el Alto Tribunal, no se requiere que el progenitor se encuentre en un estado de indigencia o mendicidad para acreditar dicho requisito, aunado a que no es requisito verificar el monto exacto del aporte del causante.

Así mismo, el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL5027 de 2021, al memorar lo adoctrinado por esa misma Corporación en proveídos CSJ SL14923-2014 y CSJ SL1448-2020, sobre la acreditación de la dependencia económica, dijo lo siguiente:

"De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe contar cuando menos con los siguientes elementos: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia.” (Subrayado fuera de texto).

No obstante, es menester precisar que cada caso merece especial atención, pues de igual manera, se debe verificar las circunstancias que antecedieron la muerte del afiliado, afirmación que ha sido objeto de discusión por esta Alta Corporación en sentencia SL148-2021 Radicación No 75860 del 25 de enero del 2021, donde se precisó:

“Con todo, a modo de doctrina se precisa que la regla sobre la existencia de la dependencia económica de los beneficiarios al causante debe ser analizada, conforme lo decantado entre muchas otras en las sentencias CSJ SL886-2013; CSJ SL14923-2014 y CSJ SL5294-2018, «[...] en contextos previos al fallecimiento», por lo que, en perspectiva de dicha interpretación, lo que está prohibido al Juzgador es verificar el mencionado requisito, después de ocurrido el deceso, pero no le está vedado escudriñar, como lo realizó el Colegiado, la situación del causante y sus beneficiarios en un período razonable de tiempo, que en todo caso, precedió a la muerte de aquél.

[...] Por tanto, si bien es cierto, al tenor de lo anotado en la sentencia CSJ SL15260-2017, puede resultar esclarecedor, para determinar que los beneficiarios de la prestación no eran dependientes financieramente de su descendiente, el hecho de que el causante en los cinco meses anteriores a su deceso, no se encontrare laborando; también resulta imperativo advertir, que la jurisprudencia de la Sala ha insistido, que la subordinación es algo que debe analizarse en cada situación, conforme a las pruebas regular y oportunamente practicadas, por lo que no es dable acudir a reglas generales que impidan, bajo cualquier situación, el acceso al derecho.” (subrayado fuera de texto)

b. Del caso en concreto:

Descendiendo al *sub-examine*, y acorde con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., la Sala procede a examinar el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal a efectos de verificar la procedencia de la concesión de la prestación pensional deprecada por parte de la progenitora del afiliado fallecido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para el efecto, se advierte que durante el transcurso del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte a la demandante señora MARÍA ATALA MIRANDA, quien manifestó tener 4 hijos además del causante, precisando que, para diciembre del 2008, ella se encontraba viviendo con tres de ellos, JOSÉ GABRIEL, SOFIA y GLORIA. Por otro lado, aclaró que para la referida data, su difunto hijo no sostenía relación sentimental alguna y mucho menos tenía descendientes.

Del mismo modo, afirmó que, en diciembre del 2008, los gastos del hogar eran sufragados por el causante, puesto que colaboraba con el 85% para su mantenimiento, así mismo, que su hija SOFIA también contribuía, pero en menor medida, ya que no percibía un monto salarial alto. En otro giro, aseveró que, durante el periodo comprendido entre noviembre del 2007 a diciembre del 2008, debió vender diferentes productos agrícolas.

Continuando con su declaración, reiteró que el señor JOSÉ GABRIEL aportaba económicamente al hogar, no obstante, como no se encontraba trabajando, se vio en la necesidad de enajenar diferentes productos para poder subsistir; en igual sentido, adujo que dicha actividad le generaba una ganancia aproximada de \$20.000 para la anualidad del 2007, afirmando no haber percibido ingreso diferente.

Así mismo, manifestó que, para la fecha del fallecimiento de su hijo en diciembre del 2008, ella mantenía una relación contractual de trabajo, la cual había iniciado desde el 1º de abril de la misma anualidad, aclarando que, durante ese transcurso de 9 meses, las expensas del hogar fueron sufragadas por sus otros dos hijos, mientras que su ingreso salarial era destinado para el tratamiento médico del causante. Al respecto, comentó que sus otros hijos no suministraban un monto significativo de dinero, pero aportaban para el mercado de la casa, precisando que se dividía con ellos el pago de los servicios públicos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En la misma línea, sostuvo no acordarse de la declaración extrajuicio que remitió a PORVENIR S.A. por medio de la cual manifestó depender económicamente del causante. De igual manera, explicó que su hijo falleció de la enfermedad terminal VIH, argumentando que no tenía EPS y, por consiguiente, todos los tratamientos médicos eran a razón de consultas particulares, así mismo, recalcó que los gastos funerarios fueron pagados por el Estado.

En otro giro, adujo que el padre de JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d) no conviva con ellos desde 1990, desconociendo su lugar de residencia para la fecha de fallecimiento del causante.

No menos importante, manifestó que su núcleo familiar cercano eran sus dos hijas, el señor JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d) y su primogénito JUAN MANUEL, último con quien convivió un periodo de tiempo en su casa, pero enfatizando siempre haber vivido con el occiso. Por último, explicó que para diciembre del 2008, su hijo JUAN MANUEL le colaboraba, agregando que posteriormente también su hija SOFIA le empezó a ayudar en razón a que había conseguido trabajo.

Por su parte, en la declaración rendida por CARLOS JAVIER ANZOLA, refirió conocer a la demandante debido a que fueron vecinos en el barrio Villaluz desde 1992, sin embargo, no tuvieron una relación cercana sino hasta el año de 1995 cuando se conocieron en la iglesia cristiana a donde ambos asistían. En relación al caso, manifestó que la familia ATALA MIRANDA estaba conformada por SOFIA, LILIANA, JUAN MANUEL, LUIS y JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d).

A su vez, afirmó que conoció al difunto JOSÉ GABRIEL CHARA MIRNADA (q.e.p.d), el cual, cohabitaba con la señora demandante y los demás hermanos; que durante el periodo de convivencia con la familia, el causante siempre estuvo con ellos. En igual sentido, aseveró que JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d) trabajaba y le colaboraba a su madre, desconociendo la actividad económica a la cual se dedicaba.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que le constaba dicha situación, por cuanto en una ocasión le pidió prestado dinero a la accionante, pero ella le comentó que recibía los ingresos de su hijo; así mismo, manifestó que la enfermedad del causante fue progresiva, desconociendo si fue cáncer o sida lo que provocó su muerte. También arguyó que, durante los últimos momentos de vida del occiso, él ya no era cercano a la familia debido a que se había mudado a otro barrio, enfatizando que el señor JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d) trabajaba, pero debió interrumpirlo en razón a la enfermedad que padecía, por lo que fue la actora quien lo cuidó, esto, de conformidad con lo conversado con los demás hermanos del causante, por ende, aseveró que la demandante no se encontraba trabajando para la data del fallecimiento del *de cuius*.

En cuanto a las expensas del hogar, presume eran sufragados por el señor JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d), en tanto sus hermanas SOFIA y LILIANA no se encontraban trabajando sino estudiando, deduciendo ello en razón a que ambas asistían en uniforme escolar a la iglesia cristiana.

En el testimonio practicado a YADI CALLEJAS MURCIA, la testigo manifestó conocer a la demandante en razón a que es la cónyuge de su hijo JUAN MANUEL CHARA, conociéndola desde hace más de 25 años. Aseguró que la familia de la señora demandante se encontraba conformada por sus hijos, JUAN MANUEL, LUIS FERNANDO, JOSÉ GABRIEL, SOFIA y GLORIA LILIANA CHARA MIRANDA.

Al respecto, explicó que JOSÉ GABRIEL CHARA (q.e.p.d) trabajó en una empresa, pero con ocasión al acaecimiento de su enfermedad, este había quedado cesante, no obstante, era él quien sostenía los gastos del hogar toda vez que era muy responsable para con su madre, por lo que se encargaba de subsistirla económicamente, enfatizando que el causante era soltero. En igual sentido, manifestó que la promotora se encargaba del cuidado de la casa, refiriendo que tenía un trabajo a medio tiempo, el cual terminó cuando comenzó la enfermedad de JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En relación al causante, aseguró que murió el 20 de diciembre del 2008, avalando que su enfermedad avanzó progresivamente, luego, para sufragar dichos gastos, fue la demandante quien asumió lo referente al pago de transportes y alimentación, explicando que ella era muy recursiva. Por otro lado, sostuvo que, para dicha época, con su cónyuge JUAN MANUEL y sus 4 hijos, tuvieron una crisis económica, por lo que no pudieron proporcionarle a la demandante una ayuda monetaria significativa, ante lo cual, reafirmó que, para el periodo del 20 de diciembre del 2008, la señora MARÍA ATALA no trabajaba, pero era recursiva para lograr financiar las necesidades básicas, manifestando no conocer el monto exacto de sus ganancias pues estas no eran seguras.

En lo que respecta a la convivencia, afirmó que el señor JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d) cohabitó con la demandante para la fecha del deceso, explicando que la testigo se encontraba pernoctando con JUAN MANUEL, mientras que el segundo hijo habitaba con su esposa y aduciendo no recordar en donde vivían SOFIA y LILIANA. Empero, expresó que, durante un tiempo, exactamente, antes de diciembre del 2008, el señor JUAN MANUEL y ella cohabitaron en la misma casa de la demandante, siendo su cónyuge quien asumió los gastos de su estancia.

En otro giro, afirmó que para la época de la enfermedad de JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d), la promotora trabajaba en el aseo de casas, que desconocía la sumatoria de las expensas del hogar, así como quien había pagado los gastos fúnebres de su cuñado.

El señor JUAN MANUEL CHARA declaró conocer a la demandante desde hace 3 años, siendo el hijo mayor de la familia, manifestando que su madre cuidó y acompañó a JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d) durante el transcurso de su enfermedad, estando pendiente de él desde que quedó desempleado.

Por su parte, refirió que el pago de los servicios públicos, así como la alimentación del hogar, eran costeados por él , mientras que su madre, la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

señora MARÍA ATALA, trabajaba medio tiempo para financiar y cubrir los costos de sus otros hijos.

De igual manera, adujo que JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d) no aportó económicamente para la data del 2008, sin embargo, les había colaborado para el año 2006 y hasta mitad del 2007, puesto que le brindó ayuda en razón al nacimiento de su hijo. No obstante, durante la época de la enfermedad del causante, manifestó haber sido el mismo el que procuró por el mantenimiento del hogar, mientras que su madre ayudaba a solventar los gastos médicos de JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d), ya que laboraba por días en varias casas de familia. Igualmente, avaló que su hermano no tuvo hijos y mucho menos pareja sentimental.

Por último, en la declaración rendida por HERNAN DARIO GARAVITO, refirió encontrarse residiendo en Uruguay desde hace 3 años, comentando que conoce a la actora a partir del 2004 y en razón a la comunicación que tuvo con su hija SOFIA CHARA MIRANDA, quien asistía a la iglesia, por lo que ocasionalmente visitaba a la demandante; de igual manera, manifestó que SOFIA estudiaba para la fecha referenciada y viva con su madre junto con su hermano JOSÉ GABRIEL CHARA (q.e.p.d).

En igual sentido, aseguró que la familia se encontraba conformada por LILIANA, SOFIA y JOSÉ GABRIEL, ultimo quien falleció en diciembre del 2008, afirmando que él se encontraba trabajando, pero cuando empezó la enfermedad, la demandante consiguió un empleo a tiempo parcial de servicio doméstico para ayudarlo.

Explicó que el difunto se mantuvo enfermo alrededor de un año, periodo en el cual no pudo trabajar, teniendo la señora MARÍA ATALA MIRANDA que conseguir un empleo, y le consta, porque ella misma se lo comentó cuando fue a recoger a SOFIA a la iglesia cristiana a donde asistían. Por su parte, aseguró que visitaba a la familia de manera intermitente, dos veces o una vez al mes, pero durante sus visitas, nunca vio que el causante ostentara algún primogénito o pareja sentimental. Adujo que nunca presenció directamente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que el señor JOSÉ GABRIEL asumiera gastos de mantenimiento de su madre, señora MARÍA ATALA MIRANDA.

Ahora bien, en lo que respecta a las documentales aportadas al plenario, se puede visualizar comunicación dirigida a la actora por parte de la enjuiciada, adiada el 5 de septiembre del 2010, por medio de la cual se negó la prestación pensional de sobrevivencia, arguyendo no haberse acreditado la dependencia económica en relación del afiliado fallecido. (Fl. 8 - PDF 01 DEMANDA).

Así mismo, se anexó extracto de PORVENIR S.A. del afiliado JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d) el cual refiere pormenorizadamente los periodos cotizados durante su vida laboral. (Fls. 9 a 10 - PDF 01 DEMANDA).

De igual manera, se aportó certificación laboral del occiso, en donde consta haber trabajado en la empresa TRANSUNISABANA S.A. bajo el cargo de AUXILIAR DE OFICINA, por el periodo comprendido entre el 28 de junio del 2004 al 29 de diciembre del 2007, devengado un salario mínimo mensual legal vigente. (Fl. 11 - PDF 01 DEMANDA).

No menos importante, se recepcionó la historia clínica de JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d), mediante la cual se describe el historial médico del causante, donde consta sus incapacidades, controles, seguimientos, admisiones por urgencias, el diagnóstico positivo para el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y medicamentos recetados (Fls. 12 a 32 - PDF 01 DEMANDA).

Por su parte, la pasiva aportó al plenario la relación histórica de los movimientos en PORVENIR S.A., junto con la constancia de la relación de aportes del occiso JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d), así como escrito de reclamación de prestaciones sociales de fecha 30 junio del 2010, firmado por la hoy demandante MARÍA ATALA MIRANDA. (Fls. 34 a 41 - PDF 04 CONTESTACIÓN DEMANDA).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En el mismo sentido, fue remitido certificación de trabajo de la señora MARÍA ATALA MIRANDA donde consta que la demandante laboró para la empresa PRODUCCIONES DURAN E.U en el cargo de SERVICIOS GENERALES desde el 15 de abril del 2008, devengando un salario mínimo mensual legal vigente, cuya constancia fue expedida el 29 de junio del 2010. (Fl. 51 - PDF 04 CONTESTACIÓN DEMANDA)

De igual manera, se evidencia dentro del plenario, formulario de solicitud de la prestación pensional de sobrevivientes, por medio de la cual se deja constancia, tanto del pedimento de la promotora a la encartada, requiriéndole el reconocimiento de la pensión deprecada, como el presupuesto referido por ella en relación al aporte dinerario que brindaba su hijo fallecido, describiendo que él colaboraba con \$300.000, junto con sus otros hijos, quienes proporcionaban la misma cantidad, precisando que las expensas hogareñas ascendían al monto de \$600.000. (Fl. 53 a 55 - PDF 04 CONTESTACIÓN DEMANDA)

Asimismo, se aportaron las declaraciones extra juicio de MARÍA ATALA MIRANDA y YADI CALLEJAS MURCIA fechadas el 6 de abril del 2010, donde la primera refirió ser la madre del difunto JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d.), manifestando haber dependido económicamente de él ya que no laboraba, no recibía ingresos, pensión o renta alguna, aclarando que este era soltero y no tenía hijos, por lo que desconoce alguien con mejor derecho; aspectos todos que reiteró la declarante YADI CALLEJAS MURCIA. (Fl. 58 y 57 PDF 04 - CONTESTACIÓN DEMANDA).

