



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**Radicado No.22 2017 00353 01**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia del 24 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (*min. 21:47, archivo "005.1Audiencia24septiembre2021*).

## **I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA**

**TERESA GIRALDO MONTES** llamó a juicio a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del **PAR CAPRECOM LIQUIDADO**, con el fin de que se declare que tiene derecho a recibir la totalidad de acreencias laborales convencionales dejados de percibir en los años 2003 al 2015 por la suspensión pactada entre CAPRECOM y el Sindicato. En consecuencia, pide que se condene al pago de los reajustes salariales y prestaciones convencionales, descanso especial o

adicional de diciembre, bonificación por recreación, aportes educativos por hijos, plan de atención complementaria, ruta de buses, dotaciones, intereses moratorios, indexación, costas del proceso y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró al servicio de CAPRECOM desde el 16 de septiembre de 1980 hasta el 27 de enero de 2017 en calidad de trabajadora oficial, mediante contrato de trabajo a término indefinido; dice que al momento de su retiro tenía aplicación la Convención Colectiva de trabajo 2012-2013 que le resultaba aplicable; que el 12 de junio de 2003, la empresa y el sindicato suscribieron un acuerdo extraconvencional mediante el cual pactaron la suspensión parcial de algunos derechos convencionales por un término de 10 años, prorrogado por 5 años más por acuerdo celebrado en el año 2013; que una vez se ordenó la liquidación de la entidad mediante Decreto 2519 de 2015, se cumplió la condición impuesta en las actas extraconvencionales retomaron vigencia las cláusulas convencionales que habían sido suspendidas.

Manifestó que el 16 de marzo de 2016, presentó reclamación de acreencias laborales ante el proceso liquidatorio, quien resolvió de manera negativa la petición a través de la Resolución AL-02898 de 2016, contra la cual interpuso recurso de reposición y éste fue decidido mediante Resolución AL-05568 del 05 de julio de 2016 (*pág. 155 a 174, archivo "001Expediente"*).

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora del **PAR CAPRECOM LIQUIDADO**, se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia de la relación laboral y los extremos temporales, la existencia de la convención colectiva, los acuerdos extraconvencionales celebrados, la liquidación de la entidad, la solicitud y los actos administrativos expedidos, expresó que los demás hechos no eran ciertos. Formuló las excepciones de *inexistencia de las obligaciones*

*demandadas, cobro de lo no debido, prescripción, incongruencia de las pretensiones frente a la aparente reclamación administrativa, cosa juzgada y no retroactividad de la norma laboral (pág. 177 a 182 y 187 y 188, archivo "001Expediente").*

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

*(min. 21:47, archivo "005.1Audiencia24septiembre2021)*

El 24 de septiembre de 2021, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

***"PRIMERO: ABSOLVER** al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADA de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la demandante TERESA GIRALDO MONTES identificada con C.C No 24.725.796, conforme la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por la parte demandada. **TERCERO: Costas** corren a cargo de la parte actora, se fijan como agencias en derecho suma de \$100.000. **CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por el apoderado de la parte demandante, CONSÚLTESE** con el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral en su favor."*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si le asistía derecho a la demandante a obtener el pago de las acreencias convencionales reclamadas.

Para resolver la Juez indicó que en el acta extraconvencional del 12 de junio de 2003 entre CAPRECOM y el sindicato de sus trabajadores se pactó la suspensión de algunas cláusulas convencionales por el término de 10 años, en atención a la situación crítica financiera por la que estaba atravesando, condicionada a que en caso de que el Gobierno Nacional determinara la fusión o liquidación de la entidad, la convención colectiva conservaría su

vigencia y el acuerdo convencional quedaría sin aplicación, término prorrogado por un periodo de 5 años en un nuevo acuerdo celebrado en el año 2013, liquidación que se produjo mediante Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015.

Precisó que los acuerdos extraconvencionales al ser instrumentos de negociación colectiva son fuente de derecho y obligana las partes que lo suscriben, motivo por el cual dijo que el liquidador de CAPRECOM estaba obligado en atender estos acuerdos, los cualesno pueden calificarse contrarios a los principios y derechos fundamentales de los trabajadores, dada la autocomposición libre y voluntaria del sindicato y la empresa, por lo que concluyó que si bien dicha condición se cumplió con el decreto que ordenó la disolución y liquidación de la entidad, a partir de ese momento la convención colectiva recobró sus efectos pero no con carácter retroactivo, pues tal circunstancia no fue pactada en los citados acuerdos, no siendo viable darle una interpretación diferente.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación para que se revoque la decisión de primera instancia. Aduce que la redacción de la cláusula implica retroactividad pues las partes afirmaron que cuando se cumpliera la condición suspensiva se conservaría la vigencia de la convención; que las cláusulas siempre existieron, pero lo que hubo fue un pacto de no exigibilidad para que el empleador pudiera rescatar su empresa, por lo que si el empleador no cumplió ese propósito, los derechos del sindicato y de los trabajadores resucitaron; además que no puede ser que la cláusula no tenga ningún efecto y los trabajadores no hubieran ganado nada durante los 13 años que duró la suspensión, siendo necesario que se le dé una interpretación útil a esa norma.

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandada presentó alegaciones solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

Por su parte, el apoderado actor solicitó se revoque la sentencia reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si una vez terminada la suspensión condicional de algunas cláusulas de la convención colectiva conforme con el acta extraconvencional celebrada entre CAPRECOM y el sindicato de sus trabajadores el 12 de junio de 2003, se deben reconocer los beneficios con carácter retroactivo. En caso afirmativo, definir si proceden los derechos convencionales que se reclaman.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** **TERESA GIRALDO MONTES** prestó servicios a la extinta CAPRECOM entre el 16 de septiembre de 1980 y el 27 de enero de 2017 mediante contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando como último cargo el de jefe de departamento administrativo y de recursos humanos, con un salario de \$4.471.643 (*pág. 6, archivo "001.Expediente"*), siendo beneficiaria de la convención colectiva de

trabajo (*aceptado por la demandada al contestar el hecho 4 de la demanda y se deduce de la Resolución AL-02898 de 2016, pág. 13 a 45, archivo "001.Expediente"*); **ii)** entre CAPRECOM y el Sindicato de Trabajadores de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - SINTRACAPRECOM el 12 de junio de 2003, se suscribió acuerdo extraconvencional donde se pactó la suspensión parcial y temporal de algunas cláusulas convencionales, para soportar la viabilidad financiera de CAPRECOM (*pág.58 a 65, archivo "001.Expediente"*); **iii)** entre CAPRECOM y el Sindicato de Trabajadores de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - SINTRACAPRECOM el 13 de diciembre de 2011 se suscribió Convención Colectiva de Trabajo vigencia 2012-2013, con la correspondiente constancia de depósito en el Ministerio de Trabajo el 22 de diciembre de 2011 (*pág. 66 a 87, archivo "001.Expediente"*); **iv)** entre CAPRECOM y el Sindicato de Trabajadores de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - SINTRACAPRECOM el 07 de junio de 2013, se suscribió acuerdo extraconvencional, ampliando la vigencia por cinco (5) años más del Acuerdo extraconvencional celebrado el 12 de junio de 2003 (*pág. 93 a 11, archivo "001.Expediente"*); **iv)** TERESA GIRALDO MONTES solicitó a la demandada el reconocimiento de los derechos convencionales causados entre el año 2013 y 2015 y dicha petición fue resuelta de manera desfavorable mediante resoluciones AL-02898 de 2016 y AL-05568 de 2016 (*pág. 13 a 55, archivo "001.Expediente"*)

**- Sobre la procedencia de los derechos convencionales reclamados**

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

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

La misma Corporación ha sostenido que son las partes de la convención las llamadas a fijar su sentido y alcance en virtud de su libertad de negociación; sin embargo, en las sentencias CSJ SL131- 2022; SL4934- 2017 y CSJ SL1886-2020, indicó que si bien las convenciones colectivas de trabajo se aportan como una prueba al proceso, ello no desdice su carácter de fuente formal del derecho y, por tanto, los jueces tienen el deber de interpretar sus enunciados normativos conforme a las máximas y principios de hermenéutica jurídica laboral, dentro de los cuales se encuentra el principio protector en sus modalidades de favorabilidad, *in dubio pro operario* y condición más beneficiosa.

Aplicando el anterior parámetro interpretativo, en el caso de los Acuerdos Extraconvencionales de 2003 y 2013, objeto de la controversia en este proceso, se advierte de su contenido que las partes acordaron claramente dejar sin efecto la suspensión de derechos convencionales en caso de liquidación de CAPRECOM, no obstante en ningún aparte del Acuerdo se define de manera clara que se hubiera establecido el efecto retroactivo del levantamiento de la suspensión, lo que impide a la Sala asignarle tal condición, pues aquella requiere ser pactada de forma expresa, so pena que prevalezca el principio general de irretroactividad de la norma, tal y como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la

sentencia de Rad. 2.194 del 7 de julio de 1988 y Rad. 5.491 del 23 de julio de 1993.

Además, el Acuerdo Extraconvencional celebrado en el año 2003 fue validado, ratificado e incorporado a la Convención Colectiva de Trabajo, vigencia 2012-2013, celebrada entre CAPRECOM y el Sindicato de Trabajadores de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - SINTRACAPRECOM, en virtud del artículo 79, donde se señaló que *“Las cláusulas convencionales contenidas en acuerdos anteriores que no hubieren sido modificadas expresamente en la presente negociación, continuaran vigentes, **así como el Acuerdo Extraconvencional de junio 12 de 2003**”*<sup>1</sup> (pág.86, archivo *“001.Expediente”*), lo que le da plena eficacia jurídica.

Por tanto, al ser claro que las partes no definieron en el referido acuerdo la aplicación retroactiva de los beneficios, una vez levantada la suspensión de los acuerdos si ocurría la liquidación de CAPRECOM, como en efecto sucedió (Decreto 2519 de 2015), no puede darse un sentido o entendido diferente al que le dieron los actores intervinientes en el acto, lo que descarta el planteamiento del recurrente, razón suficiente para confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

---

<sup>1</sup> Resaltado de la Sala.