Atendiendo lo hasta aquí expuesto, la Sala deberá confirmar la sentencia proferida por la juzgadora de instancia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

La *a-quo*, al momento de proferir sentencia, en efecto, no hizo alusión a una situación particular del caso, esto es, la enfermedad sobreviviente del señor JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d), que según lo establecido por la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

historia clínica, hacía referencia a VIH; situación que no pasó desapercibida ante YADI CALLEJAS MURCIA, HERNAN DARÍO GARAVITO, CARLOS JAVIER ANZOLA, JUAN MANUEL CHARA MIRANDA y su señora madre, quienes en sus declaraciones, fueron consistente en indiciar que el causante padeció una enfermedad terminal, hecho que provocó su posterior deceso, siendo la accionante la que le colaboró y lo acompañó durante el transcurso de dicho padecimiento, el cual duró aproximadamente un año.

Así mismo, fueron enfáticos en aclarar que el causante, durante el transcurso de su enfermedad, se vio imposibilitado para trabajar debido a sus dolencias, siendo la promotora quien debió sufragar los gastos médicos, cuidados y transportes del causante. En el mismo sentido, los señores JUAN MANUEL CHARA y CARLOS JAVIER ANZOLA, manifestaron con exactitud, que dicha situación se presentó el año anterior al fallecimiento del occiso; circunstancias todas que guardan concordancia con el interrogatorio practicado a la demandante.

Igualmente, dicha coyuntura guarda relación con las documentales aportadas al plenario tales como, la constancia laboral de la empresa TRANSUNISABANA, compañía que certificó que el señor JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d) trabajó hasta el 29 de noviembre del 2007, así como la relación de aportes e historial de cotizaciones, por medio de la cual se evidencia que el difunto no realizó cotización alguna con posterioridad a esa fecha.

Analizado lo anterior, es importante traer a colación lo referenciado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia anteriormente citada, donde se explicó la necesidad de analizar cada situación en particular, verificando en cada caso, el contexto previo al deceso del afiliado, por lo que en el caso de marras, no se puede dejar de lado las circunstancias en las cuales se vio envuelto el señor JOSÉ GABRIEL CHARA (q.e.p.d) durante el último año que quedo cesante, esto es, la enfermedad padecida por él y las subsiguientes dolencias físicas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Teniendo en cuenta ello, hubiera sido imposible exigirle al *de cujus* contribuir económicamente durante el último año previo a su fallecimiento. Luego, también sería desproporcionado requerirle a la demandante prueba alguna que demostrara la dependencia económica para con su hijo durante dicha época, más aun, cuando fue la propia accionante quien debió sufragar la subsistencia de su hijo.

Ahora bien, la Sala deberá analizar el periodo *a priori* al acaecimiento de la enfermedad del causante, esto es, lo correspondiente a antes de noviembre del 2007, para determinar si en efecto existió una dependencia económica de la actora para con su difunto hijo.

Para ello, se debe seguir los lineamientos de esta Alta Corporación en relación al tema objeto de estudio, especificando que para la configuración de una verdadera dependencia económica, deben concurrir los siguientes elementos.

El auxilio debe ser cierto y no presunto. En lo que respecta a este punto, no existen los suficientes medios de convicción para concluir que la ayuda suministrada por el causante fuera cierta, en tanto, conforme al interrogatorio practicado a la demandante, si bien afirmó que el señor JOSÉ GABRIEL CHARA (q.e.p.d) contribuía para el mantenimiento del hogar en un 85%, también lo es que no ahondo en lo respectivo, y su dicho no puede ser valorado individualmente.

Así mismo, de los testimonios practicados, no es posible evidenciar que la ayuda suministrada por el señor JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d) fuera cierta, pues si bien, el declarante CARLOS JAVIER ANZOLA manifestó que le constaba tal situación, en razón a una conversación que tuvo con la demandante, también lo es, el hecho de que deduce que los gastos del hogar eran sufragados solamente por el señor JOSÉ GABRIEL (q.e.p.d), sin tener certeza de dicha situación y siendo la misma demandante quien confesó también recibir colaboración de su hija SOFIA.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En igual sentido, en la declaración rendida por YADI CALLEJAS MURCIA, explicó superficialmente que el difunto le colaboraba económicamente a la accionante en razón a que era muy responsable, sin dilucidar en qué aspectos la apoyaba, siendo su narración abstracta en lo referente a la forma en que se suministraba dicho auxilio. Así mismo, el señor JUAN MANUEL CHARA, hijo de la promotora, aseveró que su difunto hermano contribuía en el hogar para los años del 2006 y 2007, tanto así, que le brindó colaboración a su hijo recién nacido, sin embargo, no describió de qué manera el causante le contribuía a su madre, y mucho menos, explicó la frecuencia con que lo hacía, ya que solo refiere dos anualidades extensas en las que el *de cujus* realizaba aportaciones económicas.

Por su lado, el señor HERNAN DAVID GARAVITO no suministró información relevante alguna, pues afirmó no constarle el aporte económico que el occiso le brindaba a su señora madre.

En relación a las declaraciones extrajuicio aportadas al plenario, es posible visualizar que tanto la demandante como la señora YADI CALLEJAS MURCIA, confirmaron que la primera dependían del señor JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d), a su vez, también aclararon que la accionante no se encontraba trabajando y mucho menos, que recibiera ingreso diferente al aportado por el causante; situación última que no es del todo cierta, pues conforme a la constancia laboral de PRODUCCIONES DURAN E.U, se acredita que la señora MARÍA ATALA MIRANDA efectivamente se encontraba trabajando para la data del 15 de abril del 2008.

Así mismo, en declaración rendida por la señora YADI CALLEJAS MURCIA, arguyó que la promotora tenía un trabajo a medio tiempo en la época anterior a la enfermedad sobreviviente de JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d), testimonio que difiere a todas luces de su declaración extrajuicio, donde manifestó que la actora no recibía ningún tipo de ingreso.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, es menester traer a colación el formulario de solicitud de la prestación pensional de sobrevivencia, donde la demandante manifestó que su hijo contribuía con el monto de \$300.000, es decir, con la mitad de los gastos del hogar, mientras que sus otros hijos le colaboraban con el resto; aseveraciones que difieren del interrogatorio de parte practicado a ella, donde refirió que el occiso la apoyaba con el 85% de los gastos de hogar, mientras que su hija SOFIA no aportaba un monto dinerario significativo; afirmaciones todas que no concuerdan con su dicho.

En conclusión, de las documentales allegadas y de los testimonios practicados, no se advierte de manera clara y contundente la colaboración que brindaba el causante para con su madre, por lo que mal haría esta Sala en suponer la misma a través de deducciones.

Ahora bien, si en caso en discusión se llegase a cumplir con la primera condición, es imperante anotar que tampoco se avizora el cumplimiento del segundo requisito exigido, esto es, que la participación económica del causante debía ser regular y periódica.

Lo anterior, de conformidad con el análisis de los testimonios analizados en acápite anterior, junto con las documentales que reposan en el expediente, puesto que no se acredita de las aseveraciones referidas, como se realizaba el aporte ni con que frecuencia se realizaba, siendo las declaraciones e interrogatorio de parte, demasiados abstractos en lo que respecta al auxilio que brindaba el señor JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d).

Por lo anteriormente expuesto, si bien le asiste razón al apelante en lo referente a las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se vio envuelto el señor JOSÉ GABRIEL CHARA MIRANDA (q.e.p.d) durante el último año previo a su fallecimiento, y razón por la cual debió analizarse la dependencia económica de la demandante durante el periodo anterior, lo cierto es, que no se logró probar el aporte suministrado por el occiso a su señora madre, puesto que no se acreditó: i) que fuera cierto, y ii) que fuera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reiterado, sistemático y continuo. Ante lo cual, se evidencia que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que a ella correspondía.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 23 de febrero del 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 29 2022 00323 01
Demandante: JOSÉ DE JESÚS CASTELLANOS VARGAS
Demandados: PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado FELIPE GALLO CHAVARRIAGA, identificado con cédula de ciudadanía 71.367.718 y T.P. 200.949 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 14 de agosto de 2023 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ DE JESÚS CASTELLANOS VARGAS promovió demanda ordinaria en contra de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Lo anterior, a fin de declararse que las AFP omitieron sus obligaciones y responsabilidades profesionales inherentes a la calidad de entidad pensional, de allí que a su vez omitieron suministrar la información mínima necesaria que debe llevarse a cabo en las etapas del proceso de afiliación o traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, desde la etapa precontractual hasta la determinación total y unificada de las condiciones para el disfrute pensional, como son los valores a recibir mensualmente, junto con las tasas de rentabilidad y la incidencia de dichos factores en la formación del capital para financiar la mesada pensional definitiva.

Asimismo, se declare que PORVENIR S.A. omitió informar las condiciones favorables y desfavorables, financieras, actuariales y comparativas entre los dos regímenes pensionales existentes, necesarios para la información del libre convencimiento en la decisión del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de allí que resulte ineficaz.

A razón de lo anterior, se declare que COLPENSIONES debe verificar y proceder a recibir satisfactoriamente la totalidad de los aportes pensionales efectuados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que PROTECCIÓN S.A. deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. trasladar los valores que reposan en su cuenta de ahorro individual con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, junto con el bono pensional, título pensional y rendimientos financieros a que tiene derecho, así como que se le ordene a COLPENSIONES recibir lo de su cargo y al pago de costas procesales por parte de las encartadas.

Por último, de manera subsidiaria, en caso de que PORVENIR S.A. se oponga a las pretensiones principales de esta demanda, se le reconozca y pague pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En respaldo de sus pretensiones, refirió que inició su vida laboral en el año de 1983, efectuando cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA, los cuales fueron trasladados con destino al ISS.

Que para el mes de julio de 1994 y sin conocimiento de causa, fue afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad AFP COLMENA, vinculación que se prolongó hasta el mes de enero de 1996 cuando retornó nuevamente al régimen público.

Expuso que, con posterioridad, más exactamente en el mes de abril de 1998, se le trasladó nuevamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP COLMENA, última quien le informó que el traslado posiblemente había ocurrido a razón de una doble afiliación, aspecto que se prolongó hasta el mes de enero de 2001, llevándose a cabo un traslado horizontal con destino a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. y, en el año 2003, otro traslado a PORVENIR S.A.

En últimas, refirió que en ningún momento le fue suministrada una asesoría acerca de las diferencias entre ambos regímenes pensionales, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda indicando que la filiación del demandante ante sus dependencias se llevó a cabo después de recibir una asesoría adecuada, correcta, suficiente y oportuna, sin que el asesor de entonces haya incumplido en ningún momento su deber de actuar en forma diligente y prudente; por el contrario, le fue brindada al actor una asesoría honesta y responsable sobre la AFP que deseaba trasladarse, explicando claramente las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Formuló como medios exceptivos los denominados 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones.

Por su parte, PORVENIR S.A. expuso que la afiliación del actor a sus dependencias se llevó a cabo con posterioridad a que éste recibiera información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características y funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, de allí que la decisión de suscribir el formulario de afiliación fuese libre, voluntaria y sin presiones.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

COLPENSIONES adujo que dentro del proceso no reposa prueba alguna en la que se demuestre que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de las AFP, o que se estuviese en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, como tampoco se advierte dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor.

Interpeló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción y caducidad, 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 la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de agosto de 2023, resolvió:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que realizó el señor JOSE DE JESÚS CASTELLANOS VARGAS, identificado con la C.C. No. 79310861, ante la AFP COLMENA hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., con fecha de solicitud 17 de mayo de 1994 y con fecha de inicio de efectividad el 1 de junio 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JOSE DE JESÚS CASTELLANOS VARGAS: por cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENAS en costas.

QUINTO: la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, se enviará consulta en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.

Seguidamente, refirió que teniendo en cuenta los preceptos legales y especialmente los jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde al fondo convocado a juicio en atención de la carga de la prueba, demostrar que al momento del traslado se cumplió con el deber de información de todas y cada una de las características tanto positivas como negativas de ambos regímenes pensionales, al igual que llevar a cabo una comparación de dichos regímenes, información entendida por ser completa, clara y comprensible, situaciones que no fueron probadas por parte de PROTECCIÓN S.A. antes la AFP COLMENA, máxime si se tiene en cuenta que al plenario ni si quiera fue allegado el correspondiente formulario de afiliación.

En últimas, adujo que, en lo referente a las cuotas de administración y los seguros previsionales, a pesar de que no desconocer las consecuencias de la ineficacia, no accede a dichos rubros en la medida en que no puede pasarse por alto el tiempo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de permanencia del actor ante las AFP encartadas dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Finalmente, dispuso no condenar en costas a ninguna de las encartadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que, ante lo concerniente a la declaratoria de ineficacia de traslado, también resulta procedente el pago de seguros previsionales y gastos de administración, de allí que la sentencia de primera instancia deba adicionarse en este puntualísimo aspecto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.



Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara el demandante inicialmente en la extinta AFP COLMENA el 17 de mayo de 1994 y a SANTANDER hoy PORVENIR S.A. el 30 de julio de 2003 (Fls. 36 – PDF 09 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A. y fl. 97 – PDF 10 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, el aquí demandante señor JOSÉ DE JESÚS CASTELLANOS en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1994 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc., de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar



	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Al unísono se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse y demás rubros apelados, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES gozó de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., última AF donde se encuentra afiliado el actor en la actualidad, a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo que estuvo afiliada a esa administradora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberá proceder el restante de las AFP llamadas a este juicio frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración sobre los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL 1100131050 29 2022 00323 01, DE
JOSÉ DE JESÚS CASTELLANOS VARGAS contra PORVENIR S.A.,
PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de septiembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó PERDOMO TRUJILLO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 30 2020 00175 01
Demandante: JACQUELINE TORO SEPULVEDA
Demandado: ASIGNAR S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada ASIGNAR S.A.S., en contra de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora JACQUELINE TORO SEPULVEDA promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad ASIGNAR S.A.S., a fin que se declare que sostuvo con la demandada un contrato de trabajo por obra o labor, entre el 16 de enero de 2017 y el 12 de agosto de 2017 el cual finalizó unilateralmente el empleador sin justa causa. Asimismo, solicita se declare que le adeuda cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones por todo el tiempo laborado y que no realizó cotizaciones a salud y pensión sobre el salario que realmente devengado en vigencia del contrato, también pretende se declare que se le adeuda la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. y la sanción por no entrega de vestido y calzado de labor.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la pasiva a pagar las cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios del segundo semestre de 2017 y las vacaciones en las sumas que indica en el *petitum*. Igualmente, pretende se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y la sanción por la falta de entrega de vestido y calzado de labor, junto con el pago de los aportes a salud y pensión por todo el tiempo laborado, más la indexación de las sumas adeudadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones, refirió que entre las partes existió un contrato de trabajo por obra o labor que inicio el 16 de enero de 2017, en el que desempeñó el cargo de mesera en diferentes hoteles y devengó como salario la suma de \$870.000 más auxilio de transporte.