**RESUELVE**

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

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**TERCERO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 22 2020 00526 01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 28 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de HUMBERTO LIEVANO RODRÍGUEZ bajo los postulados del Decreto 758 de 1990, en cuantía inicial de \$1.159.982 a partir de junio de 2013, junto con el retroactivo pensional indexado, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 18 de enero de 2016, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada en cuantía de un SMLMV (29:58 *archivo* “010GrabacionAudiencia”).

## I. ANTECEDENTES

### DEMANDA

**HUMBERTO LÍEVANO RODRÍGUEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que le se condene a reliquidar la pensión vejez con el IBL de los últimos 10 años y una tasa de remplazo del 90%, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, junto con el pago del retroactivo de las diferencias pensionales, intereses moratorios, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 15 de enero de 1948, laboró en diferentes entidades públicas desde el 1° de diciembre de 1975 al 09 de septiembre de 1989; que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 05 de marzo de 1991 y, por ser beneficiario del régimen de transición, COLPENSIONES mediante Resolución GNR218297 del 13 de junio de 2014 le reconoció la pensión vejez en cuantía de \$1.019.196 a partir del 1° de junio de 2013 bajo los postulados de la Ley 71 de 1988.

Manifestó que solicitó a la demandada la reliquidación de la pensión vejez el 18 de enero de 2019, entidad que a través de Resolución SUB 55788 del 04 de marzo de 2019 le negó la petición, acto administrativo contra el cual interpuso recurso de apelación el 09 de abril de 2019, resuelto mediante Resolución DPE 4453 del 13 de junio de 2019, donde se confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución inicial (*pág. 3 a 11 archivo “001ExpedienteYPruebas”*).

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, la calidad de beneficiario del régimen de transición, el reconocimiento de

la pensión de vejez, la reclamación administrativa presentada el 18 de enero de 2019, y los actos administrativos que negaron la reliquidación, frente a los demás manifestó no constarle. Como medio de defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración al pago de intereses moratorios o 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 (pág. 2 a 21 archivo “007ContestacionDemandaColpensiones”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min.29:58 archivo “010GrabacionAudiencia”).

El 28 de septiembre de 2021, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** DECLARAR que el señor Humberto Liévano Rodríguez, identificado con la cedula de ciudadanía No.12.097.700 tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año a partir de junio de 2013 en cuantía inicial de \$1.159.982, conforme quedó explicado. **SEGUNDO:** DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de la reliquidación de las mesadas pensionales anteriores al 18 de enero de 2016 conforme la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO:** CONDENAR a COLPENSIONES a pagar en favor del demandante las diferencias pensionales causadas a partir del 18 de enero de 2016, teniendo en cuenta la diferencia que arroja la mesada inicialmente reconocida por el ISS mediante la Resolución No. 218297 del 13 de junio de 2014 y la hallada por este despacho conforme la parte motiva de esta sentencia debidamente indexadas previos los descuentos de ley a que haya lugar y el valor de las mesadas calculadas que a continuación se citan 2016 \$1.308.748,89, 2017 \$1.384.001,95, 2018 \$1.440.607,63, 2019 \$1.486.418,95, 2020 \$1.542.902,87 y 2021 \$1.567.743.61. **CUARTO:** AUTORIZAR a la demandada a descontar el valor correspondiente por concepto de aportes para salud conforme lo motivado. **QUINTO:** ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas por el demandante. **SEXTO:** CONDENAR a la demandada en costas, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV. **SÉPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de

*COLPENSIONES CONSÚLTESE en su favor ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral.”*

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si al demandante le asistía derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta los parámetros establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, si existía a su favor retroactivo generado por concepto de diferencias, así como la prosperidad de intereses moratorios e indexación.

Para resolver indicó que conforme a la postura de la Corte Suprema de Justicia es posible acumular los tiempos cotizados en el sector público y sector privado para adquirir el derecho a la pensión vejez bajo las prerrogativas del Decreto 758 de 1990, que el demandante cotizó un total de 446.44 semanas al sector público y 770.86 semanas en el sector privado acreditando un total de 1.215 semanas en toda su vida laboral y cumplió sus 60 años de edad el 15 de enero de 2008, cumpliendo con los requisitos para acceder a la pensión vejez conforme al citado Decreto, por lo que al realizar el cálculo, teniendo en cuenta los últimos 10 años cotizados, arrojó un IBL de \$1.333.313, con una tasa de remplazo del 87%, generando como mesada inicial la suma de \$1.159.982 para el año 2013.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia en su integridad. Para sustentar indicó que el cambio jurisprudencial que surgió en el 2020 carece de sentido porque obedeció simplemente a una postura de una magistrada de la Corte Suprema de Justicia y no se explicó cuál era la razón para sumar los tiempos públicos y privados, que derechos y garantías prestacionales estaban protegiendo; indicó que no tiene sentido que un cambio jurisprudencial se aplique retroactivamente, que si bien existen estos cambios jurisprudenciales atípicos y descalabrados, la reliquidación se debería aplicar desde el momento de la sentencia en adelante

porque para la época del reconocimiento pensional COLPENSIONES cumplió con los precedentes legales y jurisprudenciales.

Señaló que su representada no debe ser condenada en costas pues más allá de que ejerció defensa en el proceso, es el mismo derecho de defensa coartado y sesgado por un precedente jurisprudencial que nació de un momento a otro y que no tiene antecedentes legales ni jurídicos ni hermenéuticos ni judiciales que soporten esta decisión, finalmente solicitó se estudie el pago de las mesadas retroactivas adeudadas y se analice la condena en costas.

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder al doctor Nicolás Ramírez Muñoz, identificado con CC 1.018.463.893 y T.P 302.039 del C.S.J a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos solicitó se revoque el fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante solicitó se confirme el fallo de primera instancia.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si le asiste derecho al demandante a la reliquidación de la pensión de vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, aplicando el IBL de los últimos 10 años y una tasa de remplazo del 87% con su correspondiente retroactivo e indexación, y determinar si es dable la condena en costas impuesta a COLPENSIONES en la primera instancia.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** HUMBERTO LIEVANO RODRÍGUEZ nació el 15 de enero de 1948 (*pág. 12 archivo “001ExpedienteYPruebas”*), se afilió al ISS hoy Colpensiones el 05 de marzo de 1991 (*pág. 13 a 18 archivo “001ExpedienteYPruebas”*) y acreditó un total de 1.209 semanas cotizadas en toda su vida laboral entre tiempos de servicios públicos no cotizados a COLPENSIONES y tiempos de servicios privados cotizados a dicha entidad (*pág. 23 a 29 archivo “001ExpedienteYPruebas”*); **ii)** COLPENSIONES a través de Resolución GNR218297 del 13 de junio de 2014 reconoció al demandante pensión por aportes Ley 71 de 1988 con un IBL de \$1.358.982 y una tasa de remplazo del 75% a partir del 1° de junio de 2013 (*pág. 23 a 29 archivo “001ExpedienteYPruebas”*); **iii)** el 18 de enero de 2019 el actor solicitó a la demandada la reliquidación de su pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990 (*pág. 30 a 35 archivo “001ExpedienteYPruebas”*), quien mediante Resolución SUB55788 del 04 de marzo de 2019 negó

la reliquidación (pág. 37 a 41 archivo “001ExpedienteYPruebas”); **iv)** contra el citado acto administrativo se interpuso recurso de apelación el 09 de abril de 2019 (pág. 42 a 43 archivo “001ExpedienteYPruebas”), resuelto mediante la resolución DP4453 del 13 de junio de 2019, oportunidad en la cual se confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución inicial (pág. 45 a 55 archivo “001ExpedienteYPruebas”).

- **De la reliquidación de la pensión de vejez.**

La Corte Suprema de Justicia a partir de las sentencias SL1947 de 2020 y SL1981 de 2020, cambió su línea jurisprudencial en el sentido de establecer que los beneficiarios del régimen de transición pueden obtener la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, contabilizando semanas cotizadas o tiempos de servicios no cotizados con empleadores públicos y servicios cotizados con empleadores privados, criterio que ha sido reiterado en sentencias SL185 de 2021, SL2061 de 2021 y SL3484 de 2022, entre otras. Por ende, si un afiliado beneficiario del régimen de transición reúne los requisitos de pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, sin importar si son semanas públicas o privadas, sufragadas o no a una caja, tiene derecho a la aplicación de dicha normativa y la tasa de remplazo conforme al artículo 20 *ibidem*.

**CASO CONCRETO**

Al descender al caso bajo estudio, atendiendo los postulados jurisprudenciales, es claro que el demandante HUMBERTO LIEVANO RODRÍGUEZ, tiene derecho a que se le estudie la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición, contabilizando las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social, con las cotizadas en el ISS hoy COLPENSIONES.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, régimen reconocido por COLPENSIONES en el acto administrativo de reconocimiento pensional (*pág. 23 a 29 archivo “001ExpedienteYPruebas”*), que no fue objeto de reproche por ninguna de las partes, establece como requisitos para acceder a la pensión de vejez, para el caso de los hombres, 60 años de edad y un mínimo de 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.

En este asunto, HUMBERTO LIEVANO RODRÍGUEZ nació el 15 de enero de 1948 (*pág. 12 archivo “001ExpedienteYPruebas”*), por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 acreditaba más de 40 años de edad, además a la fecha de aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con 7.177 días o 1025 semanas cotizadas (*pág. 23 a 29 archivo “001ExpedienteYPruebas”*), razón por la cual el régimen de transición se le extendió hasta el 31 de diciembre de 2014. El 31 de mayo de 2013, fecha en que reportó su última cotización, el demandante acreditaba 65 años y 1.209 semanas cotizadas, cumpliendo así con los presupuestos necesarios para acceder a la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de remplazo del 87% por acreditar más de 1.209 semanas cotizadas en toda su vida laboral (*pág. 23 a 29 archivo “001ExpedienteYPruebas”*), conforme lo dispuesto en el artículo 20 Título II del citado Acuerdo y, en consecuencia, le asiste derecho al pago de las diferencias por mesadas pensionales que se causen, debidamente indexadas.