Igualmente, adujo que prestó sus servicios al Club de Banquetes, en donde un representante de ese lugar le exigió el carné de manipulación de alimentos, ante lo cual manifestó que quien tenía que pagar el curso era la demandada. De otro lado, refirió que cumplió a cabalidad sus funciones y que prestó sus servicios por 203 días, precisando que la accionada terminó el contrato de trabajo el 8 de agosto de 2017 arguyendo la terminación de la obra o labor para la cual había sido contratada, pese a que la misma permaneció.

Continuó señalando que la encartada pagó \$291.636 por concepto de cesantías por todo el tiempo laborado, sin embargo, se le debió pagar \$537.485.05 por tal rubro. De la misma forma, refirió que se le pagaron \$19.734 por intereses a las cesantías por todo el tiempo laborado, empero, le correspondía \$36.368.45. Por prima de servicios del segundo semestre de 2017 recibió \$44.217, cuando en realidad se le debió pagar \$100.609.22 y por vacaciones de todo el tiempo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

laborado recibió \$136.925, reiterando que debió recibir auxilio de cesantías de todo el tiempo laborado \$245.291.66.

Además, expuso que solicitó a la demandada el pago total de sus acreencias laborales, acotando que esta no realizó los pagos a seguridad social en salud y pensión sobre todo el tiempo laborado y a razón del salario realmente devengado, aunado a que no le suministró vestido y calzado de labor en vigencia de la relación laboral. (f. 1 a 6 archivo 01).

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

La enjuiciada ASIGNAR S.A.S., en su contestación aceptó la existencia de un contrato de trabajo con la demandante por obra o labor contratada el cual inició el 16 de enero de 2017, sin embargo, adujo que el vínculo contractual terminó el 8 de agosto de 2017, calenda en la que finalizó la labor para la cual fue contratada como trabajadora en misión en la empresa usuaria CLUB DE BANQUEROS Y EMPRESARIOS como auxiliar de cocina en virtud de una necesidad transitoria y puntual, siendo justo y legal el finiquito.

A su vez, señaló que pagó todas las acreencias laborales a la gestora teniendo en cuenta que en el contrato se pactó que la demandante devengaría un salario de \$3.625 por hora efectivamente laborada, de acuerdo con lo cual se efectuaban los cálculos para las cotizaciones teniendo en cuenta las horas efectivamente laboradas por la demandante durante la mensualidad correspondiente.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, justa causa para terminar el contrato, pago y compensación. (f. 4 a 29 archivo 06 y 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de marzo de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor entre la actora y la demandada, vigente entre el 16 de enero y el 08 de agosto de 2017, vínculo que terminó de manera unilateral y sin justa causa el empleador, y en el que la actora devengó como salario promedio mensual \$514.482,56. Igualmente, condenó a la demandada a pagar a la gestora \$4.339,05 por reliquidación de prima de servicios; \$8.130,50 por reliquidación de la compensación en dinero de las vacaciones y \$754.574,43 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, sumas que deben ser indexadas al momento del pago, según la fórmula indicada en la parte motiva de la sentencia.

Asimismo, condenó a la encartada a pagar a la promotora las diferencias que resulten de la reserva actuarial que determine la administradora de fondos de pensiones en la que se encuentre afiliada, o se afiliare si no lo está, por aportes a pensión entre el 16 de enero y el 8 de agosto de 2017, de acuerdo con los salarios indicados en las consideraciones y, a entera satisfacción de la entidad en los términos del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1887 de 1994. Para lo cual deberá tener en cuenta los siguientes IBC para el año 2017: enero \$379.286,00; febrero \$469.692,00; marzo \$610.227,00; abril \$523.178,00; mayo \$353.856,00; junio \$858.319,00; julio \$581.040,50 y agosto \$339.992,00; lo anterior, sin perjuicio de los valores consignados conforme se dijo en la parte motiva de la sentencia. Por último, absolvió de las demás pretensiones a la sociedad demandada, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la accionada.

Para arribar a dicha conclusión, el fallador de instancia precisó que no era objeto de controversia entre las partes, lo atinente a la existencia de la relación laboral entre la actora y la demandada por medio de un contrato de trabajo por obra o labor contratada, el cual estuvo vigente entre el 16 de enero y el 8 de agosto de 2017, conforme se expuso en los hechos del libelo demandatorio, situaciones que corroboró la accionada en la contestación, e igualmente se confirma con la liquidación de prestaciones sociales, la relación de pagos a seguridad social en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

salud y pensiones emitido por la EPS FAMISANAR y la AFP PORVENIR, el contrato de trabajo, la carta de terminación del contrato y los recibos de nómina de enero a agosto de 2017, tal como obra en los archivos 01 y 06 del expediente.

En cuanto al salario realmente devengado por la gestora, señaló que en la liquidación de prestaciones sociales se indica como salario básico la suma de \$870.000, además el contrato temporal por disponibilidad suscrito entre las partes el 12 de enero de 2017, señala en su cláusula séptima que la remuneración corresponderá a \$3.625 por hora efectivamente laborada, y que en la parte final de ese mismo documento se itera el salario hora de \$3.625 y el salario mensual en suma de \$870.000.

Además, se encuentra el contrato de prestación de servicios suscrito el 22 de marzo de 2017 entre la demandada y la usuaria CLUB DE BANQUEROS, y el escrito emitido por el banco AV Villas el 31 de mayo de 2021, en el que certifica un pago por \$527.482 el 30 de agosto de 2017 con destino a la cuenta de ahorros No.038942970 (archivos 01, 06 y 10 del expediente electrónico).

Aunado a lo anterior, la representante legal de la demandada dijo que la actora devengaba un salario mínimo legal mensual vigente de acuerdo a las horas laboradas y la contratación era transitoria en virtud del contrato que suscribió con la empresa usuaria. A su turno la demandante, dijo que no pactó un contrato por horas, sino que devengaba el salario mínimo, e igualmente aceptó recibir el citado pago por \$525.472, suma que fue consignada a su cuenta, empero, ésta aclaró que se trataba del pago de salarios adeudados.

Acorde con lo expuesto, recordó el *a quo* que el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2017 correspondía a \$737.717 y el auxilio de transporte ascendía a \$83.140, lo que quiere decir que la hora ordinaria era de \$3.073,82, monto que es inferior al acordado por las partes como salario, el cual refería a \$870.000 y el valor de la acordado por hora de labor era de \$3.625, suma que



multiplicada por ocho (8) horas arroja un valor diario de \$29.000 y multiplicado por treinta (30) días corresponde a \$870.000.

Continuó señalando reiterando que en la cláusula séptima del contrato de trabajo los firmantes acordaron como remuneración del trabajador, \$3.625 por hora efectivamente laborada; concluyendo que el salario era variable según los diferentes medios de prueba recaudados, lo que arrojó un promedio salarial de \$514.482,56, suma que debió tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y que se obtiene de tomar los salarios recibidos, mismos que fueron promediados.

En virtud de lo anterior, determinó que en entre las partes existió un contrato por duración de la obra o labor, entre el 16 de enero al 8 de agosto de 2017, en el que la actora devengó un salario promedio de \$514.482,56, suma que sería base para calcular las prestaciones sociales.

En consonancia con lo anterior, advirtió que la encartada reconoció a la accionante \$44.271 por prima de servicios, \$291.363 por cesantías, \$19.734 por intereses sobre las cesantías y \$136.925, para un total a pagar de \$492.566. Aduciendo que si bien se allegó comprobante de pago del banco Av Villas por consignación efectuada el 30 de agosto de 2017 por \$527.482 a la cuenta No. 038942970, suma que acepto la actora haber recibido tales dineros, lo cierto es que dijo que no correspondían a prestaciones.

Dicho esto, al efectuar las operaciones aritméticas del caso teniendo en cuenta el salario promedio que determinó, a efecto de constatar si era correcto el cálculo de las acreencias laborales reconocidas, refirió que por prima de servicios debió recibir \$48.610,05, rubro superior al pagado, por cesantías obtuvo \$290.111 monto inferior al reconocido, intereses sobre las cesantías \$19.630,84, suma inferior al reconocido y por compensación en dinero de las vacaciones \$145.055,50, monto superior al reconocido, sumas que totalizan \$503.407,39



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

monto superior al reconocido por la demandada, ya que pagó \$492.563, lo que arroja una diferencia a pagar de \$12.469,55.

En cuanto a la terminación del contrato dijo que estaba probado el hecho del despido con la carta de terminación del contrato que remitió la accionada a la actora el 8 de agosto de 2017, en la que le dijo que al finalizar la jornada en esa calenda terminaba la labor que realizaba en el CLUB DE BANQUEROS. No obstante, no se acreditó por parte de la pasiva que el contrato que suscribió con la empresa usuaria el 22 de marzo de 2017, en efecto haya finalizado a la terminación del contrato de la actora, precisando que en la cláusula décima del contrato en comento se indica que su duración sería de seis meses prorrogable por otro periodo igual. Luego, conforme a lo contemplado en el artículo 64 del C.S.T., la indemnización corresponde al tiempo que faltare, es decir, del 9 de agosto al 22 de septiembre de 2017, la que al ser tasada sobre los \$514.482,56, arroja un valor por indemnización por despido sin justa causa de \$754.574,43.

Sobre la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., adujo que encontró probado un actuar de buena fe de parte de la encartada, la cual consignó la liquidación de acreencias laborales al finalizar en septiembre de 2017 y el valor restante a pagar de \$12.469.55., era una suma que no denota la intención de no pagar las acreencias laborales. Igualmente, absolvió frente a la pretensión relacionada con el pago de la indemnización por no entrega de dotación, al no encontrar acreditado algún perjuicio.

Respecto al pago de aportes al sistema de seguridad social integral, expuso que no se acreditaron perjuicios por no pago de aportes a la EPS o a la ARL. Empero, frente al pago de aportes a pensión refirió que al contrastar los recibos de nómina y los históricos de aportes a pensión, evidenció que el IBC que tomó la encartada fue inferior al que debió reportar, por lo que condenó a la demandada a pagar las diferencias que resulten para cada mes, teniendo en cuenta los siguientes IBC para el año 2017: enero \$379.286,00; febrero \$469.692,00; marzo \$610.227,00;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

abril \$523.178,00; mayo \$353.856,00; junio \$858.319,00; julio \$581.040 y agosto \$339.992,00.

Lo anterior, sin perjuicio que haya pagado aportes sobre sumas superiores, caso ante el cual no deberá pagar diferencia alguna, en consecuencia, ordenó el pago del respectivo calculo actuarial ante el fondo de pensiones en donde se encuentre afiliada o a la que se afilie la actora, a razón de las cotizaciones efectuadas entre el 16 de enero y el 8 de agosto de 2017. Finalmente, condenó a pagar las sumas ordenadas de forma indexada, declaró no probadas la excepción de prescripción y la condenó en costas a la encartada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Argumentó en su alzada que existió un análisis inadecuado de los medios de prueba, dado que el *a-quo* no indicó como obtuvo los valores que refirió en la sentencia, respecto a las condenas impuestas por concepto de prestaciones sociales y cotizaciones a pensión a PORVENIR S.A. entre enero y agosto de 2017.

Recordó que no hubo controversia en que el contrato de trabajo pactado con la actora fue por obra o labor, el cual tenía como fin remitirla como trabajadora en misión a la empresa usuaria CLUB DE BANQUEROS Y EMPRESARIOS, contrato laboral que fue suscrito el 12 de enero de 2017 y que tenía una particularidad en lo que respecta al pago de los salarios, dado que se estableció como salario hora la suma de \$3.625, lo que arroja un salario mensual de \$870.000 a razón de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) horas mensuales, de modo que, dependiendo de los servicios prestados por la actora procedía a calcular el pago de la nómina de ésta, junto con las cotizaciones a seguridad social y a las prestaciones sociales a la finalización del contrato.

Continuó exponiendo que con el escrito de demanda se aportó la historia laboral de la gestora al fondo de pensiones PORVENIR S.A. en el que aparecen



cotizaciones desde el 06/01/2017 hasta el 13/09/2017 con el empleador ASIGNAR S.A.S., refiriendo que el IBC para cada uno de esos periodos fue el siguiente; enero \$341.000, febrero \$369.000 marzo \$441.972, abril \$307.724, mayo \$490.454, junio \$388.503, julio \$688.536, agosto \$359.139 y septiembre \$386.690, advirtiendo que no se trata de cotizaciones sobre 30 días, ya que los pagos corresponden a los días efectivamente laborados por la actora según lo pactado en el contrato de trabajo, de modo que, en enero laboró 14 días, en febrero 17, abril 11, mayo 19, junio 15, julio 28, agosto 14 y septiembre 15.

Siendo la cotización de julio sobre un IBC de \$688.356 y el Juez de instancia estimo para ese mismo periodo un valor de \$581.040,50, existiendo diferencias entre los meses de enero a agosto en la liquidación que realizó el fallador de instancia, reiterando que no motivó como obtuvo los días que tuvo en cuenta para obtener el IBC de enero a septiembre de 2017. Misma deficiencia que se establece frente a los \$12.469 que obtuvo el Juez de primer grado en los cálculos que realizó, por lo que solicita se revise tal aspecto.

Igualmente, sostuvo que en la sentencia de instancia no se dijo nada sobre el pago que realizó y que se encuentra acreditado en el archivo 10 del expediente, que alude a la certificación del banco AV Villas donde se acredita el pago de \$527.482, dado que la liquidación de Juzgado de origen arrojó un valor diferente e inferior a esa suma y la liquidación de prestaciones sociales que obra en el plenario arrojó un valor diferente, esto es, de \$492.566; es decir, que la liquidación de prestaciones sociales fue inferior al valor que consignó el 30 de agosto de 2017 en suma de \$527.482, es decir, casi \$30.000 de más de lo señalado por el Juez, acreditando con creces la consignación de las prestaciones sociales, en las que se incluye prima, cesantías e intereses sobre las cesantías por \$12.469.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, indicó que el contrato que pactó con la empresa usuaria CLUB DE EMPRESARIOS, tenía una vigencia de seis meses, prorrogable por otros seis meses, sin que se haya probado que en efecto se prorrogó después de finalizado el vínculo laboral con la demandante,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

luego, la alusión a la posible prórroga es una manifestación que se hace en dicho contrato en atención a las reglas de la Ley 50 de 1990, que refiere que los contratos de trabajadores en misión es de seis meses prorrogable por otros seis meses, pero no quiere decir que el contrato con la empresa usuaria se haya prorrogado, pues hubiese sido más sencillo señalar que el contrato de trabajo tenía una duración de un año, sin que sea ese el espíritu del mismo, reiterando que no hay prueba de que el contrato con la usuaria se haya prorrogado con posterioridad a la fecha en la que terminó el contrato de la actora.