#### - **Sobre el valor de la mesada pensional**

Resalta la Sala que el IBL determinado por el *a quo* fue de \$1.333.313, al que le aplicó una tasa de remplazo del 87% y obtuvo como mesada inicial la suma de \$1.159.982. Sin embargo, el IBL que determinó COLPENSIONES en la Resolución GNR 218297 del 13 de

junio de 2014 fue de 1.358.928 para el año 2013 y al aplicarle una tasa de remplazo del 87% arroja una mesada inicial de \$1.182.267,36, es decir, la mesada pensional sería superior a la liquidada por el juez de primera instancia, pero al ser un aspecto no objeto de apelación por la parte actora, en esta instancia se dejará incólume, pues el Tribunal no puede hacer más gravosa la situación del apelante único y en cuyo favor se surte el grado jurisdiccional de consulta, en este caso COLPENSIONES.

COLPENSIONES puede descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud del actor, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2425 de 2019, SL4964 de 2020, SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1781 de 2022, entre otras, tal y como se ordenó en la sentencia de instancia.

No son de recibo los argumentos expuestos por el apelante por cuanto la posibilidad de acumular tiempos públicos y privados en Acuerdo 049 de 1990 es de pleno conocimiento de COLPENSIONES, incluso antes del cambio jurisprudencial realizado por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria (SL1947 de 2020), pues ya así lo había definido la Corte Constitucional en sentencia SU-769 de 2014, reiterada en sentencia SU-057 de 2018, con lo cual se descarta el planteamiento, más allá de que en el nuevo precedente se indica claramente los mandatos superiores que se protegen.

Y si bien el reconocimiento de la reliquidación se da en virtud de un cambio jurisprudencial, no es viable pagar el retroactivo por diferencias únicamente a partir de dicha sentencia, pues en la misma no se introdujo este condicionamiento y, además, debe recordarse que tanto las mesadas pensionales, como sus diferencias, tienen el carácter de irrenunciables.

- **Sobre la excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de tres años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez (o reliquidaciones como es el caso) esto ocurre frente a cada mesada. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se advierte que el demandante se le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución GNR218297 de 13 de junio de 2014 y solicitó la reliquidación de la pensión de vejez solo hasta el 18 de enero de 2019 (*pág. 30 a 35 archivo “001ExpedienteYPruebas”*), radicando la demanda el 22 de octubre de 2020 (*pág. 62 Archivo “001ExpedienteYPruebas”*), es decir, más allá de los tres años que establece la norma, por lo que es fácil concluir que las diferencias en las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 18 de enero de 2016 se encuentran prescritas.

Frente al argumento de apelación referido a que no es procedente la condena en costas, la Sala precisa que no le asiste razón a COLPENSIONES por cuanto conforme al artículo 365 del CGP las mismas serán impuestas a la parte vencida en el proceso, por lo que, al ser condenada al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional, debe asumir este concepto.

Las anteriores son razones suficientes para confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

**RESUELVE**

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

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**TERCERO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.22-2021-00356-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARO INPEC** contra la sentencia del 09 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá que negó el permiso para trasladar al aforado **CRISTIAN CAMILO DURAN ZAPATA** y se abstuvo de condenar en costas (*min. 17:00, archivo "20SentenciaPrimeraInstancia"*).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA**

El **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO** llamó a juicio a **CRISTIAN CAMILO DURAN ZAPATA** para que se declare que goza de la garantía de fuero sindical y, en consecuencia, solicita se levante dicha garantía y se autorice su traslado, por necesidades del servicio, de la Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad CPMSC de Bogotá, en donde actualmente labora, al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario EPMSC Puerto Berrío, junto con la correspondiente condena en costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que CRISTIAN CAMILO DURAN ZAPATA se desempeña como Dragoneante código 4114 grado 11 en el INPEC, desempeñando sus funciones en Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad de Bogotá; que en dicha entidad se creó la ASOCIACIÓN SINDICAL DE PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS ASPEC - SECCIONAL CENTRAL, con registro de inscripción I-016 de 19 de febrero de 2013, donde el funcionario hace parte de la junta directiva como fiscal; que mediante Resolución No.3000 del 22 de agosto de 2022, del director del INPEC se reguló lo relativo a los traslados de los servicios de dicho instituto, cuya planta tiene el carácter de global y flexible, siendo notorio que la actualidad se vive un serio problema institucional debido al hacinamiento y la insuficiencia de personal en los diferentes Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON).

Manifestó que mediante fallo de tutela se ordenó determinar las necesidades del servicio en cuanto a funcionarios del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario EPMSC Puerto Berrío, motivo por el cual en oficio 2021IE0125609, el director del referido establecimiento solicitó a la Dirección General del INPEC la asignación de unidades de guardia (dragoneantes), para apoyar las labores de custodia y vigilancia; que con ese fin el INPEC en Resolución 002910 del 4 de mayo de 2021, determinó y ordenó el traslado de CRISTIAN CAMILO DURAN ZAPATA, por necesidades del servicio, para el EPMSC Puerto Berrío, a un cargo vacante en el mismo nivel, asignándole las funciones que se encuentran establecidas en el Manual de Funciones del INPEC.

Señaló que el referido acto administrativo fue notificado el 11 de mayo de 2021 y fue recurrido por el funcionario, en escrito radicado el 25 de mayo siguiente, alegando afectación a la unidad familiar; que el recurso fue resuelto de manera negativa a través de la Resolución 004744 de 01 de julio de 2021, notificada personalmente el 12 de julio de 2021; y que la necesidad del servicio obedece al cumplimiento del fallo de tutela proferido el 20 de septiembre de 2018 por el Juez Penal del Circuito de Puerto Berrío y al déficit de (15) unidades en el grado de dragoneantes que certificó el Director Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario EPMSC Puerto Berrío, en oficio 2021IE139911 (*pág. 8 a 22, archivo "01DemandaAnexos"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

En audiencia celebrada el 09 de diciembre de 2022, **CRISTIAN CAMILO DURAN ZAPATA** se opuso a las pretensiones. Aceptó la vinculación laboral con el INPEC, su pertenencia a la junta directiva de la ASOCIACIÓN SINDICAL DE PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS ASPEC – SECCIONAL CENTRAL y su calidad de aforado, la existencia de la resolución que regula el traslado de los servidores, la planta global y flexible que existe en el INPEC, la insuficiencia de personal en los diferentes Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON), lo ordenado en el fallo de tutela del 20 de diciembre de 2018, las solicitudes de personal realizada por el Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Puerto Berrío y los actos administrativos relacionados con su traslado. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló la excepción de prescripción.

Adujo que la decisión de su traslado se realizó de manera sesgada dado que en el establecimiento penitenciario “La Modelo”, donde labora, también se presentan necesidades apremiantes de personal, que hay miles de dragoneantes que no ostentan la calidad de directivos sindicales, que durante el año 2022 se han satisfecho las necesidades de personal de varios establecimientos, se han producido varios traslados, sin que se haya conseguido mejorar la prestación del servicio, por lo que considera se trata de un evento antisindical para debilitar la organización a la que pertenece (*min. 01:58, archivo “19Audiencia”*).

En la misma vista pública compareció el representante de la ASOCIACIÓN SINDICAL DE PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS ASPEC, sin que designara apoderado judicial, por lo que no hubo ninguna intervención de la organización sindical.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

(*Min. 17:00, archivo “20SentenciaPrimeraInstancia”*)

El 09 de diciembre de 2021, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: NEGAR el levantamiento del fuero sindical que cobija al señor Cristian Camilo Duran Zapata, como fiscal de la Organización Sindical Penitenciarios y Carcelarios –ASPEC, en consecuencia, no concede el permiso de traslado solicitado. SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. TERCERO: CONSÚLTESE, la presente decisión ante el Superior inmediato, en los en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (…)”.*

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si procedía el levantamiento del fuero sindical del actor, a fin de autorizar el traslado del demandado y si se encontraba demostrada la necesidad del servicio.

Para resolver la Juez indicó que el INPEC no probó la justa causa para que el demandado fuera traslado a Puerto Berrío, dado que en la comunicación donde solicitan el traslado se hace referencia a dragoneantes próximos a salir posesionados de la Escuela Penitenciaria Nacional, aspecto no fue demostrada por la parte actora; que tampoco probó que las personas solicitadas tuvieran determinadas cualidades o calidades y cuántos dragoneantes se encontraban próximos a posesionarse, a fin de establecer si era indispensable u obligatorio el traslado del funcionario, por lo que concluyó que el INPEC debió adelantar las acciones necesarias para trasladar a otros dragoneantes, dado el cargo sindical que ocupa el actor, y acreditar que del total del personal que cuenta con ese grado le impedía cumplir con esa orden sin el traslado del demandado.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN.**

La apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación. Alegó que en todo el expediente se dejó acreditada la necesidad del servicio, sobre la solicitud indicó que, si bien se planteó la posibilidad de trasladar 10 dragoneantes posesionados de la Escuela, la facultad recae en el director y es quien decide hacer el respectivo traslado para cubrir esos requerimientos, por lo que considera que la justa causa si fue certificada.

#### IV. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 117 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

#### V. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho a la demandante a que se autorice el permiso para trasladar a **CRISTIAN CAMILO DURAN ZAPATA** al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario EPMSC Puerto Berrío, atendiendo los argumentos elevados en el recurso de apelación, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y jurisprudencia para ello.

#### VI. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) CRISTIAN CAMILO DURAN ZAPATA** actualmente se encuentra vinculado prestando los servicios al INPEC en el cargo de Dragoneante Código 4114 Grado 11, con una antigüedad de 9 años (*pág. 28, archivo "01DemandaAnexos" y pág. 9, archivo "17PruebasReformaDemandaEnAudiencia"*); **ii) CRISTIAN CAMILO DURAN ZAPATA** hace parte de la junta directiva nacional de la ASOCIACIÓN SINDICAL DE PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS ASPEC en el cargo de Fiscal (*pág. 24, archivo "01DemandaAnexos"*); **iii)** en sentencia de tutela del 19 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío (A) se ordenó al INPEC mediante comunicación del 25 de junio de realizar un estudio de relación entre personal del cuerpo de custodia y la población de internos y a gestionarla creación de cargos necesarios para superar el déficit de personal (*Pág. 50 a 71, archivo "01DemandaAnexos"*); **iv)** mediante comunicaciones del 25 de junio de 2021 y 16 de julio de 2021, el Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Puerto Berrío informó sobre el déficit de dragoneantes y solicitó unidades adicionales (*pág. 72 a 74, archivo "01DemandaAnexos"*); **v)** y por medio de la Resolución 002910 del 04 de mayo de 2021, se ordenó el traslado por necesidades del servicio

del servidor de cuerpo y vigilancia del INPEC CRISTIAN CAMILO DURAN ZAPATA al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Puerto Berrío, acto administrativo confirmado mediante Resolución 004744 del 1° de julio de 2021 pág. 26 a 29,

**- Sobre el Fuero Sindical.**

A fin de proteger el derecho de organización sindical, la normatividad sustancial laboral consagró la existencia de un fuero que protege a ciertos trabajadores por su importancia en la organización sindical, garantía que se elevó a rango constitucional en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991.

El artículo 405 CST define este fuero como la garantía a no ser despedido, desmejorado en sus condiciones de trabajo ni trasladado a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo. A su vez, el artículo 406 CST, determinó cuales trabajadores están amparados, incluyendo los miembros de la junta directiva y subdirectiva de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, así como los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo será efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más.

Respecto la naturaleza y finalidad del fuero sindical, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha precisado que dicho fuero garantiza la calificación judicial previa para despedir, desmejorar las condiciones de trabajo o trasladar a otros establecimientos a aquellos trabajadores señalados en el artículo 406 CST (SL Rad. 15.013 del 27 de febrero de 2001), protegiendo y garantizando los derechos de asociación, de libertad sindical y negociación colectiva (SL5119 de 2018 y SL4818 de 2020). Por su parte, en la sentencia SL13275 de 2016, la misma Corte reiteró que el fuero procura evitar que el empleador perturbe indebidamente la acción legítima de los sindicatos reconocida constitucionalmente, de allí que se haya consagrado un proceso especial para solicitar autorización judicial previa para despedir, trasladar o desmejorar las condiciones de trabajo de aquellos trabajadores aforados o para que en caso de que dichas

acciones hayan sido ya efectuadas sin la respectiva autorización, el trabajador pueda solicitar su reintegro.

Adicionalmente, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha precisado que *“mientras exista nítidamente expuesta la causa del traslado, y el cambio de sitio de trabajo no sea de tal identidad que afecte o desmejore al empleado en las condiciones de trabajo, en su situación personal, social o familiar que han de determinarse para cada caso en particular, es dable entender que esa variación respecto a lo que inicialmente se había sometido al trabajador, obedeció al poder legítimo o facultad que tiene el empleador para ejercer elius variandi, sin que ello implique de ninguna manera una modificación del contrato de trabajo ni violación del mismo y menos violación de derecho alguno, donde es el trabajador el que está sujeto a las conveniencias y necesidades razonables del patrono, y no el empleador a las comodidades o ventajas de su servidor u operario”* (SL 25.103 del 30 de junio de 2005). Resaltado por la Sala.

Pero esa facultad de variar las condiciones iniciales de trabajo, no puede ser ejercido de manera omnímoda y arbitraria, pues tiene sus límites en los derechos propios del trabajador, por lo que su ejercicio siempre ha de obedecer a razones objetivas y válidas, sean de orden técnico u operativo que lo hagan ineludible o, al menos, justificable (CSJ SL 44.155 del 26 de junio de 2012).

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-096 de 2007 expresó que los traslados en la administración pública encuentran su fundamento en las facultades constitucionales de que dispone la administración para satisfacer el interés general, pero que dicha facultad discrecional no es absoluta por cuanto el acto administrativo de traslado debe sujetarse a la Constitución, en especial, al catálogo de derechos fundamentales, así se trate de carreras administrativas especiales.

## **CASO CONCRETO**

En este asunto no hay discusión de que **CRISTIAN CAMILO DURAN ZAPATA** se encuentra vinculado como Dragoneante Código 4114

Grado 11, al servicio del INPEC, y goza de la garantía de fuero sindical por formar parte de la junta directiva, en el cargo de Fiscal, de la ASOCIACIÓN SINDICAL DE PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS ASPEC (parágrafo 1°, artículo 406 CST). Tampoco se discute de la necesidad del fortalecimiento de la planta de personal de cuerpo de custodia y vigilancia en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Puerto Berrío (A), pues así se afirmó en la demanda, fue aceptado por el funcionario demandado y se acreditó en el expediente. La controversia radica en si se acreditaron las causas objetivas suficientes para autorizar el traslado del aforado sindical, conforme con los argumentos expuestos en la alzada.

Al respecto, el Decreto Ley 407 de 1994, *Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*, en su artículo 21 y s.s. regula las situaciones administrativas en las que pueden encontrarse los empleados vinculados regularmente al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, entre otras, la correspondiente al traslado (art. 24). En los artículos 117 y 134 del mismo Decreto se definen quienes son considerados dragoneantes y cuáles sus funciones. Y en artículo 183 *ibidem* determina que la distribución de la planta de personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, le corresponde al director general del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, de acuerdo con las necesidades de los diferentes establecimientos carcelarios.

Conforme con el artículo 24 del Decreto Ley 407 de 1994, se produce traslado cuando el director general del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, mediante resolución, prevé en forma permanente con un miembro del Instituto, un cargo vacante a nivel similar en un establecimiento carcelario, asignándole funciones afines a las que desempeña en el establecimiento de origen.

Se dice en la demanda que la razón por cual se produce el traslado del funcionario del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC (hecho 17) es para darle cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío (A), situación que para la Sala no se encuentra plenamente demostrado en el expediente.

Lo anterior por cuanto en la Resolución 002910 del 04 de mayo de 2021 (*pág. 26 a 29, archivo "01DemandaAnexos"*), no se mencionó que la razón del traslado obedezca al cumplimiento del fallo constitucional, tampoco a la imperiosa necesidad del fortalecimiento de la planta de personal del cuerpo de custodia que se presenta en el EPMSC Puerto Berrío, es decir, no contiene la razón fundamental del traslado. Y a pesar de que se indicó que obedece a necesidades del servicio, no se mencionaron de forma particular y concreta estos aspectos, los cuales debían estar consignados en el documento, sin que este facultado el nominador para acreditar los presupuestos con posterioridad.

Además, en el fallo de tutela aportado al expediente se ordenó la realización de un estudio para determinar la relación óptima que debía existir entre el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia y la población de los internos del EPMSC Puerto Berrío y una vez realizado dicho estudio, se gestionara la creación y la provisión de los cargos necesarios (*Pág. 50 a 71, archivo "01DemandaAnexos"*), análisis y documentos que no se adosaron con la demanda.

Se destaca que los requerimientos para el fortalecimiento de planta de personal en el EPMSC Puerto Berrío, diferente a la acción de tutela, se acreditaron con posterioridad al acto del traslado, esto fue, a partir del 25 de junio de 2021, cuando el Director de dicho Establecimiento le solicitó al Director General del INPEC la designación de 10 unidades de dragoneantes próximos a salir posesionados de la Escuela Penitenciaria Nacional, no solo para suplir las necesidades de planta de personal, sino para dar alcance al fallo de tutela. Allí se informó que esa orden se ha cumplido de forma parcial con el traslado de 10 funcionarios (*pág. 72, archivo "01DemandaAnexos"*). A su vez, en comunicación del 16 de julio de 2021, el director (e) del EPMSC de Puerto Berrío le informó al Grupo de Demandas y Defensa Judicial del INPEC sobre el déficit de personal señalando que contaban tan solo con 23 funcionarios, por lo que requerían de 15 unidades de dragoneantes adicionales (*pág. 73 y 74, archivo "01DemandaAnexos"*). Y en constancia del 28 de noviembre de 2022, el director del EPMSC de Puerto Berrío señaló que contaban con 32 funcionarios del cuerpo de custodia y vigilancia para un establecimiento

que requiere un total de 45 funcionarios, según los puestos y necesidades de servicio (pág. 4, archivo “17PruebasReformaDemandaEnAudiencia”).

Ahora, en la Resolución 004744 del 1° de julio de 2021, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición formulado por el funcionario demandado, se dice que el motivo que condujo a ordenar el traslado es pretender suplir una necesidad del establecimiento de Puerto Berrío que adolece de personal necesario para su correcto funcionamiento. También se indicó que la situación del dragoneante DURAN ZAPATA fue analizada por el comité de traslados, conforme la Resolución 003000 del 22 de agosto de 2012, donde se levantó un acta que detalla cada caso (pág. 35 a 31, archivo “01DemandaAnexos”). Sin embargo, al presente trámite no se aportó copia de la referida acta para conocer las cuestiones particulares que determinaron la selección del Dragoneante CRISTIAN CAMILO DURAN ZAPATA para el traslado de Bogotá a Puerto Berrío y que establecieran que era él y no otros dragoneantes los que cumplían los requisitos para el cambio del lugar de trabajo. Además, en la misma demanda se indicó que “*en la actualidad se vive un serio problema institucional debido al hacinamiento, y con ello la insuficiencia de personal en los diferentes Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON)*” (hecho 7), lo que obligaba al INPEC a acreditar, y no lo hizo, que con ese traslado no se afectaba la prestación del servicio en el establecimiento al que pertenece actualmente el demandado (Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad CPMSC de Bogotá).

Otro aspecto que no se tuvo en cuenta al momento de valorar el traslado de CRISTIAN CAMILO DURAN ZAPATA fue su estado de salud. En efecto, de acuerdo con el concepto de medicina laboral expedido el 12 de enero de 2022, el funcionario presenta alteraciones mentales, las cuales se encuentran en tratamiento con medicamentos especiales que limitan sus capacidades físicas y mentales por la producción de sueño, por lo que le ordenaron reubicación laboral por 9 meses, hasta el 11 de octubre de 2022, continuar con el tratamiento médico del especialista de la EPS, cumplir las recomendaciones y restricciones tanto laborales como extralaborales con el fin de garantizar su proceso de rehabilitación (pág. 10, archivo “17PruebasReformaDemandaEnAudie...”).

Bajo ese escenario, no bastaba con disponer el traslado del dragoneante, junto con el reconocimiento de una prima de instalación y alojamiento, gastos de transporte y derecho a pasajes, sino que, además de incluir las causas objetivas dada la condición de salud del funcionario, se debía determinar si las funciones que iba a cumplir en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Puerto Berrío (A) eran acordes con sus recomendaciones médico-laborales y si se le garantizaba al acceso a su médico tratante, para continuar con su proceso de rehabilitación.