Acorde con lo anterior, expuso que el contrato con la usuaria se pactó el 22 de marzo de 2017 y tenía una duración de seis meses, es decir, que finalizó el 22 de septiembre de 2017, pero si en gracia de discusión se probara que el contrato no finalizó el 8 de agosto de 2017, la indemnización iría hasta el 22 de septiembre de 2017, y como lo estimó el juez con base de \$542.000, agregando que en todo caso está probado que le informó a la actora que la empresa usuaria había manifestado su intención de finalizar el contrato, lo que se avala con la carta de finalización del contrato de trabajo, agregando que en la demanda no se debatió que el contrato con la usuaria no haya finalizado en la misma calenda que el contrato de trabajo, de modo que, no hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Acorde con lo expuesto, solicita se revoque la sentencia de primer grado bajo el entendido que no está acreditado el promedio de los \$514.482 que determino el *a quo*, por ende, no está acreditada la diferencia de \$12.469 y en cambio sí está probado el pago por \$527.482, monto que es superior al valor estimado en la sentencia de instancia, aunado a que el contrato finalizó con justa causa y no se dijo nada frente a que el contrato con la usuaria haya continuado. Asimismo, enfatizo que efectuó los pagos de los aportes de manera oportuna entre los meses de enero a agosto de 2017 conforme los días laborados, los cuales no fueron iguales a 30 días para que se tuviera en cuenta la base indicada por el *a quo*.

IV. CONSIDERACIONES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico a resolver, si la encartada debe reconocer y pagar a la demandante las acreencias que se reclaman en la demanda y que fueron objeto de condena, atendiendo el recurso de alzada.

c. De la existencia del contrato de trabajo:

Al descender al *sub-examine* y de acuerdo con el problema jurídico planteado, conviene precisar que no es objeto de controversia en esta instancia, que entre la demandante y la demandada ASIGNAR S.A.S. existió un contrato de trabajo por obra o labor contratada como trabajadora en misión en el CLUB DE BANQUEROS Y EMPRESARIOS, entre el 16 de enero de 2017 y el 8 de agosto de 2017, que finalizó por decisión unilateral del empleador. Aspectos que fueron aceptados por la demandada e igualmente se coligen con la liquidación de prestaciones sociales, el contrato de trabajo temporal por disponibilidad y la carta de terminación del contrato de trabajo. (f. 9 archivo 01 y f. 30 a 33 archivo 06)

d. Del pago de las acreencias laborales:

Aclarado lo anterior, conviene recordar que la actora en los hechos que enlista en el libelo genitor sostiene que la demandada no le pagó la totalidad de sus acreencias laborales a la finalización del vínculo contractual que las unió, afirmando que recibió por concepto de prima de servicios \$44.271, cesantías



\$291.636, intereses a las cesantías \$19.734 y por vacaciones \$136.925, sumas que no corresponden a los valores que debió recibir por tales acreencias.

Ante el anterior panorama, y a fin de dilucidar si en efecto el extremo pasivo adeuda los emolumentos que reclama la activa y que a su vez fueron objeto de inconformidad por parte de la primera en el recurso apelación, la cual solicita se revisen los cálculos que realizó el *a-quo* para determinar las condenas que impuso, procede la Sala a examinar los diferentes medios de prueba que se recaudaron en el trámite procesal.

Encontrando al respecto, que obra liquidación de prestaciones efectuada por la encartada a la actora el 30 de agosto de 2017, en la que determina como valores a pagar por prima, cesantías, intereses sobre las cesantías y vacaciones los mismos que informó la actora recibió por tales conceptos, los cuales totalizan \$492.566. (f. 9 archivo 01 y f. 33 archivo 06)

De la misma forma, se observa que en el contrato de trabajo que pactaron las partes, establecieron como valor de la hora a pagar \$3.625 y como salario básico \$870.000, monto al que se llega después de multiplicar el valor de la hora por ocho (8) horas, del que se obtiene el valor del día a razón de \$29.000, el que se multiplica por treinta (30) y se obtienen los \$870.000 del salario básico, tal como lo expuso el *a-quo*. Sin que en esta instancia haya discutido la actora que el salario que percibió cada mes en vigencia del contrato cada mes no corresponda a las horas efectivamente laboradas. (f. 30 a 31 archivo 06)

Otro aspecto a tener en cuenta en esta ocasión refiere a que la parte demandada en la alzada sostiene que no es claro como obtuvo el juez de instancia los valores que tuvo en cuenta para determinar el salario promedio que percibió la demandante de \$514.482.56, monto que fue la base que tuvo en cuenta para calcular las prestaciones sociales, según lo indico el operador judicial en la sentencia de primer grado, en la que concluyó que la pasiva aún adeudaba a la demandante \$12.469 por prima de servicios y vacaciones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Puestas así las cosas, recuerda la Sala que la justificación del Juez de instancia para establecer el referido monto como salario promedio, esta cimentada en que la obtuvo de tomar los salarios recibidos por la activa. En esa medida, se procede a examinar los recibos de nómina que aportó la demandada, documentos que no fueron desconocidos ni tachados por la promotora, reiterándose que no controvertió en esta instancia las sumas que recibió cada mes como salario por horas efectivamente laboradas, según se observa de tales desprendibles (f. 35 a 49 y 58 a 93 archivo 06), en los que se reportan los siguientes ingresos:

	1 QUINCENA	2 QUINCENA	SALARIO MENSUAL
ENERO		379.286,00	379.286,00
FEBRERO	346.284,00	123.408,00	469.692,00
MARZO	283.700,00	326.527,00	610.227,00
ABRIL	179.194,00	344.524,00	523.718,00
MAYO	230.178,00	123.408,00	353.586,00
JUNIO	362.015,00	248.939,00	610.954,00
JULIO		345.919,00	345.919,00
AGOSTO	265.574,00	74.418,00	339.992,00
		TOTAL	3.633.374,00

Ahora, es del caso aclarar que el salario mensual se obtiene de la sumatoria de los pagos reportados en las dos quincenas para de cada mes, en las que están incluidas en todos los meses lo correspondiente a transporte, entendiéndose la Sala que se trata del auxilio de transporte, el cual conforme lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 1ª de 1963 se incluye para calcular la prima de servicios y las cesantías. Igualmente, para el caso de la segunda quincena del mes de junio de 2017 se incluyó la prima de servicios que recibió la actora por \$247.365, rubro que ha sido descontado del total de esa quincena, en la que se reportan ingresos por \$496.304, al que se le resta lo pagado por prima de servicios, arrojando el valor que se reporta en el anterior detalle para la segunda quincena de junio de \$248.939.



Establecido lo anterior, la Sala constará los cálculos que realizó el Juez de primer grado, en lo que respecta al salario base que tuvo en cuenta para liquidar cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios y vacaciones. Para lo cual conviene señalar que el contrato inicio el 16 de enero y finalizó el 8 de agosto de 2017, lo que arroja un total de 203 días, es decir, un promedio de 6,76667 meses laborados en el último año.

Auxilio de cesantías:

En virtud de lo expuesto, al realizar las operaciones aritméticas del caso frente al auxilio de cesantías conforme lo reglado en el artículo 253 del C.S.T., se tiene que en el caso de marras se debe tomar el promedio de lo devengado en todo el tiempo laborado, es decir, que se dividirá el total devengado por todo el tiempo de \$3.633.374,00, el que dividido por 6,76667 meses arroja un salario promedio de \$536.951.

Salario base del que se obtiene por cesantías del año 2017, la suma de \$302.781,17 y por intereses sobre las cesantías de esa misma anualidad \$20.488,19; montos que al confrontarlos con los valores pagados por tales conceptos en la liquidación y que dijo la actora recibió, resultan superiores a los pagados, contrario a lo dedujo el *a-quo*; sin embargo, al no haber objeción al respecto por parte de la actora, no hay lugar a modificar la decisión de instancia sobre el punto.

Prima de servicios:

En cuanto a la prima de servicios, se observa que si bien la gestora solicitó se declarara que se le adeudaba lo correspondiente por tal concepto a razón de todo el tiempo laborado, no puede obviarse que finalmente en las pretensiones de condena únicamente solicita se condene al pago de la prima por el periodo comprendido entre el 1º de julio y el 8 de agosto de 2017. Lo que se acompasa



con la suma que se encontró probada que le fue pagada por \$247.365 por prima de servicios en la segunda quincena de junio de 2017.

Así las cosas, según lo establecido en el artículo 306 del C.S.T., la prima de servicios corresponde a 30 días de salario por año, el cual se reconocerá en dos pagos, así: la mitad máximo el 30 de junio y la otra mitad a más tardar los primeros veinte días de diciembre, y su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado.

Por lo que al promediar lo devengado en el segundo semestre de 2017 en los meses de julio y agosto, en monto de \$685.911 por 38 días que refiere a 1,27 meses que es el resultado del promedio de tiempo laborado en ese segundo semestre, se obtiene un salario base de \$541.508,68, que arroja por prima de servicios del segundo semestre de 2017 la suma de \$57.159,25, entre tanto, lo pagado en la liquidación por prima fue de \$44.271, advirtiéndose una diferencia a pagar a favor de la actor de \$12.888,25, es decir, una diferencia superior a la que obtuvo el Juez de instancia de \$4.339.05, empero, al no haber sido objeto de reproche por parte de la actora ese puntual emolumento y en aras de no agravar la situación del único apelante, se mantendrá la condena impartida por ese concepto.

Vacaciones:

En lo que atinente a las vacaciones, se recuerda que para tasar ese emolumento no se tiene en cuenta el auxilio de transporte, en tanto de vieja data a esclarecido la reiterada jurisprudencia que no remunera directamente la prestación del servicio, por ende, las sumas que recibió la actora por concepto de transporte deben ser restadas para obtener salario promedio, así:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

	1 QUINCENA	2 QUINCENA	SALARIO MENSUAL	AUX. TRANSPORTE	SALARIO BASICO
ENERO		379.286,00	379.286,00	24.942,00	354.344,00
FEBRERO	346.284,00	123.408,00	469.692,00	27.713,00	441.979,00
MARZO	283.700,00	326.527,00	610.227,00	36.027,00	574.200,00
ABRIL	179.194,00	344.524,00	523.718,00	33.256,00	490.462,00
MAYO	230.178,00	123.408,00	353.586,00	22.171,00	331.415,00
JUNIO	362.015,00	248.939,00	610.954,00	36.028,00	574.926,00
JULIO		345.919,00	345.919,00	19.399,00	326.520,00
AGOSTO	265.574,00	74.418,00	339.992,00	16.628,00	323.364,00
		TOTAL	3.633.374,00	216.164,00	3.417.210,00

Luego, al dividir \$3.417.210 en el promedio de meses laborados 6.76667 arroja un salario base de \$505.006,40, obteniéndose como compensación de vacaciones en dinero la suma de \$142.383,75, de modo que al haberse reconocido la suma de \$136.925 por ese mismo emolumento, se advierte una diferencia a pagar a favor de la demandante de \$ 5.458,75, es decir, una diferencia inferior a la que obtuvo el Juez de instancia de \$8.130.50; por ende, se revocará y modificará parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de condenar a la demandada a pagar a la demandante la suma de \$5.458,75 por vacaciones.

En este punto, y dado que la encartada refiere que el Juez de instancia no tuvo en cuenta la consignación que realizó a la actora el 30 de agosto de 2017, a través de la cuenta de ahorros de ésta del banco Av Villas, por \$527.482; debe indicarse que no se puede arribar a conclusión diferente a la que determinó el *a quo*, como quiera que además de que la liquidación de prestaciones que allegó la misma demandada esta totalizada en \$492.566, es decir, en suma inferior a la que se indica en la certificación expedida por el citado banco (archivo 10), no da luces sobre el concepto a pagar con ese monto, aunado a que si bien la gestora en el interrogatorio de parte que depuso acepto haber recibido tal suma, adujo que se trataba de salarios adeudados, no de la liquidación en comento, por tanto, no es posible endilgar una posible compensación al respecto.

e. De la indemnización por despido sin justa causa:

Procede la Sala a analizar si es procedente la condena por despido sin justa causa que se impuso en la sentencia de primer grado, dado que indica la sociedad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

apelante que demostró la ocurrencia de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo a la demandante, en atención a la finalización de la obra o labor para la cual fue contratada como trabajadora en misión en el CLUB DE BANQUEROS Y EMPRESARIOS.

Así las cosas, conviene mencionar que en tratándose a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, SL1684-2022, Radicación No. 86012 del 17 de mayo de 2022, SL1582-2022, Radicación No. 85407 del 10 de mayo de 2022, SL1459-2022, Radicación No. 88111 del 4 de mayo de 2022, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido y, al empleador, probar la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

En este escenario, palmario resulta para la Sala que atendiendo la carga probatoria que le asiste a la demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.S.T., se allegó al plenario la carta de terminación de la relación laboral que expidiera la encartada el 8 de agosto de 2017, documento que por demás no fue refutado de falso y que incluso aportó el empleador. Así las cosas, se observa que el referido documento argumenta lo siguiente:

“Bogotá D.C., 8 de Agosto 2017

*Señor(a)
TORO SEPULVEDA JACQUELINE.
52039330
Ciudad.*

Asunto: Terminación de Contrato

Por medio de la presente le informamos que finalizando la jornada del día 8 de Agosto 2017 Termina la misión que usted venía desempeñando en la empresa CLUB DE BANQUEROS Y EMPRESARIOS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por favor pasa por su liquidación de prestaciones sociales el 24 de Agosto 2017 y debe traer el paz y salvo de la empresa cliente.

Asignar S.A.S, Agradece su apoyo y colaboración con la organización.

Atentamente."

Acorde con lo anterior, le atañe al empleador comprobar que la situación allí consignada para el soporte del finiquito sucedió dentro de un escenario legal entendido como una terminación justa, ante lo cual la impugnante sostiene que está probado que le indico a la actora que la empresa usuaria había manifestado su intención de finalizar el contrato, empero, en la referida misiva ni siquiera se menciona tal hecho, es decir, que la empresa usuaria tuviese la intención de finalizar el contrato de prestación de servicios temporales que suscribieron el 22 de marzo de 2017, el que en su cláusula décima señala que la duración del mismo será de seis (6) meses, prorrogable por otros seis (6) meses más y su vigencia para todos los efectos de comienza a partir de la suscripción pudiendo dar por terminado cualquiera de las partes con un mes de antelación por lo menos. (f. 96 a 104 archivo 06)

Vistas así las cosas, al verificar el expediente y los diferentes medios de prueba que se recaudaron en el trámite procesal, no se encuentra probanza alguna que permita colegir que en efecto el contrato que pactaron la demandada y el CLUB DE EMPRESARIOS Y BANQUEROS, haya finalizado el 8 de agosto de 2017, fecha en la que terminó el contrato de trabajo de la actora, en consecuencia, al no estar demostrada la justa causa que sostiene la encartada dio lugar a la terminación del contrato de trabajo de la actora referente a la finalización de la obra o labor para la cual fue contratada en el citado Club, es procedente la indemnización por despido sin justa causa.

En consonancia con lo anterior, y según lo establecido en el artículo 64 del C.S.T., en los contratos por obra o labor determinada, la indemnización corresponde al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato, el que en todo



caso no será inferior a quince (15) días, para lo cual debe promediarse el salario percibido en el último año laborado, que como ya se dijo corresponde a la misma base que se determinó para las vacaciones, ya que para calcular la indemnización en comento tampoco se toma el auxilio de transporte, como se dijo en sentencia con radicado No. 26556 de 17 de julio de 2006, por tanto, al dividir \$3.417.210 en el promedio de meses laborados 6.76667 arroja un salario base de \$505.006,40.

Luego, al ser la duración del contrato de prestación de servicios que acordó la demandada con la empresa usuaria de seis (6) meses, y haber iniciado el 22 de marzo de 2017, se tiene que el mismo se extendió por lo menos hasta 22 de septiembre de 2017, pues no se probó que se haya prorrogado posteriormente y en todo caso, tal aspecto no fue objeto de inconformidad por parte de la demandante, por tanto, al finalizar el contrato de trabajo el 8 de agosto de 2017, la indemnización en cuestión va del 9 de agosto al 22 de septiembre de 2017, es decir, 30 días y se determina en suma de \$505.006,40. En consecuencia, se revocará y modificará parcialmente la sentencia de primer grado que condenó al pago de tal concepto por suma de \$754.574,43, para en su lugar ordenar el pago de \$505.006,40.

f. Del pago de aportes a seguridad social en pensiones:

Al respecto, se tiene que la actora señala que la demandada no efectuó pagos a seguridad social en pensiones sobre el salario realmente devengado, pedimento que fue despachado de forma favorable a los intereses de la activa en la sentencia de primer grado, ante lo cual la encartada en la apelación solicita se revise los IBC que determinaron en la sentencia confutada y sobre los cuales se ordenó el pago del respectivo calculo sobre las diferencias resultantes, al no guardar consonancia con el reporte del fondo de pensiones que aportó la gestora.

Como ya se determinó previamente, a los salarios que devengó la actora en vigencia del contrato de trabajo, se le resta lo reconocido por prima de servicios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y el auxilio de transporte dado que no constituyen salario, luego no hacen parte del IBC para liquidar aportes a seguridad social, esto en consonancia con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 128 del C.S.T., dado que no remuneran la prestación del servicio, obteniéndose los siguientes valores como IBC para cada mes de 2017.

AÑO 2017	SALARIO BASICO
ENERO	354.344,00
FEBRERO	441.979,00
MARZO	574.200,00
ABRIL	490.462,00
MAYO	331.415,00
JUNIO	574.926,00
JULIO	326.520,00
AGOSTO	323.364,00

En esa medida, al contrastar el IBC antes obtenido con el que reportó la demandada, según la relación de aportes que allegó la actora (f. 14 a 20 archivo 01), para los meses de enero a agosto de 2017, se evidencia lo siguiente:

AÑO 2017	SALARIO BASICO	IBC PORVENIR S.A.	DIFERENCIA
ENERO	354.344,00	369.000,00	
FEBRERO	441.979,00	441.972,00	- 7,00
MARZO	574.200,00	307.724,00	-266.476,00
ABRIL	490.462,00	490.454,00	- 8,00
MAYO	331.415,00	388.503,00	
JUNIO	574.926,00	688.536,00	
JULIO	326.520,00	359.139,00	
AGOSTO	323.364,00	386.690,00	

Acorde con lo anterior, solo para los meses de febrero, marzo y abril de 2017 se evidencia que la demandada no realizó el pago de aportes a seguridad sobre los salarios realmente devengados, por lo que la condena solo procede para esos meses. En cuanto a los meses restantes se observa que la accionada efectuó pagos sobre sumas superiores, las cuales estimó en su momento que eran los montos sobre los cuales debió cotizar, como lo dijo el Juez de instancia, por lo que solo deberá asumir el pago de las diferencias ya referidas conforme se ordenó en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sentencia de primer grado, en consecuencia, habrá de revocarse y modificarse parcialmente la misma, en el sentido de precisar que el pago de aportes a seguridad social en pensiones procede por las diferencias antes descritas, solo en los periodos ya referidos.

g. Prescripción:

Finalmente, debe indicarse que dicho medio exceptivo no está llamado a prosperar, pues como ya que como se dijo la relación laboral inicio el 16 de enero de 2017 y finalizó el 8 de agosto de 2017, la demandante reclamó elevó reclamación a la accionada el 5 de septiembre de 2017, según sostiene la pasiva en la respuesta que brindo a dicha comunicación el día 17 del mismo mes y año, y la demanda fue impetrada el 9 de julio de 2020 (f. 12 archivo 01 y archivo 02), es decir, dentro de los tres años siguientes, modo que no operó la prescripción conforme lo reglado en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 1 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró que el salario promedio que devengó la demandante fue de \$514.482.56, para en su lugar declarar que la actora devengó un salario variable en vigencia del contrato de trabajo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE los literales b) y c) del numeral segundo de la sentencia de primera instancia, que condenó a la demandada a pagar por reliquidación de la compensación en dinero de las vacaciones \$8.130,50 y por indemnización por despido sin justa causa \$754.574.43.

Para en su lugar, condenar a la demandada a pagar por compensación en dinero de las vacaciones \$5.458,75 y por indemnización por despido sin justa causa \$505.006,40. Por los motivos señalados en la parte considerativa de la sentencia.

TERCERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, que condenó a la demandada a pagar a favor de la demandante las diferencias que resulten de la reserva actuarial que determine la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliada, o se afiliare si no lo está, por los aportes a pensión del 16 de enero al 08 de agosto de 2017. Para lo cual debía tener en cuenta los IBC que consignó en dicho numeral para los meses de enero a agosto de 2017.

Para en su lugar, condenar a la demandada a pagar a favor de la actora al fondo de pensiones PORVENIR S.A. o al que se encuentre afiliada, el cálculo actuarial que determine la administradora de pensiones teniendo en cuenta como IBC para el año 2017 para los meses de febrero \$441.979, marzo \$574.200 y abril \$490.462. Por las razones indicadas en la parte considerativa de la sentencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia al considerar la Sala que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

conceptos de salarios con relación al último cargo desempeñado de Analista de Divisas y Derivados, las prestaciones sociales teniendo en cuenta el último cargo desempeñado, la indemnización por la terminación del contrato de trabajo por causas imputables a la empleadora, la indemnización moratoria, horas extras con relación al cargo que desempeñaba, más lo que se encuentre probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que entre las partes medió un contrato de trabajo con vigencia desde el 20 de agosto del año 2013, desempeñando el cargo de Auxiliar de Tesorería, con un salario inicial de \$1.000.000; el 1º de junio de 2015 fue designada como Analista de Complementación y Divisas, con una asignación salarial de \$1.200.000; que en el mes de octubre del año 2016, la Analista de Divisas LUZ AMPARO HERNÁNDEZ, renunció, por lo que tal empleo le es ofrecido y mediante un acuerdo verbal con el señor JOHN MONROY, se establece que asumiría las funciones y responsabilidades del cargo de Analista de Divisas y Derivados, cargo que asumió desde el 1º de noviembre de 2016, con la asignación salarial anterior, sin que haya devengado la remuneración que correspondía frente a las funciones desarrolladas.

Que a finales del año 2017 fue enviada a Corficolombina, y le fue retirada la ayuda que estaba recibiendo de la señora KAREN PAOLA ROJAS, lo cual implicó que laborara en jornada adicional; que, durante el tiempo comprendido entre noviembre 2016 y agosto 2018, recibió por parte de sus superiores diferentes tipos de acoso laboral, los cuales fueron el motivo la renuncia motivada; relata que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

elevó derecho de petición solicitando que le fuera cancelado las diferentes acreencias, dando respuesta la accionada de manera negativa el 23 de octubre de 2018; finalmente, que el salario que debió devengar ascendía a \$1.500.000 más comisiones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada CASA DE BOLSA S.A. SOCIEDAD COMISIONISTA DE BOLSA, dentro del término legalmente concedido, contestó la demanda señalando que, el contrato de trabajo suscrito entre las partes, correspondió a un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual tuvo como fecha de inicio el día 20 de agosto de 2.013 para desempeñar el cargo de Auxiliar Control de Pago con una asignación salarial de \$1.000.000, y posteriormente se desempeñó como Analista Operativo, sin que le conste que haya existido acuerdo verbal para ejercer otro empleo. Así mismo, que no son de recibo las manifestaciones atinentes a conductas constitutivas de acoso laboral.

Propuso y sustentó la excepción previa de prescripción, y las de mérito de prescripción, falta de causa sustantiva para la acción y cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de febrero de 2023, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para tal efecto señaló que entre las partes no existió discusión frente a la existencia del contrato de trabajo y sus extremos laborales, aportándose además del contrato y sus modificaciones, la respectiva liquidación.

Respecto de la pretensión de despido indirecto, refirió que la parte demandante tenía la carga probatoria de acreditar que la trabajadora dio por terminado el contrato con indicación de las causas endilgadas a la empleadora; pese a ello, no se aportó prueba documental alguna que establezca que se haya presentado una renuncia motivada y concordante con los hechos de la demanda, más aún cuando en la liquidación se refiere a un retiro voluntario, sin que la accionada en el interrogatorio de parte haya confesado la renuncia motivada, ni que haya emitido respuestas dubitativas.

En lo atinente a la diferencia salarial, estimó que por activa no se acreditó que la demandante haya asumido funciones de Analista de Divisas y Derivados desde octubre de 2016, además no se acreditó el salario de ese empleo; refiere que si bien se aportó una declaración extraproceso la misma no fue ratificada en el proceso y, además, en su contenido se narra de otra empleada y sobre el año 2014, lo cual difiere del supuesto fáctico de la demanda.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que por activa no se formuló recurso de apelación en contra de la decisión de primer grado, se desatará el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo regulado en el artículo 69 del C.T.P. y de la S.S.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si se debe emitir condena por concepto de reliquidación de acreencias laborales y por indemnización por despido indirecto.

4.3 Contrato de trabajo:

Inicialmente debe acotarse que no fue objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo como medio vinculante entre las partes, aportándose el contrato de trabajo a término fijo suscrito el 20 de agosto de 2013 a efectos de desempeñarse como Auxiliar Control de Pago (fls. 37 a 41 archivo digital 13ContstacionDemanda.pdf); se aportó el documento denominado “*mutuo acuerdo*” del 31 de agosto de 2013, mediante el cual se establece que el contrato de trabajo se pacta a término indefinido (fl. 13 archivo digital 02Anexos.pdf); de igual manera milita la modificación de mutuo acuerdo del vínculo laboral suscrita el 2 de junio de 2015, en virtud de la cual se pacta que desde el 1º de junio de 2015,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ocupará la actora el cargo denominado Analista Operativo de Complementación y Divisas en el área de Operaciones, así mismo que el contrato de trabajo se entenderá pactado a término indefinido y que el salario ascenderá a \$1.200.000 (fl. 18 archivo digital 02Anexos.pdf)

4.4 Reliquidación salarial:

Una vez determinado lo anterior, se tiene de la revisión de la demanda que se pretende por activa se condene a la demandada al pago de la diferencia salarial respecto del empleo denominado Analista de Divisas y Derivados, así como la incidencia en las restantes acreencias laborales. Para tal efecto, adujo que dicho cargo era desempeñado por la señora LUZ AMPARO HERNÁNDEZ, y que, tras su renuncia, ante un acuerdo verbal con el señor JOHN MONROY, asumió tales funciones desde el 1º de noviembre de 2016, con obstante, no le fue asignado el salario correspondiente.

De tal manera, que se aduce una violación del artículo 143 del C.S.T., el cual regula:

“ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:>

“1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

“2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

Ahora bien, de la revisión del acervo probatorio se tiene que se aportó copia del derecho de petición elevado por la demandante, en el cual aduce haber laborado como Analista de Divisas y Derivados desde el 1º de noviembre de 2016 y que tal empleo tiene una asignación salarial del \$3.000.000 (fls. 4 a 8 archivo digital 02Anexos.pdf), la cual en manera alguna acredita el supuesto fáctico de la demanda, en tanto la petición proviene de la propia demandante, más aún cuando en la respuesta que emitiera la accionada sobre ese tópico refirió que *“No es posible acceder a su solicitud, por cuanto el cargo por usted desempeñado correspondió al de Analista Operativo”* (fls. 20 y 21 archivo digital 02Anexos.pdf)

Así mismo se aportó copia de la declaración extrajuicio que rindiera la señora GUISELL MONROY FONSECA ante la Notaría 54 del Círculo de Bogotá (fls. 24 a 26 archivo digital 02Anexos.pdf), quien aseveró:

“Uno de los cargos que ocupé en la empresa Casa de Bolsa S.A fue como Coordinador Operativo de Divisas del 18 de junio de 2009 al 28 de julio de 2014. Dentro de ese cargo devengué un salario de \$2.649.866”.

Medio de convicción que tampoco logra formar el convencimiento de la Sala, en tanto, tal como lo adujo la *a-quo* se refiere a una asignación salarial de un cargo de distinta denominación y de una temporalidad anterior a la narrada en la demanda. En efecto, nótese que la accionante aduce que se desempeñó como Analista de Divisas y Derivados desde el 1º de noviembre de 2016 y que tal empleo tiene una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

asignación salarial del \$3.000.000, mientras que la declaración extraproceso hace referencia al empleo Coordinador Operativo de Divisas y que para el año 2014 tenía asignado un salario de \$2.649.866.

Finalmente, no se avizora confesión alguna de la representante legal de la accionada en cuanto a que la demandante hubiese ocupado las funciones de Analista de Divisas y Derivados.

De tal manera, que de conformidad al artículo 167 del C.G.P., le incumbía a la parte demandante probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, esto es, el haber sido remunerada de una manera inferior al salario asignado para el cargo de Analista de Divisas y Derivados, así como el haber desempeñado efectivamente tal empleo, supuestos de hecho que se encuentran huérfanos de medios de convicción que los corroboren, lo que impele a confirmar la decisión de primer grado en este aspecto.

Lo anterior además implica la improcedencia de la indemnización moratoria, la no haberse acreditado que se adeudaran salarios y prestaciones sociales, así como de las horas extras con relación al cargo que desempeñaba, al no haberse demostrado el haber desempeñado tales funciones.

4.5 Despido Indirecto:

Ahora bien, en lo que concierne a la figura del despido indirecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1082-2020, Radicación No. 64090 del 20 de abril de 2020, puntualizó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“El despido indirecto o autodespido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: «El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST».

Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato. Lo anterior quedó condensado en sentencia CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 44155, en la que se dijo:

El despido indirecto o autodespido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

Por otra parte, si bien se ha señalado que frente a un despido, basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta; para el caso del despido indirecto, también le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció, se itera, a justas causas o motivos imputables al empleador; siendo importante acotar que el documento por medio del cual se finaliza la relación laboral invocando estas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

justas causas, simplemente «es declarativo de circunstancias, condiciones o hechos sucedidos dentro de la vigencia del contrato, más no, demostrativo de dichas circunstancias, condiciones o hechos» (sentencia CSJ SL, del 22 de oct. 1997, rad. 9826)”.

En tal sentido, para la constitución de esta sanción, es menester que el trabajador logre demostrar que la extinción del vínculo fue con ocasión a faltas imputables al empleador y previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del C.S.T.

Bajo esta égida, y de la revisión del acervo probatorio, se advierte que no se aportó misiva de renuncia alguna que acredite que la accionante presentó una renuncia motivada en los hechos concretos aducidos en la demanda, ni se confesó tal aspecto en el interrogatorio de parte que absolviera la representante legal de la accionada.