Por otro lado, conforme con el artículo 24 del Decreto Ley 407 de 1994, para que proceda el traslado debe existir una vacante a nivel similar en el establecimiento carcelario de destino. En este caso, no se demostró que en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Puerto Berrío (A) existan vacantes para el cargo de dragoneantes, al contrario, lo acreditado es que se requiere la creación de mayores plazas; tampoco se informó sobre la modificación de la estructura y organización interna del centro de reclusión que hiciera posible el traslado horizontal del servidor. Luego, en estricto sentido, la situación administrativa creada corresponde más a la de una reubicación laboral<sup>1</sup>, no regulada en el Decreto Ley 407 de 1994.

Por tanto, a pesar de demostrarse en el proceso la existencia de la necesidad del fortalecimiento de personal Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Puerto Berrío (A), para la Sala la decisión del traslado obedeció al poder discrecional con el que cuenta el Director General del INPEC, en virtud de lo consagrado en el artículo 183 del Decreto Ley 407 de 1994, la cual en todo caso, no es suficiente para modificar la situación concreta del servidor público amparado con fuero sindical, pues en la Resolución 002910 del 04 de mayo de 2021 no se incluyeron las causas y las razones objetivas de la situación administrativa que conllevara a autorizar el desplazamiento y la prestación de su servicio en otra ciudad.

---

<sup>1</sup> Decreto 1083 de 2015. Artículo 2.2.5.4.6 Reubicación. La reubicación consiste en el cambio de ubicación de un empleo, en otra dependencia de la misma planta global, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones del empleo. La reubicación de un empleo debe responder a necesidades del servicio y se efectuará mediante acto administrativo proferido por el jefe del organismo nominador, o por quien este haya delegado, el cual deberá ser comunicado al empleado que lo desempeña. La reubicación del empleo podrá dar lugar al pago de gastos de desplazamiento y ubicación cuando haya cambio de sede en los mismos términos señalados para el traslado.

Es que, si el acto que dispuso el traslado adolece de razones objetivas y válidas, dicho actuar se podría considerar como una limitación el ejercicio de la actividad sindical de que goza el demandado, en virtud del artículo 39 Constitucional, al trasladarlo a una ciudad distinta de donde realiza las labores inherentes a su cargo como directivo de la ASOCIACIÓN SINDICAL DE PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS ASPEC.

En conclusión, se descartan los argumentos expuestos en la alzada puesto que no se demostró que haya estado debidamente motivada la necesidad del servicio para disponer el traslado del demandado al EPMSC de Puerto Berrío, tampoco la existencia de la vacante en ese centro de reclusión y no se examinó ni se tuvo en cuenta su estado particular de salud, motivos suficientes para confirmar la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

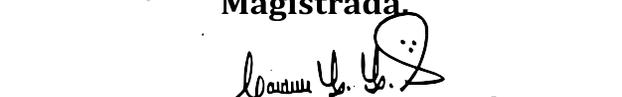
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.24-2019-00520-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por STELLA RAMÍREZ MELANI, en representación de CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ, contra la sentencia del 08 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, declaró probadas las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por COLPENSIONES y condenó en costas a la parte actora (*min. 36:22 archivo "12 CD FOLIO 204 AUDIO AUDIENCIA 08\_02\_2022\_08\_25 PM UTC"*).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**STELLA RAMÍREZ MELANI**, actuando como guardadora y en representación de su hijo **CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ**, interdicto por discapacidad mental absoluta, llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a **NUBIA ALZATE DUQUE**, con el fin de que se declare que tiene derecho

al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Alberto Arango Álvarez (q.e.p.d.), en calidad de hijo inválido, se ordene el pago de las mesadas retroactivas que correspondan y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ nació el 02 de abril de 1982, es hijo de Alberto Arango Álvarez (q.e.p.d.) y padece una discapacidad por retraso mental; que si bien Alberto Arango Álvarez (q.e.p.d.) en sus últimos años de vida no convivió con su hijo, si le otorgaba apoyo económico para su sostenimiento dado que necesita de atención permanente las 24 horas del día; que Alberto Arango Álvarez (q.e.p.d.) falleció el 14 de mayo de 2013 y era pensionado por el ISS hoy COLPENSIONES, por lo que le solicitó a dicha entidad el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de su hijo y ésta le fue negada por no contar con una calificación de pérdida de capacidad laboral.

Manifestó que el 06 de septiembre de 2013, solicitó a COLPENSIONES la calificación, entidad que el 13 de diciembre de 2013 le determinó una PCL del 55.55%, estructurada el 02 de abril de 1982, fecha de su nacimiento, por lo que nuevamente el 28 de enero de 2014 volvió a solicitar la prestación pensional; en Resolución GNR277089 del 05 de agosto de 2014 el fondo de pensiones le negó la pensión argumentando la falta de un proceso de interdicción ante el Juez de Familia; y que una vez presentado el proceso, el Juzgado 31 de Familia de Bogotá, en sentencia del 28 de junio de 2017, declaró la interdicción de CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ y la nombró a ella, en calidad de madre, como su guardadora.

Expresó que solicitó la sustitución pensional en favor de su hijo pero que COLPENSIONES a través de la Resolución SUB36704 del 08 de febrero de 2018 le negó la sustitución pensional argumentando que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Armenia le había ordenado pagar la sustitución pensional a favor de NUBIA ALZATE DUQUE; que presentó recurso de reposición en subsidio apelación contra el citado acto administrativo, los cuales fueron resueltos a través de las resoluciones SUB128383 del 15 de mayo de 2018 y DIR10170 del 25 de mayo de 2018,

donde se confirmó la resolución inicial en todas y cada una de las partes (pág. 82 a 93, archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó la fecha de nacimiento de CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ, el fallecimiento del causante, el dictamen de PCL efectuado al hijo inválido, las solicitudes de pensión de sobrevivientes y los actos administrativos expedidos, y expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. Formuló las excepciones de *falta de integración del litisconsorte necesario*, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, compensación, cobro de lo no debido y la innominada o genérica (pág. 102 a 108 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”).

**NUBIA ALZATE DUQUE** se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó la calidad de hijo del demandante y su discapacidad, la fecha de fallecimiento del causante, las reclamaciones presentadas por el actor, los actos administrativos expedidos por COLPENSIONES y la declaratoria de interdicción de CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *carencia del derecho*, deficiencia probatoria y mínimo esfuerzo de probar el requisito de dependencia económica, inexistencia de la dependencia económica del demandante en vida del pensionado causante y actuación temeraria (pág. 167 a 176 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

(Min. 36:22, archivo “12 CD FOLIO 204 AUDIO AUDIENCIA  
08\_02\_2022\_08\_25 PM UTC”).

El 08 de febrero de 2022, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(...)** **PRIMERO:** ABSOLVER a la Administradora Colombiana De Pensiones COLPENSIONES y a la señora Nubia Sate Duque de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora Stella Ramírez Melani en representación de los intereses del señor Carlos Alberto Arango Ramírez de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente provisto. **SEGUNDO:** DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, declarándose el juzgado relevado del estudio de los demás medios exceptivos. **TERCERO:** CONDENAR en costas de esta instancia al demandante, liquidense por secretaria en la oportunidad procesal correspondiente, para lo cual se estiman las agencias en derecho en la suma de \$50.000 a favor de cada una de las demandadas. **CUARTO:** CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en caso de que no se interponga recurso de apelación contra la presente sentencia por parte del demandante (...)

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ, representado por su progenitora, le asistía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir el 28 de enero de 2014 con ocasión del deceso de Alberto Arango Álvarez (q.e.p.d.) y si procedía el reajuste de la mesada que hoy recibe NUBIA DUQUE ALZATE.

Para resolver indicó que si bien CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ, hijo del causante Alberto Arango Álvarez (q.e.p.d.), cuenta con una calificación el 55.55% estructurada el 02 de abril de 1982 fecha de su nacimiento, en el caso no se verifican los presupuestos necesarios para considerarlo beneficiario de la prestación porque, a pesar de la patología, el accionante en los periodos de diciembre de 2005, mayo y junio de 2012 y diciembre de 2020 estuvo vinculado laboralmente con las sociedades Moreno Vargas S.A y Productividad Empresarias LTDA. quienes le sufragaron aportes a seguridad social y por tanto se desvirtúa la dependencia económica respecto del padre.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación. Para sustentar indicó que en el presente proceso la presunción de dependencia económica no se pudo probar por cuanto el causante duró muchos años en incapacidad e incluso murió en un ancianato y por

ello no podía el demandante depender económicamente y él no le podía suministrar (*min. 37:49 archivo "12 CD FOLIO 204 AUDIO AUDIENCIA 08\_02\_2022\_08\_25 PM UTC"*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal de COLPENSIONES le sustituyó poder al Doctor Iván Darío Cifuentes Martín, identificado con CC 1.023.872.033 y T.P 241.846 del C.S.J., a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos solicitó se confirme el fallo de primera instancia.