De otra parte, respecto de la aducida renuncia se advierte que en el derecho de petición que elevara la accionante a la empleadora, se adujo (fl. 5 archivo digital 02Anexos.pdf):

“5. Solcito también que me sea pagado el valor correspondiente a la indemnización que me corresponde por despido indirecto, según lo que se manifiesta en la carta de despido motivado que fue radicada el 13 de agosto del presente año, basados en el salario expuesto en el punto anterior que se debe reconocer al cargo que desempeñé en los últimos años”.

Frente ello la accionada se pronunció en la respuesta que emitiera frente a la petición, acotando (fl. 21 archivo digital 02Anexos.pdf):



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"2. En la comunicación inicial de renuncia, usted manifestó que prestaría sus servicios hasta el día 10 de agosto de 2018, razón por la cual, se aceptó su renuncia a partir de esa fecha y se le pagó hasta el domingo 12 de agosto de 2018. En la liquidación definitiva de prestaciones sociales puede verificar el extremo final antes relacionado. Adicionalmente, usted no prestó el servicio el día 13 de agosto de 2018.

[...]

"5. No es posible acceder a su solicitud, por cuanto en comunicación de fecha 13 de agosto de 2018, en respuesta a su renuncia, se le informó: "(...) no compartimos los argumentos presentados en ella, teniendo en cuenta que CASA DE BOLSA S.A., siempre ha sido cumplidora de la legislación laboral y ha cumplido las obligaciones que como empleador le corresponde (...)"

En ese orden de ideas, la prueba documental solo permite advertir que la empleadora reconoce haber recibido una comunicación, sin especificar la fecha, y en la cual se manifestaba que se prestaría el servicio hasta el 10 de agosto de 2018, data anterior a la alegada misiva motivada del 13 de agosto de esa anualidad; en igual sentido, se refiere que frente a la comunicación de la última fecha referida, que se reitera sería posterior a la terminación del contrato, la empleadora no aceptó el haber incumplido la legislación laboral, sin que se deba perder de vista que, tal como se concluyó en la nivelación salarial deprecada, se llegó a la conclusión que la demandante no acreditó si quiera el hecho de haber ejercido el empleo de Analista de Divisas y Derivados.

Así las cosas, estima la Sala que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad, en tanto la parte demandante no cumplió con el *onus probandi* que le correspondía. **SIN COSTAS** en esta instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 050 36 2021 00169 01
Demandante: JOSE HECTOR TRIANA ROJAS
Demandado: COLPENSIONES Y PALMAS MONTERREY S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas en contra de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión fue adversa a los intereses de la entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSE HECTOR TRIANA ROJAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PALMAS MONTERREY S.A., a fin que se declare que sostuvo una relación una relación laboral con PALMAS MONTERREY S.A., y que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esta última no realizo aportes a pensión a su favor entre el 12 de febrero de 1979 y el 19 de mayo de 1986.

En virtud de las anteriores declaraciones, pretende se condene a COLPENSIONES a que le reconozca y pague la pensión de vejez, junto con los incrementos de ley y mesadas adicionales a partir del 13 de mayo de 2013. Asimismo, se condene a COLPENSIONES a indexar las mesadas pensionales adeudadas y a realizar el cálculo actuarial de las cotizaciones no efectuadas a su favor por PALMAS MONTERREY S.A., por el periodo comprendido entre el 12 de febrero de 1979 y el 19 de mayo de 1986. A su vez, se condene a PALMAS MONTERREY S.A., a pagar a COLPENSIONES el referido cálculo actuarial, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, indicó que nació el 13 de marzo de 1953, y que mantuvo un contrato de trabajo con PALMAS MONTERREY S.A., el cual inició el 12 de febrero de 1979, siendo afiliado por el empleador a pensión el 20 de mayo de 1986, y que dicho vínculo laboral finalizó el 3 de diciembre de 1996. Por último, informó que COLPENSIONES mediante Resolución No. 6668 de 2017, le reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$17.549.073. (archivo 03)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PALMAS MONTERREY S.A. al contestar la demanda aceptó la pretensión relacionada con la existencia de la relación laboral con el actor, y se opuso a las demás pretensiones del *petitum*. Al respecto, expuso que si bien el actor no registra aportes a pensión desde el 12 de febrero de 1979 hasta el 19 de mayo de 1986; no puede olvidarse que el pago de los riesgos de invalidez, vejez y muerte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a cargo del empleador según lo normado en el C.S.T., pasaron a ser asumidos por el ISS hoy COLPENSIONES, conforme lo dispuesto en el Decreto No. 1617 de 1987, que aprobó la extensión de cobertura para el municipio de Puerto Wilches en 1987, sin que antes de dicha calenda tuviese la obligación de afiliarse a sus trabajadores a pensión, ya que asumía directamente la prestación mientras el ISS, subrogaba al empleador en la cobertura de las contingencias en comento, aclarando que nunca ha omitido el cumplimiento de sus deberes como empleador.

Añadió que afilió al actor al sistema de seguridad social en pensiones, conforme lo ordenado por el Decreto 3041 de 1966, posibilidad que surgió hasta el 24 de agosto del año 1987, sin embargo, lo afilió previamente a pensiones el 20 de mayo de 1986 en la ciudad de Bogotá, pese a que el trabajador prestaba sus servicios y estaba domiciliado en el municipio de Puerto Wilches en el departamento de Santander, fecha desde la que continuó haciendo los aportes al sistema de seguridad social de forma ininterrumpida hasta la finalización de la relación laboral.

Como excepciones formuló las que denominó como pago de aportes a pensión por omisión legislativa – principio de equidad, obligación compartida en el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones; empleador, trabajador y Estado, sobre la carencia de responsabilidad por parte de PALMAS MONTERREY, inoperancia de la subrogación de pensión, imposibilidad de afiliación y aportes retroactivos al sistema, cobro de lo no debido, buena fe, relevancia del balance jurisprudencial, allanamiento a la mora por parte del ISS hoy COLPENSIONES, prescripción, compensación y la genérica o innominada. (archivo 11)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Adujo que en la historia laboral del demandante no registra ningún periodo reportado por la empresa PALMAS MONTERREY S.A., de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la que se pudiese inferir una posible relación de carácter laboral entre el demandante y la citada empresa. Así las cosas, los periodos aducidos solo se pueden tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez únicamente si el empleador omiso, cancela ante la entidad las cotizaciones en pensión no efectuadas en su tiempo a favor del trabajador con los correspondientes intereses por su pago extemporáneo.

Propuso como medios exceptivos los de inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de intereses moratorios, prescripción, buena fe, la innominada o genérica y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 6 de marzo de 2023, declaró que entre JOSE HECTOR TRIANA ROJAS y PALMAS MONTERREY S.A.S, existió un contrato de trabajo, desde el 12 de febrero de 1979 hasta el 03 de diciembre de 1996. En esa medida, ordenó a COLPENSIONES realizar el cálculo actuarial por el tiempo en que el actor no estuvo afiliado al sistema de seguridad social en pensiones por cuenta del citado empleador, del 12 de febrero de 1979 al 16 de mayo de 1986 de conformidad con los salarios que deberá acreditar la ex empleadora ante COLPENSIONES para que expida el cálculo respectivo.

Condenó a PALMAS MONTERREY S.A.S. a cancelar a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial de acuerdo con la liquidación que al efecto realice COLPENSIONES y a su entera satisfacción y ordenó a esta última que una vez reciba el valor del referido cálculo actuarial, proceda a reconocer la pensión de vejez del demandante a partir del 31 de agosto del 2014, para lo cual deberá calcular el IBL según las reglas del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicar la tasa de reemplazo acorde con las reglas del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas antes del 2 de marzo del 2018, ordenó la compensación de las sumas canceladas al actor por concepto de indemnización sustitutiva en cuantía de \$17.549.073, del respectivo retroactivo pensional y ordenó la indexación de las mesadas pensionales a la fecha de su pago y condenó en costas a PALMAS MONTERREY S.A.S.

Para arribar a dicha conclusión, sostuvo que no era objeto de discusión que, entre el actor y PALMAS MONTERREY S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido del 12 de febrero de 1979 al 3 de diciembre de 1996, pues así lo aceptó esa demandada y se corrobora con la certificación que expidió esa encartada el 27 de enero de 2021 y que obra en el plenario.

Seguidamente recordó que la Ley 90 de 1946 dio origen al régimen de seguros sociales obligatorios con la finalidad de subrogar a los empleadores, en la asunción de los riesgos derivados de la relación laboral, especialmente de jubilación del trabajador, la cual se dio de forma paulatina y estaba condicionada a un régimen de transición que estableciera las prestaciones que continuarían a cargo de los patronos o del ISS, bajo el supuesto del llamado a inscripción, la afiliación del trabajador y el pago de los aportes respectivos.

De modo que, el trabajador que laboraba en un lugar en el cual la entidad no tenía cobertura, el empleador no tenía la obligación de hacer la afiliación y el pagar aportes, dado que el Instituto no había asumido las coberturas de las contingencias respectivas. Sin embargo, el artículo 6º del Decreto 1650 de 1977 incluyó como afiliados forzosos del régimen de seguros sociales a todos los trabajadores nacionales y extranjeros que prestaran sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje, aspecto que fue avalado por la CSJ en sentencia SL3892 de 2016 y la corte Constitucional en sentencia T-784 de 2010.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Con base en lo anterior, y como quiera que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral, tiene la consecuencia de perjudicar la expectativa pensional del demandante, y ya que no existe justificación de orden legal o factico que justifique la omisión, dado que el empleador debe propender por el pago del cálculo actuarial; condenó a la demandada PALMAS MONTERREY S.A.S. a pagar el mismo por los aportes dejados de sufragar por el lapso comprendido entre el 12 de febrero de 1979 y el 19 de mayo de 1986, de acuerdo con la liquidación que efectúe COLPENSIONES con observancia de los salarios que deberá acreditar el empleador demandado con la correspondiente certificación que debe hacer llegar a COLPENSIONES para que realice el cálculo actuarial, el cual no se ve permeado por el fenómeno prescriptivo conforme se indicó en sentencia SL738 de 2018.

En cuanto a la pensión de vejez, hizo alusión al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y destacó que el actor nació el 13 de marzo de 1953, lo que quiere decir que a la entrada en vigencia de dicha norma contaba con 41 años de edad, y que mantuvo hasta el año 2014 el régimen de transición de acuerdo a lo reglado en el Acto Legislativo 01 de 2005, ya que con el calculo de sus aportes entre 1979 y 1986 contaría además con más de 15 años de servicios, las 750 semanas que exige dicho Acto Legislativo, lo que hace beneficiario del régimen de transición.

Así las cosas, dijo que de acuerdo al reporte de semanas cotizadas se observa que el gestor cuenta con 737,14 semanas, las que sumas al tiempo laborado por éste entre el 12 de febrero de 1989 y el 19 de mayo de 1986, alcanza mas de 1000 semanas y acredita la edad de 60 años el 13 de marzo de 2013, cumpliendo así con los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990, causando la pensión de vejez el 13 de marzo de 2013 la cual debe ser reconocida a partir de la última cotización que se dio el 31 de agosto de 2014.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A efecto de calcular la prestación conforme lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, ordenó que una vez COLPENSIONES actualice la historia laboral del actor con el pago del cálculo actuarial que sufrague PALMAS MONTERREY S.A.S., debe proceder a reconocer la pensión de vejez a partir del 1º de septiembre de 2014, según lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, calculando el IBL según lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, para lo cual debe aplicar la tasa de reemplazo que corresponda conforme lo normado en el artículo 20 de dicho Acuerdo, sumas que deben ser indexadas al momento del pago.

Además, autorizó a COLPENSIONES descontar de las mesadas a reconocer lo pagado al actor por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en atención a la excepción de compensación propuesta. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 2 de marzo de 2018, dado solicito la pensión de vejez el 2 de marzo de 2021 y el 8 de abril de 2021 radico la demanda, por último, condenó en costas a PALMAS MONTERREY S.A.S.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES inconforme con la decisión la apeló. Argumentó que si bien se cumple con los requisitos de edad y semanas cotizadas o tiempo de servicios señalados por la ley, lo cierto es, que la misma se sujeta al cumplimiento de los requisitos que le corresponden al empleador, especialmente en lo que refiere al pago de las cotizaciones al sistema general de pensiones, por lo que ante la omisión de pagar aportes, la obligación de reconocer las prestaciones económicas se traslada al empleador, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar, por lo que solicita se revoque la sentencia.

Por su parte, la demandada PALMAS MONTERREY S.A.S. en su alzada solicita se revoque la sentencia de instancia, aduciendo que, si bien no obran aportes del 12 de febrero de 1979 a 19 de mayo de 1986, para dicho tiempo los empleadores no estaban en la obligación de afiliar al Instituto de Seguros Sociales pues estaba a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

su cargo la pensión de vejez, en ese sentido nunca omitió sus deberes legales como empleador, dado que afilió al demandante el 20 de mayo de 1986 en la ciudad de Bogotá, es decir, cuando aún no estaba en cobertura el municipio de Puerto Wilches Santander, lugar en donde prestaba sus servicios el trabajador, acotando que efectuó cotizaciones hasta la finalización de la relación laboral.

Adicionalmente, sostuvo que según sentencia T-435 de 2014, en el periodo objeto de condena por el cálculo el empleador no tenía la obligación de efectuar cotizaciones y esa encartada no fue objeto de llamamiento por parte de ISS para realizar los aportes a esa entidad por el tiempo en que el gestor prestó sus servicios, aunado a que le fue reconocida una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que ante una confirmación del fallo de primer grado se debe analizar lo establecido en el artículo 22 de la Decreto 1650 de 1977, en donde se estipula que los aportes deben sufragarse entre el empleador y trabajador en porciones distintas, destacando frente al salario que allegaría la certificación correspondiente ante COLPENSIONES. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas pues siempre ha obrado de buena fe y la condena a su cargo deviene de una falta de previsión legislativa.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala deberá establecer si la demandada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PALMAS MONTERREY S.A.S. debe realizar el pago del cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 12 de febrero de 1979 y el 19 de mayo de 1986. En caso positivo, se deberá verificar si el actor es beneficiario del régimen de transición teniendo en cuenta el periodo laborado para el mencionado empleador; de ser así, se auscultará si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez según lo normado en el Acuerdo 049 de 1990.

c. Del Caso en Concreto:

En el presente asunto no hay discusión que entre el demandante y PALMAS MONTERREY S.A.S. antes PROMOCIONES AGROPECUARIAS MONTERREY LTDA & CIA, medió un contrato de trabajo entre el 12 de febrero de 1979 y el 3 de diciembre de 1996, desempeñando el cargo de operario de campo, situación que fue aceptada por esa sociedad desde la contestación de la demanda, e igualmente se puede corroborar con la certificación que expidió el 27 de enero de 2021 (f. 9 archivo 01).