Por su parte, la apoderada de la parte actora solicitó se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

El apoderado de NUBIA ALZATE DUQUE no presentó alegatos de conclusión.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66<sup>a</sup> CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ dependía económicamente de su padre Alberto Arango Álvarez (Q.E.P.D) al momento de su fallecimiento y si cumple la calidad de beneficiario de la sustitución pensional en calidad de hijo inválido. En caso afirmativo, si se debe condenar a COLPENSIONES a pagar el 50% del valor de la mesada pensional a su favor y resolver la situación jurídica de NUBIA ALZATE DUQUE, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y jurisprudencia.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** Alberto Arango Méndez (q.e.p.d.) falleció el 14 de mayo de 2013 y era pensionado por el ISS según Resolución 14024 del 1° de enero de 1996, mesada pensional que al retiro de nómina ascendía a la suma de \$1.799.973 (*pág. 21 y 39, archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*); **ii)** CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ nació el 02 de abril de 1982 y es hijo de Alberto Arango Méndez (q.e.p.d.) y STELLA RAMÍREZ MELANI (*pág. 23 y 24, archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*); **iii)** COLPENSIONES a través del dictamen el 13 de diciembre de 2013, le determinó a CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ una PCL del 55.55% con fecha de estructuración 02 de abril de 1982 (*pág. 33 a 37, archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*); **iv)** COLPENSIONES a través de la Resolución GNR277089 del 05 de agosto de 2014 le negó a CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ la sustitución pensional (*pág. 39 a 37 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*), **v)** el Juzgado 31 de Familia de Bogotá mediante sentencia del 28 de junio de 2017 declaró la interdicción de CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ y nombró a la STELLA RAMÍREZ DE ARANGO como su guardadora (*pág. 49 a 52, archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*); **vi)** COLPENSIONES a través de la Resolución SUB36704 del 08 de febrero de 2018 le negó la pensión de sobrevivientes a CARLOS ALBERTO ARANGO MÉNDEZ (*pág. 54 a 57 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*); **vii)** STELLA RAMÍREZ DE ARANGO, en representación de su hijo, el 24 de abril de 2018, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el citado acto administrativo (*pág. 58 a 63, archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*); **viii)** COLPENSIONES a través de las resoluciones SUB128383 del 15 de mayo de 2018 y DIR10170 del 25 de mayo de 2018 confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución SUB36704 del 08 de febrero de 2018 (*pág. 65 a 76 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*); **ix)** COLPENSIONES mediante Resolución GNR 296125 del 07 de noviembre de 2013 le negó la pensión de sobrevivientes a favor de NUBIA ALZATE DUQUE por existir liquidación de la sociedad conyugal (*pág., 69 a 71, archivo GJR-NOT-AF-2018\_10030701-20180816101204, carpeta “04 CD FOLIO 93 CC-24931477EX”*); **x)** mediante sentencia del 25 de noviembre de 2014, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Armenia reconoció sustitución pensional a favor de NUBIA ALZATE DUQUE, en su calidad de cónyuge

supérstite del causante Alberto Arango Méndez (q.e.p.d.), decisión confirmada por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en providencia del 09 de julio de 2015 (*pág. 183 a 185, 209 y 210, archivo GJR-NOT-AF-2018\_10030701-20180816101204, carpeta “04 CD FOLIO 93 CC-24931477EX”*); **xi**) y COLPENSIONES en Resolución GNR 90243 del 30 de marzo de 2016 dio cumplimiento al fallo, reconociendo sustitución pensional a favor de NUBIA ALZATE DUQUE en un porcentaje del 100%, que corresponde a \$2.030.818 para el año 2016 (*pág. 71, archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*).

- **Sobre la pensión de sobrevivientes en favor de los hijos en condición de discapacidad mayores de edad.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (*SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras*).

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el pensionado Alberto Arango Álvarez falleció el 14 de mayo de 2013 (*pág. 21 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*), la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que consagra como beneficiarios de la prestación a los miembros del grupo familiar del pensionado, entre ellos, a los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años que se encuentren incapacitados para trabajar en razón de sus estudios y que dependan económicamente del causante al momento de su muerte y los hijos inválidos que dependan económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de invalidez.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha establecido que para que se cause a favor del hijo inválido

el derecho a la pensión de sobrevivientes es necesario que la dependencia económica y la invalidez se padezca al momento del fallecimiento del causante pues no es otro el sentido de la protección que brinda la seguridad social, a quien, debido a esa condición, tiene que soportar el estado de necesidad creado por el deceso de su progenitor, de quien en ese momento, dependía económicamente. Además, dice la Corte, quien pretenda beneficiarse de la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo inválido debe acreditar el parentesco con el causante, la pérdida de capacidad laboral y la dependencia económica, la cual no requiere ser absoluta sino relativa (*SL 2346 de 2020, SL 3348 de 2021, SL 1704 de 2021*).

- **Sobre la protección de las personas en condición de discapacidad.**

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que hace parte del ordenamiento jurídico Colombiano, en virtud de la aprobación realizada mediante la Ley 1346 de 2009, establece a cargo de los estados el aseguramiento y la promoción del pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna, tomando todas las medidas pertinentes, incluidas, para eliminar aquellas prácticas que puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Igualmente, dispone que los estados deben procurar que este grupo poblacional tenga la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y en entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad, asegurando su acceso en igualdad de condiciones a programas y beneficios de jubilación.

Mediante la Ley 1618 de 2013, cuyo objetivo es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, incluyó el concepto de enfoque diferencial para asegurar que se adelanten acciones ajustadas a las

características particulares de las personas o grupos poblacionales, tendientes a garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos acorde con necesidades de protección propias y específicas. Además, la Ley desarrolló un catálogo de derechos de protección que tienen las personas con discapacidad, entre ellos, el derecho al trabajo,

- **Sobre el poder liberatorio en favor de las entidades de seguridad social.**

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que, ante la declaración o aparición de un nuevo beneficiario, la declaración del derecho se hace desde la fecha de la muerte del afiliado o pensionado, sin embargo, el pago de las mesadas pensionales procede a partir de la mesada dejada de pagar a los demás beneficiarios por cuanto la entidad demandada venía haciendo el pago sin que se hubiere presentado controversia o disputa de beneficiarios para la entidad pensional (*SL 1020 de 2021*).

Pero cuando se han hecho reconocimientos pensionales en favor de otros beneficiarios, recuerda la Corte, el pago de la mesada pensional procede a partir de la ejecutoria de la sentencia o a partir de cuándo se extinguió el derecho reconocido en favor de los otros beneficiarios. Lo anterior, con el fin de no imponer un doble pago a cargo de la entidad demandada por dineros ya desembolsados en favor de otros beneficiarios, pagos efectuados que tienen pleno poder liberatorio a falta de controversia entre beneficiarios. Sin embargo, si se presenta esta controversia, 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 iniciales, 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 (*SL 2200 de 2022, SL 1964 DE 2022 y SL 540 DE 2021*).

## **CASO CONCRETO**

Conforme al precedente normativo y jurisprudencial, para que el hijo inválido tenga derecho a la pensión de sobrevivientes se requiere acreditar el parentesco, la invalidez estructurada con anterioridad al fallecimiento del causante y la dependencia económica, la cual puede ser relativa y no absoluta.

Al revisar las documentales aportadas al proceso encuentra la Sala que CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ nació el 02 de abril de 1982 y es hijo de Alberto Arango Álvarez (q.e.p.d.) (*pág. 23 y 24 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*); igualmente, CARLOS ALBERTO es inválido por cuanto acredita una PCL del 55.55% con fecha de estructuración 02 de abril de 1982 (*pág. 33 a 37 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*) por la enfermedad *retardo mental moderado secundario a hipoxia perinatal* y por ello fue declarado interdicto por el Juzgado 31 de Familia de Bogotá mediante sentencia del 28 de junio de 2017 (*pág. 49 a 52 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*).

Si bien el hijo del causante no estaba calificado al momento del fallecimiento de aquel, aspecto que no fue objeto de controversia, se precisa que su condición médica ya era evidente, según examen clínico de escenografía cerebral practicado el 7 de junio de 1983 y de electroencefalografía de fecha del 11 de noviembre de 1985, lo que es demostrativo que a la fecha del deceso de su padre era un sujeto de especial protección constitucional, no solo por su discapacidad sino por la disminución laboral que le produce su estado de salud.

Por ende, para la Sala CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ acredita los dos requisitos iniciales como los son el parentesco con el causante y la invalidez estructurada con anterioridad al fallecimiento del causante.

Frente al requisito de dependencia económica, sobre el cual gira el argumento de la alzada, y que fue la principal razón que tuvo en cuenta el *a quo* para negar la prestación pensional, se debe precisar lo siguiente:

Según lo manifestado por la guardadora del demandante STELLA RAMÍREZ MELANI en su interrogatorio (*in. 16:58 archivo “07 CD FOLIO 155 AUDIO AUDIENCIA 22-07-2021”*), CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ convivió con su padre hasta la separación, que el causante no le ayudó al demandante desde que salió del colegio en el año 2000, que ella como madre asumía los gastos de su hijo hasta que el empezó a trabajar con unos ingenieros hace 4 o 5 años.

De lo manifestado por la guardadora del demandante se extrae que, en principio, al momento del fallecimiento de Alberto Arango Álvarez (q.e.p.d.) (*pág. 21 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL*), CARLOS ALBERTO no dependía económicamente del causante, por cuanto desde hacía 13 años no le ayudaba *en nada*.

No obstante, a pesar de que la norma establece que el hijo inválido debe demostrar que al momento del fallecimiento de su progenitor dependía económicamente de éste, para la Sala esta regla se tiene que flexibilizar para aquellos hijos que se encuentran en estado de discapacidad mental por una enfermedad congénita, como ocurre en el presente caso donde CARLOS ALBERTO padece de *retardo mental moderado secundario a hipoxia perinatal*. Por tanto, cuando la condición de salud que genera la invalidez es de nacimiento, es indudable que la dependencia económica se debe presumir, porque la persona requiere, si bien no absoluta, de la concurrencia de los padres para su sostenimiento, quienes tienen el deber de socorro señalado en el artículo 251 del Código Civil y porque así se los exige el artículo 42 Constitucional, al consagrar el deber de aquellos de sostener a los hijos mientras sean impedidos.

Ahora, el hecho de que el pensionado al momento de su fallecimiento no estuviera aportando al sostenimiento de su hijo, tal aspecto no desvirtúa que CARLOS ALBERTO no requiriera de su ayuda, que no existiera dependencia económica y tampoco que hubiera cesado la obligación del padre en socorro de su hijo. Debe recordarse que nos encontramos frente a un sujeto de especial protección constitucional por acreditar un estado de invalidez desde su nacimiento y si bien, conforme lo demostrado en el expediente, el progenitor pudo sustraerse de sus

obligaciones, ello no implica que la responsabilidad que tenía con su hijo haya desaparecido.

A pesar de que la parte actora no acreditó con suficiencia la real situación que vivió CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ entre la separación de sus padres y el fallecimiento de este último, dicha circunstancia no tiene la condición suficiente de modificar el estado de dependencia económica en que se encontraba porque, se itera, su estado de salud hace que ésta, además, sea presuntiva.