Igualmente, no se objeta en esta instancia que en su momento no había cobertura del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en el municipio de Puerto Wilches Santander, lugar en donde el promotor prestó sus servicios y que fue afiliado por el empleador demandado el 20 de mayo de 1986 en la ciudad de Bogotá, pese a que aún no había cobertura en el municipio de Puerto Wilches Santander, conforme se corrobora con el Reporte de Semanas Cotizadas – Periodo 1967-1994, en donde se observa una novedad de ingreso con el citado empleador a favor del gestor en dicha calenda y novedad de retiro el 14 de diciembre de 1992 (archivo denominado *GRFHLLAAF2014885390320141021071939.PDF* de la carpeta 12.1 expediente administrativo).

d. Del pago del cálculo actuarial:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En aras de desatar el problema jurídico que nos ocupa, conviene mencionar que para la fecha de vinculación del trabajador, esto es, del 12 de febrero de 1979 y el 3 de diciembre de 1996, se dijo que el empleador no tenía la obligación de afiliarlo al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a falta de cobertura de esa entidad en el lugar donde se desarrolló el contrato de trabajo, entre el 12 de febrero de 1979 y el 19 de mayo de 1986.

No obstante, tal y como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, incluida la falta de llamado a inscripción, tendrá a su cargo el pago de las obligaciones pensionales de todos aquellos periodos, dado que en esa época estaban bajo su responsabilidad, conforme lo establecido en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, que imponían la obligación de establecer la respectiva provisión para cubrir las contingencias del sistema de seguridad social.

Al respecto, conviene destacar que nuestro máximo órgano de cierre en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia SL3327-2022, Radicación No. 86266 de 20 de septiembre de 2022, al abordar el estudio de un caso de similares contornos al que ocupa la atención de Sala en esta ocasión, en donde fue convocado a juicio la aquí demandada PALMAS MONTERREY S.A., señaló sobre la responsabilidad de dicho empleador, lo siguiente:

“(...) es evidente que en el presente caso se dan los presupuestos reseñados para su aplicación, pues aunque para el momento en el que el actor prestó servicios en el municipio de Puerto Wilches -Santander- (entre 1979 y 1986), la empresa empleadora, Palmas Monterrey S. A., no tenía la obligación de afiliarlo al ISS, lo cierto es que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación pensional en los términos del artículo 260 del CST y, por ende, le aplica lo dispuesto por los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 (...).”

(...)

“Así pues, el criterio que se viene exponiendo es el que marca el derrotero a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

seguir actualmente (CSJ SL313-2022, entre muchas otras), en lo que se refiere a la interpretación y aplicación de las normas relativas al tema contenidas en la Ley 90 de 1946 y los reglamentos posteriores expedidos por el extinto Instituto de Seguros Sociales, tal como se recordó, también, en la sentencia CSJ SL2879-2020:

La jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017), máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018) y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL173002014, SJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019, CSJ SL1342-2019 y CSJ SL1140-2020).

Ello es así, porque el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos períodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, es decir, su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador.

[...]

Lo anterior no implica la imposición de una obligación por fuera de la ley. Por el contrario, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente tratándose de periodos inequívocamente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. (Subrayas de la Sala)

Así las cosas, contrario a lo aducido por la censura, la hermenéutica que debe darse a los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 es la que se ha resaltado en los lineamientos jurisprudenciales citados, sin que para ello se requiera, como al parecer lo entiende la recurrente, que para el momento en que inició la cobertura del ISS se debían haber causado prestaciones pensionales y prestado servicios por un periodo superior a diez años, pues lo que se deduce de su tenor literal y de una interpretación sistemática de las normas que regulaban el seguros social obligatorio, era que si bien los empleadores privados no tenían el deber de afiliar a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales por falta de cobertura, lo cierto era que tenían a su cargo y reconocimiento y pago de la pensión prevista en el artículo 260 del CST y,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por tanto, tenían el deber de aprovisionamiento del capital requerido para el financiamiento de esa prestación.

Esa misma línea de pensamiento, sustentada en que de conformidad con los principios constitucionales que informan la seguridad social, el trabajador no debe soportar el efecto negativo derivado del hecho de que durante ese período de tiempo no se hayan materializado las cotizaciones, ha sido seguida también por la Corte Constitucional, lo cual no significa que no haya existido el deber de aprovisionamiento mencionado. Por ello, el Alto Tribunal constitucional en la sentencia CC T784-2010.”

(...)

“En consecuencia, la imposición del cálculo actuarial no obedece a que, como al parecer lo entiende la recurrente, la obligación de aportar en pensiones por parte de los empleadores haya surgido con la entrada en vigor de la Ley 90 de 1946, sino a que desde ese momento los empleadores tenían el deber de reservar los recursos para reconocer las pensiones a su cargo, a pesar de no estar compelidos a afiliar a sus trabajadores al ISS.

Lo hasta aquí dicho es suficiente para no dar como victoriosa la acusación, además que la seguridad social en particular fue definida a nivel constitucional como un servicio público de carácter obligatorio, sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (artículo 48 CP) y que la Corte, en desarrollo de ese fenómeno de constitucionalización del derecho laboral y la seguridad social, ha propuesto y materializado la reinterpretación de algunas normas de orden legal para armonizarlas con el texto y el espíritu de la Constitución Política de 1991, en cuanto prevalecen en el orden interno los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos (CSJ SL220-2021 y CSJ SL244-2022), lo cual permite reiterar que en estos casos predomina la obligación del empleador de asumir el pago del cálculo actuarial en los términos antedichos.”

En esa medida, palmario es que la forma de financiar esos tiempos de servicios prestados por el actor al empleador demandado, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, alude al pago del respectivo cálculo actuarial por parte de dicha accionado, quien es el único responsable de su cubrimiento, conforme se ha dicho, entre otros, en sentencia SL4222-2021, Radicación No. 84986 de 28 de julio de 2021, contrario a lo aducido por esa demandada en su impugnación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De lo anterior, palmario es que conforme lo ha expuesto el máximo órgano de cierre de esta especialidad que el empleador está obligado a asumir mediante el título pensional los montos que correspondan a períodos no cotizados, ya sea por la no cobertura por parte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES o por empresas no sujetas a llamamiento a inscripción por parte de esa entidad, ya que una interpretación contraria implicaría desconocer el derecho a la seguridad social del gestor, quien en es la parte débil de la relación laboral y no debe soportar una carga que truncaría su derecho a la pensión.

Por tanto, la conclusión de la juzgadora de instancia de condenar al pago del cálculo actuarial no resulta desacertada; sin embargo, en esta instancia habrá de modificarse la sentencia de primer grado, que condenó a la demandada PALMAS MONTERREY S.A. a de precisar 12 de febrero de 1979 al 16 de mayo de 1986, para en su lugar, disponer que dicho cálculo actuarial debe pagarse hasta del 12 de febrero de 1979 al 19 de mayo de 1986, conforme los salarios que debe acreditar dicho empleador ante COLPENSIONES, tal como lo sostuvo la *a quo*, tiempo que equivale a 374 semanas, las que deberán adicionarse a la historia laboral del afiliado, conforme lo expuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Ello en concordancia con el acta del fallo de primera instancia, que permite advertir un *lapsus* al haberse referido al 16 de mayo.

e. De la Pensión de Vejez:

Pretende el demandante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, aduciendo para el efecto que es beneficiario del régimen de transición, lo anterior, como quiera que con las semanas laboradas para el empleador PALMAS MONTERREY S.A., al 13 de marzo de 2013, fecha en la que cumplió la edad de 60 años, ya contaba con más de 1000 semanas, e igualmente en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad acreditaba 500 semanas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al respecto, es del caso precisar que el actor se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES desde el 1º de abril de 1976, según el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones actualizado a 19 de febrero de 2021, por el que el riesgo de vejez aquí deprecado debe ser asumido por la entidad de seguridad social. (f. 11 a 18 archivo 01); de la misma forma, de la copia de la cédula de ciudadanía del promotor se avizora que su fecha de nacimiento fue el 13 de marzo de 1953 (f. 8 archivo 01), por lo que para el 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años, por ende, en principio es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, es del caso señalar que dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010 por virtud del parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicho Acto Legislativo, en cuyo caso se extendería hasta el año 2014.

En el caso del demandante, se advierte que además de contar con 41 años al 1º de abril de 1994 y alcanzar la edad de 60 años el 13 de marzo de 2013, como ya se explicó; a lo que se suma que del citado Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido el 19 de febrero de 2021, se observa que acreditó un total de 736.14 semanas cotizadas del 1º de abril de 1976 al 1 de febrero de 2018, de las cuales 698.71 lo fueron antes del 13 de marzo de 2013 al ISS hoy COLPENSIONES, y al adicionar las 374 semanas equivalentes al tiempo de servicios prestados y que hacen parte del cálculo actuarial, arroja un total de 1.072,71, a la fecha del cumplimiento de la edad.

En esa medida, se encuentra que el actor alcanzó las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, al acreditar 965,80 semanas a la entrada en vigencia del mismo, extendiendo así su régimen de transición al 31 de diciembre de 2014;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

luego, le son aplicables las reglas contenidas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres cuando cumplan 60 años y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o, 1000 en cualquier tiempo; concluyendo así que el actor tiene derecho a la pensión de vejez reclamada en el *petitum*, tal como lo concluyó la falladora de instancia.

En este punto, debe recordar esta Corporación que se tiene establecido que en materia pensional la fecha de causación de la pensión difiere de la fecha de disfrute de la misma, tratándose la primera, de la calenda en la cual el afiliado acredita los requisitos de edad y densidad de semanas exigidos por el legislador para acceder al derecho pensional y la segunda, del momento a partir del cual tiene derecho a entrar a percibir dicho monto, como quiera que para ello se requiere tener en cuenta hasta la última semana de cotización.

En virtud de lo anterior, en lo que respecta a la fecha de disfrute se tiene que el reconocimiento pensional se debe efectuar desde la data en que el promotor acreditó la desafiliación del sistema, conforme lo reglado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, o desde que se tuvo la intención de desafiliarse para acceder al derecho, por tanto, al encontrar que la última cotización del actor data del 1º de febrero de 2018, según el pluricitado reporte de semanas, considera la Sala que la prestación debe ser reconocida a partir del 2 de febrero de 2018, contrario a lo concluido por la *a quo* quien determinó como fecha del reconocimiento pensional el 31 de agosto de 2014.

Adicionalmente, la Sala considera que le asiste la razón a la Juez de instancia al señalar que no es posible endilgar a la demandada COLPENSIONES el impago de aportes pensionales ante la falta de afiliación del demandante en el lapso que prestó sus servicios a la encartada PALMAS MONTERREY S.A.S.; de ahí, que no le era factible realizar cobro alguno por el periodo en el que se dispuso la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

elaboración del cálculo actuarial, pago que por demás solo se logrará a través de la orden impartida en la presente acción judicial, por ende, es concordante reconocer la prestación a partir de la fecha que aquí se establece, esto es, desde el 2 de febrero de 2018, fecha de la última cotización del actor al sistema general de pensiones, en consecuencia, se modificará la sentencia de primer grado en tal sentido.

En otro giro, frente al monto de la mesada pensional, es del caso mencionar que tal y como se determinó en la sentencia de primer grado, el IBL de la misma deberá liquidarse por parte de COLPENSIONES, conforme lo normado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y la tasa de reemplazo habrá de determinarse según lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad, esto dado que no se cuenta con el reporte de salarios devengados por el promotor en vigencia del vínculo laboral con el empleador demandado, a razón del periodo que se ordena el cálculo actuarial, por lo que solo hasta que COLPENSIONES cuenta con tal información, podrá determinar el valor de la mesada como bien lo determinó la *a-quo*, mesadas que deberán ser a razón de 13 al año, conforme lo dispuesto en el parágrafo 6º Transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, y que deberán ser indexadas al pago. Asimismo, del retroactivo pensional se podrá descontar lo reconocido en la resolución GNR 668 de 2017 por parte de COLPENSIONES por concepto de indemnización sustitutiva vejez por \$17,549,073, como se dijo en la sentencia objeto de censura y lo que corresponda por aportes a seguridad social en salud.

En lo que atañe al fenómeno prescriptivo, el mismo se configuró de forma parcial de conformidad con lo establecido en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. en concordancia con los artículos 488 y 489 del C.S.T., pues la prestación como ya se expuso fue reconocida desde el 2 de febrero de 2018 y la pensión fue solicitada el 2 de marzo de 2021 (f. 19 a 21 archivo 01), y la demanda fue impetrada el 8 de abril de 2021 (archivo 1 – folio 47), luego, es claro que no operó el término trienal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de prescripción sobre las mesadas pensionales causadas con antelación al 2 de marzo de 2018, con se dijo en primera instancia.

f. De las Costas Procesales:

PALMAS MONTERREY S.A.S., en la alzada solicita se revoque la condena en costas, pues actuó de buena fe y con apego a las normas vigentes para la época. Ante lo cual, debe mencionarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura cuando la parte resulta vencida en juicio, por lo que resulta palmario que al haberse decidido que la sociedad apelante debe realizar el pago del cálculo actuarial ordenado, claramente es responsable de la condena en costas dispuestas en primer grado, máxime cuando para su imposición no se deban analizar aspectos subjetivos.

Sobre el asunto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

En consecuencia, para la Sala la condena en costas impuesta en primera instancia en contra de la recurrente es acertada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que ordenó a COLPENSIONES realizar el cálculo actuarial, por el tiempo en que el actor no estuvo afiliado al sistema de seguridad social en pensiones por cuenta de la empresa PALMAS MONTERREY S.A.S. del 12 de febrero de 1979 al 16 de mayo de 1986. Para en su lugar, ordenar que la elaboración de dicho cálculo actuarial debe ser del 12 de febrero de 1979 al 19 de mayo de 1986, de acuerdo con las consideraciones reseñadas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR Y ADICIONAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, que ordenó a COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez al demandante a partir del 31 de agosto del 2014. Para en su lugar, ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 2 de febrero de 2018 a razón de trece mesadas a anuales, pudiendo también descontar del retroactivo pensional, lo que corresponda a aportes a seguridad social en salud, de acuerdo a las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: CONFIRMAR de lo demás la sentencia emitida en primera instancia, por las razones antes expuestas.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PALMAS MONTERREY S.A.S. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 36 2022 00229 01
Demandante: JOSÉ JOAQUÍN PUENTES ÁLVAREZ
Demandados: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 31 de julio de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ JOAQUÍN PUENTES ÁLVAREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A., ello con la finalidad de que se ordene el retorno al régimen público administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, se condene a PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino del Régimen de Prima Media con Prestación Definida sus aportes pensionales,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidas en su cuenta de ahorro individual, así como que se le ordene a COLPENSIONES recibirlo como si nunca se hubiese trasladado y que actualice su historia laboral, costas procesales a las encartadas y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que se vinculó laboralmente a partir del mes de marzo de 1994 por intermedio del Régimen del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto ISS, así como que en el mes de julio de 1997 efectuó traslado con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A.

Que al momento de suscribir el formulario de afiliación ante PROTECCIÓN S.A., no le fue suministrada una información veraz y suficiente que le permitiera comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen pensional, tales como que podría hacer aportes voluntarios dentro del régimen privado, no se le efectuó un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia de una mesada pensional en ambos regímenes pensionales, no se llevó a cabo una explicación acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el traslado del demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue libre, consciente y voluntario, dado que el formulario de afiliación que se exigía para el 31 de julio de 1997 permitía consignar la voluntad expresa de aceptar el cambio de régimen conforme a la información ofrecida por el asesor comercial respecto de los beneficios y ventajas de constituir pensión en un fondo privado, voluntad que fue ratificada por el actuar al realizar aportes en el régimen privado durante más de 15 años.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso las excepciones de 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 la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (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 y la innominada o genérica.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. argumentó en su contestación que el demandante al momento del traslado ante sus dependencias fue informado de manera objetiva e integral sobre todas las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la información suficiente a efectos de adoptar una decisión voluntaria y sin presiones acerca de su traslado.