Adicionalmente, se aportaron al proceso documentos que dan cuenta que CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ laboró para la empresa Productividad Empresarial LTDA. desde el 04 de mayo de 2012 hasta el 30 de junio de 2012 devengando como salario la suma de un SMLMV (*pág. 2 archivo “09 ALLEGAN RESPUESTA DE COMPENSAR”*), que se encuentra vinculado laboralmente con la empresa Moreno Vargas Sociedad Anónima desde el 09 de diciembre de 2020 devengado la suma de un SMLMV mediante contratos de trabajo discontinuos a término fijo desempeñando el cargo de mensajero (*pág. 39 archivo “08 FOLIOS 144 AL 171 201900520”*), que es afiliado de la EPS SANITAS en calidad de trabajador dependiente (*pág. 33 archivo “08 FOLIOS 144 AL 171 201900520”*) y presenta afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A desde el 01 de diciembre de 2005 (*pág. 28 archivo “08 FOLIOS 144 AL 171 201900520”*).

Con relación a este último aspecto, la circunstancia de que el hijo inválido del causante haya laborado o se encuentre laborando, no es una condición que establezca la norma para limitar el acceso de las personas a la sustitución pensional y tampoco que sea un elemento suficiente para destruir la dependencia económica, como erróneamente lo determinó el Juzgado de instancia, por cuanto, según lo acreditado, las relaciones laborales fueron cortas y el único contrato continuo fue celebrado en el año 2020, además, el estado de salud del demandante hace que la dependencia sea presuntiva, por lo que la consecución de un empleo no excluye el derecho a la sustitución, cuando los ingresos no son suficientes para solventar sus necesidades.

No se puede desconocer que en virtud de lo señalado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 1618 de 2013, es deber del Estado adoptar medidas de inclusión social que permitan mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad, entre ellas, el empleo. Por eso, si el demandante ha logrado vincularse al mercado laboral, esas relaciones laborales no son continuas y debido a su condición física y mental puede encontrar barreras para mantener un empleo estable que le permita gozar de suficientes recursos para tener una calidad de vida que le garantice el ejercicio total y efectivo de sus derechos, sin olvidar que su capacidad laboral es reducida y no se puede prever que conserve un estado físico funcional óptimo. Al contrario, las enfermedades congénitas que padece podrían agravar ese estado y aumentar su grado de invalidez.

Por eso, resulta pertinente mencionar que, en concepto de psiquiatría, del 21 de mayo de 2013, la especialista concluyó que, si bien CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ ha logrado una adaptación adecuada, se le dificulta la consecución de un trabajo estable, en parte por sus problemas físicos, por lo que considera que *“es conveniente para el y si desarrollo psico-socio-emocional, contar con una estabilidad económica que le permita lograr mayor dependencia”* sic.

Bajo tales premisas, para el Tribunal concurren los presupuestos señalados en la normatividad para considerar a CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ como beneficiario de la pensión de sobrevivientes, prestación económica que le permitirá llevar de una mejor manera la invalidez que padece, motivo por el cual se revocará la sentencia recurrida.

#### - **Sobre la excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de tres años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez esto ocurre frente a cada mesada. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola

vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 2530 del Código Civil dispone que la prescripción se suspende en favor de los otrora denominados incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría. Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, por lo que debe entenderse que el modificado artículo 2530 del CC contiene un beneficio para determinadas personas a quienes la ley protege, sin importar que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquel incurra, no puede afectar la situación jurídica del representado. *(SL de fecha 11 de diciembre de 1998 radicado No. 11349, reiterada en sentencias SL 10641 de 2014 y SL2836-2022).*

Por lo anterior, atendiendo que CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ es una persona que en su momento fue declarada interdicta mediante sentencia judicial del 28 de junio de 2017 proferida por el Juzgado 31 de Familia de Bogotá (*pág. 49 a 52 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*), no hay lugar a la prescripción del retroactivo pensional. Las demás excepciones formuladas por COLPENSIONES y NUBIA ALZATE DUQUE tampoco encuentran prosperidad dado el estudio del derecho en litigio.

- **Sobre el retroactivo pensional**

NUBIA ALZATE DUQUE actualmente recibe el 100% del valor de la mesada pensional del causante, dicho reconocimiento se hizo en virtud de la Resolución GNR90243 del 30 de marzo de 2016 (*pág. 54 a 57 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”*) donde COLPENSIONES dio cumplimiento a un fallo judicial proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Armenia, confirmado por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia. Sin embargo, es claro que en dicho proceso, radicado el 30 de abril de 2014 (*pág. 146 archivo “GJR-NOT-AF-2018\_10030701-20180816101204”carpeta 03 CD FOLIO 92 CC-*

24931477EX) CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ no fue citado por quien fungió como demandante en esa causa y tampoco por COLPENSIONES, quien ya lo había calificado mediante dictamen del 13 de diciembre de 2013 (pág. 33 a 37 archivo “01 EXPEDIENTE DIGITAL”) y tenía pleno conocimiento sobre su posible derecho pensional, contando con la posibilidad de poner a consideración de la autoridad judicial dicha situación para que fuera llamado a juicio.

En ese sentido, y de acuerdo con el precedente jurisprudencial, ante la falencia de la entidad de seguridad social, el beneficiario reconocido en este asunto no puede asumir dichas consecuencias, más aún cuando COLPENSIONES cuenta con los medios para reclamar a NUBIA ALZATE DUQUE el 50% de las mesadas que le ha venido pagando desde el fallecimiento del pensionado. Por eso, en virtud de lo señalado en la Ley 1204 de 2008, para garantizar la estabilidad del sistema pensional, se declarará que COLPENSIONES puede descontar del valor de la mesada pensional de la señora NUBIA ALZATE DUQUE los valores pagados por el 50% de la mesada pensional que le corresponde al señor CARLOS ALBERTO ARANGO MÉNDEZ o, en su defecto, ejercer las acciones correspondientes.

En consecuencia, se condenará a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional a favor de CARLOS ALBERTO ARANGO MÉNDEZ desde el fallecimiento de Alberto Arango Álvarez (q.e.p.d.) hasta cuando sea incluido en nómina, mesadas que deberán ser indexadas desde su causación hasta su pago y en un porcentaje del 50%, en calidad de hijo inválido del causante. El restante 50% deberá seguir siendo pagado a NUBIA ALZATE DUQUE.

Se aclara que la fecha en que comienza a pagarse la pensión de sobrevivientes se encuentra determinada en la ley, por lo que sobre este tópico no se tiene en cuenta el extremo reclamado por la parte interesada.

Se autorizará a COLPENSIONES a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud del demandante, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha

señalado la H. CSJ en las sentencias SL2425 de 2019, SL4964 de 2020, SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1781 de 2022, entre otras.

Sin costas en las instancias.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO: DECLARAR** que **CARLOS ALBERTO ARANGO MÉNDEZ** tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su padre Alberto Arango Álvarez (q.e.p.d.) en un porcentaje del 50%, en su calidad de hijo en condición de discapacidad.

**TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a **CARLOS ALBERTO ARANGO MÉNDEZ** el retroactivo pensional desde el 14 de mayo de 2013 y hasta cuando se haga la inclusión en nómina, retroactivo que deberá ser indexado conforme al IPC certificado por el DANE. El 50% restante de la prestación deberá seguir siendo pagado a favor de **NUBIA ALZATE DUQUE**. Se **AUTORIZA** a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes a salud a cargo de **CARLOS ALBERTO ARANGO MÉNDEZ**, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

**CUARTO: DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede descontar del valor de la mesada pensional que recibe la señora **NUBIA ALZATE DUQUE** los valores pagados por el 50% de la mesada pensional que le corresponde a **CARLOS ALBERTO ARANGO MÉNDEZ** o, en su defecto, ejercer las acciones correspondientes.

**QUINTO: SIN COSTAS** en las instancias.

**SEXTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.  
**Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con salvamento de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

### **SALVAMENTO DE VOTO**

DEMANDANTE: STELLA RAMIREZ MELANI en representación de CARLOS ALBERTO ARANGO RAMIREZ

DEMANDADA: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – y NUBIA ALZATE DUQUE

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2019 00520 01

### **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

De manera respetuosa, se presenta salvamento de voto por las siguientes razones:

En el presente caso se tramita el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 8 de febrero de 2022, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda.

En la decisión de esta instancia se revoca la sentencia de primera instancia a fin de ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del señor CARLOS ALBERTO ARANGO RAMÍREZ en virtud de su calidad de hijo invalido y con sustento en el concepto de “dependencia presuntiva”.

En el presente caso, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma aplicable por la fecha en que acaeció la muerte del padre del reclamante, se verifica que establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes “los hijos inválidos si dependían económicamente del causante”.

Ya la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado que los requisitos que debe cumplir el que reclama la pensión en calidad de hijo invalido son el parentesco (hijo), pérdida de la capacidad laboral y la dependencia económica al momento del fallecimiento del padre.

En el presente caso, se acredita y se reconoce en la decisión del tribunal que el demandante no dependía económicamente del padre, sino que para ordenar el reconocimiento se trae a colación el concepto de dependencia presunta por ser el hijo persona invalida.

Es de anotar que la dependencia económica exigida en la norma no es la presunta por la condición de invalidez del hijo, sino que esta tiene que ser una dependencia

cierta y no presunta, regular y periódica, y significativa, analizada en los momentos previos al fallecimiento. (sentencia SL14923-2014, rad. 47676, reiterada en sentencia SL 2992-2022 rad. 90973.

En ese orden de ideas, en el expediente no se encuentra primero, que el padre destinara de sus ingresos alguna suma significativa, periódica y cierta para su hijo invalido, máxime si se tiene en cuenta a que pese la fecha de estructuración del estado de invalidez (2 de abril de 1982), ese estado solo se determinó después del fallecimiento del padre que ocurrió el 14 de mayo de 2013, mediante dictamen de fecha 13 de diciembre de 2013; segundo, que el padre fue declarado persona con discapacidad mental absoluta mediante sentencia de 20 de septiembre de 2012, y en el informe rendido por la curadora los ingresos que eran derivados de la pensión de vejez se destinaban en su gran mayoría a medicamentos, sin que se observe de ese informe alguna suma destinada para el hijo.

De tal manera que si bien no se desconoce que el señor Carlos Alberto Arango Ramírez es una persona que tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, que se ha declarado su interdicción, es de anotar que no se puede desconocer que no dependía económicamente de manera real y cierta del padre para el momento previo al fallecimiento, aunado a que no se había establecido el estado de invalidez, y de las pruebas se puede observar que es una persona que pese a las limitaciones físicas ha desempeñado labores en el ámbito laboral que le ha permitido ingresos.