Formuló como medios exceptivos los denominados 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare 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 y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 31 de julio de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por JOSE JOAQUIN PUENTES ALVAREZ del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1 de septiembre de 1997, a través de la AFP COLMENA.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

Dicha medida cobija tanto el periodo de permanencia con las AFP COLMENA e ING, como en el que directamente estuvo vinculado con la AFP PROTECCION S.A. Lo anterior, en virtud de los procesos de fusión por los cuales esta última absorbió a las primeras.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES Liquidense como agencias en derecho con la suma de un \$1.000.000

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”

Para arribar a dicha conclusión adujo la *a-quo* que el deber de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la que en el literal d) del artículo 13 establece el derecho de libre elección de régimen pensional; además el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, establece el deber de información. A su vez expuso que, de conformidad con lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio se había establecido que procedía la nulidad de traslado de régimen pensional cuando se comprobara que las administradoras de pensiones no habían acatado el deber de información antes enunciado, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 se dijo que las consecuencias de un traslado desinformado no era la nulidad del traslado sino la ineficacia de este acorde lo establecía la Ley 100 de 1993, entre otras y que constituyen doctrina probable.

Seguidamente, expuso que al tenor de lo consagrado en la sentencia SL1055-2022, fueron traídas a colación unas sub reglas bajo el parámetro de la debida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

información que deben suministrar las administradoras pensionales a sus potenciales afiliados como son: (i) el cumplimiento del deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, (ii) la carga probatoria consistente en acreditar el cumplimiento del deber de información se encuentra en cabeza de la AFP, (iii) no es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición para que proceda la ineficacia por el incumplimiento en el deber de información, (iv) no se requiere acreditar la configuración de un perjuicio, (v) el hecho tal de que un argumento del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no implica que no proceda la ineficacia, (vi) el incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las nulidades sino desde la ineficacia, (vii) aunque el afiliado se traslade entre AFP tal situación no desdibuja el cumplimiento del deber de información.

En ese orden ideas, concluyó que por pasiva, en especial PROTECCIÓN S.A., no demostró el cumplimiento del deber de información, como tampoco existió ningún tipo de reasesoría, por lo que resulta procedente la declaratoria de ineficacia a la luz de la normatividad vigente y lo asentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con la devolución de los valores acumulados en la cuenta de ahorro individual, además de los rendimientos y bonos pensionales, los gastos de administración y comisiones, incluyendo el costo de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deben ser indexadas a la fecha de su pago.

De otra parte, señaló que la acción de ineficacia del traslado de régimen era imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad en lo atinente a la condena en costas, como quiera que de ordenarse la misma se constituiría en un detrimento patrimonial, máxime si lo ocurrido al demandante fueron decisiones respecto de las cuales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no tuvo injerencia, en la medida que era el fondo privado quien a través de su asesor debió brindar el debido asesoramiento a la actora.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara el demandante inicialmente en la extinta AFP COLMENA el 31 de julio de 1997 y, con ocasión de una fusión de dicha AFP con PROTECCIÓN, el actor nuevamente suscribió formulario con esta última el 1º de junio de 2010 (Fls. 30 y 31 - PDF 25 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, el aquí demandante señor JOSÉ JOAQUÍN PUENTES ÁLVAREZ en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1997 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc., de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

		asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.”

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.”

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Al unísono se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse y demás rubros apelados, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse.

Por último, en el recurso de alzada COLPENSIONES refutó la imposición de condena en costas en primer grado. Para lo correspondiente, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

De esa forma, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condenada a ciertas órdenes a razón de la declaratoria de ineficacia, la Sala puede concluir acerca de la prosperidad de estos emolumentos, pues resulta evidente que fue vencida en juicio.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que el recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

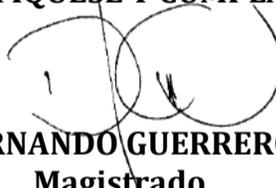
En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

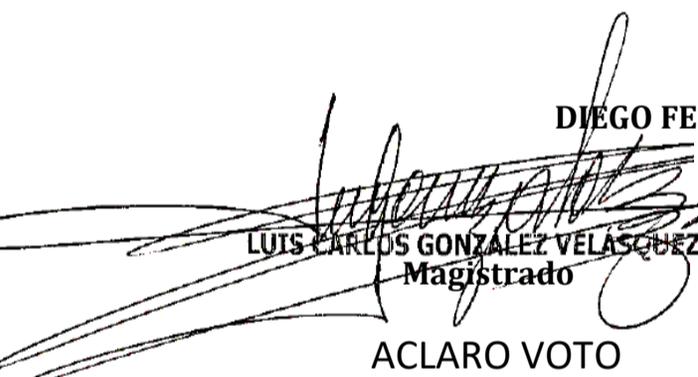
RESUELVE:

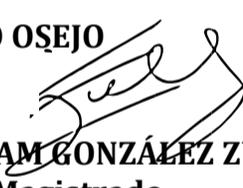
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el el 31 de julio de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente PROTECCIÓN S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000, a favor la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


Diego Fernando Guerrero Osejo
Magistrado


Luis Carlos González Velásquez
Magistrado


José William González Zuluaga
Magistrado

ACLARO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

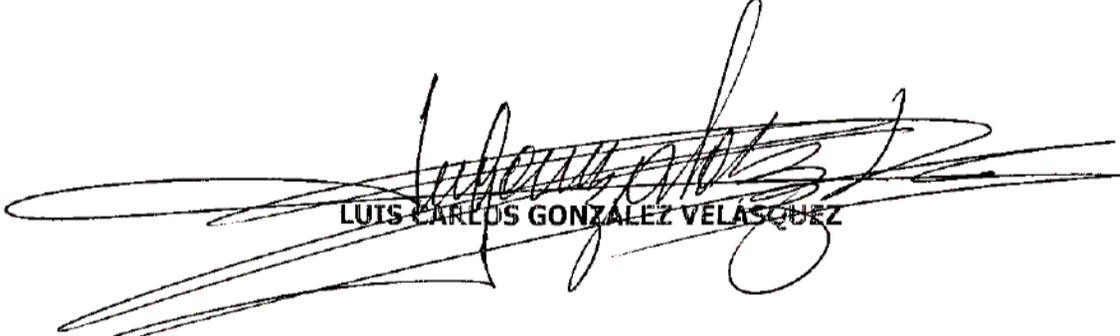
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 1100131050 36 2022 00229 01
DE JOSÉ JOAQUÍN PUENTES ÁLVAREZ contra COLPENSIONES y
PROTECCIÓN S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de septiembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el actoral RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Por consiguiente, se le condene a la demandada al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por la terminación del contrato de trabajo hasta la fecha en que adquirió el estado de pensionado, la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T. ya que el finiquito laboral no se justifica en las causales contempladas en el artículo 61 de la misma disposición normativa, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que inició labores al servicio de la demandada el 20 de noviembre de 2000 desempeñando el cargo de Asistente de Cartera a través de un contrato de trabajo a término indefinido y una asignación salarial mensual equivalente a un S.M.L.M.V. Seguidamente, expuso que el último cargo desempeñado fue el de Auxiliar Contable con una asignación salarial mensual de \$781.242.

Que desde el año 2016 el señor JORGE HERNÁN RAMÍREZ divulgó a sus trabajadores que estaba intentando vender la empresa y periódicamente informaba que presentaría al nuevo propietario, situación que se presentó en diversas ocasiones.

Señaló que, a finales del año 2018, el señor JORGE HERNÁN RAMÍREZ llevó a cabo una reunión con los trabajadores más antiguos de la compañía, informando que se había vendido la empresa, exigiéndoles al tiempo que renunciaran, con la finalidad de que el nuevo empleador los volviera a contratar con las mismas condiciones laborales, lo que conllevó a que todos los trabajadores, incluido él, decidieran firmar un formato de renuncia, documento del que no se le suministró copia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que, con posterioridad de la firma de las renunciaciones, se le citó a efectos de suscribir un contrato de trabajo a término fijo por 3 meses, documento que tampoco fue entregado, así como que estuvo incapacitado a razón de una cirugía en los ojos por el periodo comprendido entre el 18 de enero y el 1º de febrero de 2019 y, al regresar de la incapacidad, terminó el contrato como consecuencia de la carta de renuncia que suscribiera bajo presión.

Por último, expuso que en el año 2020 cumplió con la edad para obtener la pensión de vejez.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada ASESORÍAS Y SERVICIOS LEGALES – ASLEGAL S.A.S. contestó la demanda aceptando el contrato de trabajo, así como su extremo inicial del mismo, pero poniendo de presente que el último cargo desempeñado por el demandante fue el de Auxiliar Administrativo, en labores de mensajería y diligencias varias de oficina, finiquito laboral que sucedió el 31 de octubre de 2022 como consecuencia de la renuncia presentada por el propio actor.

Seguidamente, el 1º de noviembre de 2018 se suscribió nuevo contrato de trabajo con el demandante a término fijo de 3 meses, con la finalidad de que se desempeñara como Auxiliar Administrativo, con asignación salarial de un S.M.L.V. hasta el 1º de febrero de 2019

Formuló como medios exceptivos los denominados cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de febrero de 2023, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión el operador de instancia indicó que, se encuentra debidamente acreditado en el informativo que el demandante ingresó a laborar para la demandada el 20 de noviembre de 2000 a través de un contrato de trabajo a término indefinido como Asistente de Cartera y que finalizara el 31 de octubre de 2018 como consecuencia de la renuncia presentada por el actor.

Además, señaló el *a-quo* que a pesar de que el 1º de noviembre de 2018 se suscribió un nuevo contrato a término fijo por interregno de 3 meses con la finalidad de desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo, no se advierte que para efectos de la suscripción de la carta de renuncia hubiese mediado constreñimiento por parte de alguna persona que lo hubiera forzado a suscribir tal comunicación, como tampoco que se le presionara para suscribir ese nuevo contrato de trabajo, ni mucho menos que la conciliación de este segundo contrato hubiese estado precedida de fuerza que viciara su consentimiento, de allí que no goce de prosperidad las condenas perseguidas.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, ello por cuanto de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., la decisión de primera instancia fue adversa a sus intereses.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si la terminación del vínculo laboral que ató a las partes, obedeció a causas imputables al empleador, ello con la finalidad de también determinar si le asiste o no derecho al demandante al reconocimiento y pago de la indemnización reglada en el artículo 64 del C.S.T., junto con la cancelación de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta en la fecha en que ostentó su pensión.

c. Del contrato de trabajo:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que entre el demandante y la encartada existió un primer contrato de trabajo a término indefinido que tuvo inicio el 20 de noviembre de 2000 y finalizó el 31 de octubre de 2018 como consecuencia de la renuncia presentada por el mismo actor, prueba de ello lo es la copia del contrato de trabajo, la carta de terminación del mismo calendada el 31 de octubre de 2018 y la liquidación final de prestaciones sociales.

(ii) Que entre las partes existió un segundo contrato a término fijo de 3 meses por el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2018 y el 1º de febrero de 2019, el cual finalizó el 31 de enero de 2019 como consecuencia de un acta donde se acordó que al actor le sería cancelada la suma de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

\$6.000.000, aspectos que se demuestran con la correspondiente copia del vínculo contractual, el acta de acuerdo y la liquidación final de prestaciones sociales de ese contrato.

Como ya se refirió, el demandante persigue el pago de la indemnización por despido sin justa causa y cancelación de salarios y prestaciones arguyendo que el finiquito laboral con la encartada sucedió a que la misma ejerció actos de constreñimiento y demás aspectos que conllevaron a la configuración de vicios en su consentimiento.

Es pertinente resaltar que en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del demandante quien indicó que el 31 de octubre de 2018 la empresa demandada le hizo firmar carta de renuncia, carta que por demás también se la hicieron firmar a todos los empleados de la empresa por cuanto otra compañía iba a comprarla, puesto que se llevaría a cabo una nueva contratación, aspecto último que nunca se llevó a cabo.

Que después de mucho tiempo la encartada le canceló la liquidación de prestaciones sociales, encontrándose pensionado desde el mes de septiembre de 2020. Expuso que lo sucedido en la empresa no lo informó con ninguna autoridad administrativa o judicial.

Así las cosas y, sin dubitación alguna, advierte la Sala que la decisión de primera instancia se confirmará en su integridad.

Nótese que dentro del plenario además de los dichos referidos por el actor tanto en los supuestos fácticos de la presente acción como lo expuesto en el interrogatorio de parte rendido, donde manifestó haber existido maniobras fraudulentas por parte de la empresa que lo hicieron renunciar el 31 de octubre de 2018, tales como el hecho que finalizó su relación laboral por una presunta venta de la compañía y por consiguiente nuevos empleadores, esos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aspectos no se encuentran acreditados, en la medida que sus propios dichos no pueden valorarse como una fabricación probatoria a su favor.

Por el contrario, lo único que refleja el escenario probatorio, es el hecho que la renuncia presentada el 31 de octubre de 2018 contenida con el argumento de renuncia irrevocable al cargo que venía desempeñando como Auxiliar Administrativo gozó de plena autonomía del demandante en su suscripción.

Ahora bien, no puede pasarse por alto que, sopesa más aún la carencia probatoria en las situaciones argumentadas por el señor MARIO ALBERTO VARGAS ROBAYO, el hecho que con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo a término indefinido, las partes suscribieron un segundo vínculo contractual a término fijo de 3 meses, el cual inclusive culminó con un mutuo acuerdo, último del que tampoco yace prueba sobre alguna anomalía o constreñimiento en su suscripción por el actor, lo que advierte a la Sala una continuidad en el tiempo de vinculación de la empresa para con el demandante, que en nada refleja alguna anomalía de la empresa frente al demandante, aspectos todos por los que no gozan de prosperidad las súplicas de la demanda ante la falta de configuración de los vicios del consentimiento endilgado.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia como quiera que el asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

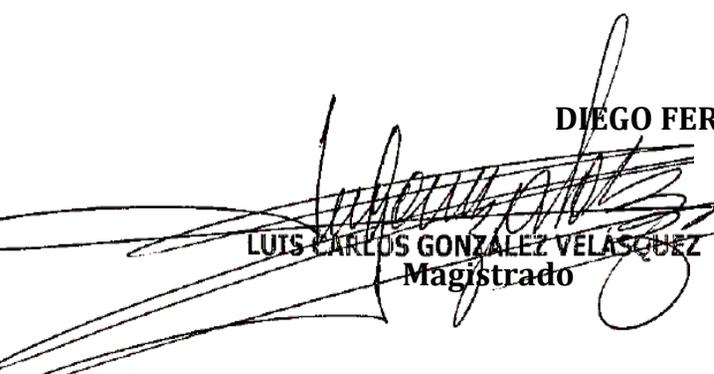
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 16 de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


Diego Fernando Guerrero Osejo
Magistrado


Luis Carlos González Velásquez
Magistrado


José William González Zuluaga
Magistrado