En ese orden de ideas, debió confirmarse la decisión de primera instancia.

  
**ANGEJA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 28 2019 00014 01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por JUAN ANGEL PARDO y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia del 19 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión del demandante en virtud del Acuerdo 049 de 1990, ordenó el pago del retroactivo de las diferencias pensionales a partir del 06 de abril de 2015 por prosperar parcialmente la excepción de prescripción, absolvió al FONCEP y MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL de las pretensiones de la demanda, absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a COLPENSIONES por la suma de \$200.000 (*Min. 40:56 archivo “11001310502820190001400s20220270750 04\_19\_2022 08\_39 PM UTC” carpeta 06AudioSentencia*).

## I. ANTECEDENTES

### DEMANDA

**JUAN ANGEL PARDO** presentó demanda ordinaria laboral, posteriormente reformada, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, MINISTERIO DE DEFENSA y FONCEP** con el fin de que se condene a las demandadas a reajustar la historia laboral para que se realicen los aportes sobre todos los ingresos que fueron constitutivos de salario, que se declare que COLPENSIONES omitió tenerle en cuenta los salarios devengados en el último año de servicios o los últimos años por favorabilidad, que tiene derecho a la reliquidación pensional en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 con el 90%, que no se le tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados, por lo que solicita se condene la indexación la primera mesada pensional, al reconocimiento de la indemnización de perjuicios, incremento por persona a cargo, intereses moratorios, costas y agencias en derecho y condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento factico señaló que devengaba, además de la asignación básica, prima de vacaciones, prima de antigüedad, bonificación por vacaciones, vacaciones compensadas en dinero, prima especial de servicios, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación, auxilio de transporte; que se afilió al ISS, e entidad que le reconoció pensión vejez pero omitió tenerle en cuenta todos los factores salariales y tuvo un IBL inferior al que le correspondía; que responde económicamente por Ana Rita Tirado y la menor María Fernanda López Pardo y que COLPENSIONES le ha causado perjuicios materiales por la suma de 30 SMLMV, perjuicios morales por la suma de 40 SMLMV y por perjuicios de relación (sic) en el equivalente a 25 SMLMV (*pág. 4 a 11 archivo "01Cuaderno1"*).

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, de los hechos aceptó el reconocimiento pensional y la reclamación administrativa, de las demás manifestó no constarle. Como medio de defensa, propuso las excepciones de buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (*pág. 72 a 80 archivo "01Cuaderno1"*).

El **FONCEP** se opuso a las pretensiones de la demanda, de los hechos aceptó la vinculación del demandante y el reconocimiento de la pensión vejez, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. Como medio de defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocer y pagar las pensiones de jubilación o vejez de Foncep, inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción de las mesadas pensionales, pago y compensación, oposición a las pretensiones de indemnización de perjuicios morales y materiales y la innominada o genérica (*pág. 110 a 118 archivo "01Cuaderno1"*).

Mediante providencia del 09 de agosto de 2019, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por no contestada la demanda por parte del MINISTERIO DE DEFENSA (*pág. 110 a 118 archivo "01Cuaderno1"*).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

*(Min. 40:56 archivo "11001310502820190001400..." carpeta 06AudioSentencia).*

El 19 de abril de 2022, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a la reliquidación pensional a favor del señor Juan Ángel Pardo, quien se identifica con la cedula de ciudadanía No.19.135.549 conforme a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 del mismo año, conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO:** CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante el retroactivo pensional causado desde el 06 de abril de 2015 hasta la fecha de la presente sentencia debidamente indexado en la suma de \$2.939.579 y la diferencia pensional que se cause hasta el momento en que sea incluido en debida forma el demandante en nómina de pensionados. **TERCERO:** AUTORIZAR a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo a que tiene derecho el aquí demandante el porcentaje que en derecho corresponde a los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud. **CUARTO:** ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, así como a las demás restantes convocadas, esto es, al FONCEP y MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, respecto de las demás excepciones incoadas en su contra, conforme se dijo en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO:** DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción que fuera formulada por Colpensiones esto es a partir del 06 de abril de 2015 y no probados los demás medios exceptivos propuestos. **SEXTO:** Las costas de esta instancia están a cargo de la demandada Colpensiones, se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de ésta y a favor de la parte actora. **SÉPTIMO:** si no fuere apelada la presente decisión se deberá consultar con el superior en cuanto le resultó adversa a los intereses de Colpensiones”.

El Juzgado fijó el problema jurídico en determinar si resultaba procedente reconocer la prestación de vejez bajo las disposiciones normativas del Acuerdo 049 de 1990 y, por ende, la reliquidación de la pensión de vejez concedida por COLPENSIONES, con una tasa de remplazo del 90% del IBL, la posibilidad de corrección de la historia laboral, si había lugar al reconocimiento del incremento por persona a cargo, la indexación de la primera mesada pensional, intereses moratorios y perjuicios morales y materiales.

Para resolver indicó que las pruebas daban cuenta que los cálculos de la pensión se hicieron conforme los factores salariales del Decreto 1158 de 1994; que para determinar la primera mesada pensional el ingreso base si se actualizó y no se aportó prueba de causación de perjuicios; frente a la reliquidación de la pensión vejez bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990 indicó que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia era procedente la

reliquidación, sumando tiempos públicos y privados, y que al acreditar el actor más de 1.290 semanas tenía derecho a una tasa de remplazo del 90% arrojando como mesada inicial la suma de \$931.578a partir del 01 de noviembre de 2010, tomando como IBL el calculado por COLPENSIONES en la Resolución SUB103544 del 18 de abril de 2018; y sobre los incrementos pensionales manifestó que solo con la sentencia se está dando aplicación al Decreto 758 de 1990 y dicho incremento no opera para los beneficiarios del régimen de transición.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por las pretensiones que le fueron negadas. Para sustentar indicó que el actor cumplió los requisitos en noviembre del año 2010 y la prestación fue reconocida solo hasta el año 2011 y había lugar a unas diferencias de los aportes y por ende a la indexación de la primera mesada pensional; respecto de los perjuicios señaló que por el hecho de no haberse reconocido la prestación en tiempo al trabajador se causaron unos perjuicios a él y a su núcleo familiar; y si bien la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 se hace con base en una nueva jurisprudencia, en todo caso el trabajador era beneficiario del régimen de transición y se había podido reconocer la pensión conforme el Acuerdo 049 de 1990, por lo que considera que procedería los intereses de mora (*Min.43:15 archivo "11001310502820190001400s20220270750 04\_19\_2022 08\_39 PM UTC" carpeta 06AudioSentencia*).

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación de forma parcial contra los ordinales primero y segundo de la sentencia de primera instancia. Para sustentar indicó que, aunque el demandante es beneficiario del régimen de transición, solo cumplió los requisitos para acceder a la pensión vejez bajo las prerrogativas de la Ley 71 de 1988, y que para calcular el IBL se tomó en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994 (*Min.46:07*

archivo "11001310502820190001400s20220270750 04\_19\_2022  
08\_39 PM UTC" carpeta 06AudioSentencia).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de Colpensiones sustituyó poder a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con CC 37.627.008 y T.P 221.228 del C.S.J, a quien se reconoce personería para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos solicitó se revoque la sentencia de primera instancia. Por su parte, el apoderado del FONCEP solicitó se confirme el fallo de primera instancia.

Las demás partes no presentaron alegatos de conclusión.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si al demandante le asiste derecho a la reliquidación de su pensión vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, la procedencia de los perjuicios morales y materiales, intereses moratorios e incrementos por personas a cargo, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales y jurisprudenciales para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** JUAN ANGEL PARDO nació el 01 de noviembre de 1950 (*pág. 29 archivo "01Cuaderno1"*); **ii)** el ISS hoy Colpensiones le reconoció al actor pensión vejez mediante Resolución No.030469 del 26 de septiembre de 2011 en cuantía inicial de \$769.279, a partir del 01 de noviembre de 2010, con un IBL de \$1.025.705 y una tasa de remplazo del 75%, en virtud del régimen de transición (*pág. 01 a 12 archivo "GRF-AAT-PJ-20146600820-2..."carpeta 03ExpAdminColpensiones*); **iii)** el demandante presentó solicitud de reliquidación y prestaciones económicas ante COLPENSIONES el 06 de abril de 2018 bajo radicado 2018\_3820059 (*pág. 30 a 31 archivo "01Cuaderno1"*), ante el Ministerio de Defensa Nacional el 13 de marzo de 2018 (*pág. 35 a 37 archivo "01Cuaderno1"*) y ante el FONCEP el 13 de marzo de 2018 (*pág. 40 a 43 archivo "01Cuaderno1"*); **iv)** COLPENSIONES a través de Resolución SUB103544 del 18 de abril de 2018 reliquidó la pensión vejez al demandante bajo las prerrogativas de la Ley 71 de 1988 con un IBL al 2010 de \$1.035.087 y una tasa de remplazo del 75% arrojando como mesada pensional al 2015 la suma de \$899.333 pesos (*pág. 52 a 60 archivo "01Cuaderno1"*); **v)** y JUAN ANGEL PARDO cotizó en toda su vida laboral 1.290 semanas (*pág. 52 a 60 archivo "01Cuaderno1"*).

**- Sobre la indexación de la primera mesada pensional**

La posición actual, sostenida y pacífica, tanto de la H. Corte Constitucional como de la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ, señala que procede la indexación de la primera mesada pensional, con independencia de si la fecha de reconocimiento pensional lo fue con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 o de la Ley 100 de 1993, tal y como hasido expuesto en las sentencias SU-1073 de 2012, SL rad. 514035 del 5 de junio de 2012, SL698 de 2013, SL4106 de 2014, SL1361 de 2015, SL13076 de 2016, SL3191 de 2018, SL2880 de 2019, SL649 de 2020, SL1222 de 2021, SL2950 de 2021, entre otras.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha hecho énfasis de que la indexación de la primera mesada pensional procede cuando entre el retiro del servicio y el goce de la prestación existe una solución de continuidad que genere un desmedro del valor adquisitivo de la base salarial sobre la cual se calculó el valor de la pensión, caso en el cual se actualizará dicho índice multiplicando el valor del salario por el cociente que resulta de dividir el IPC final (estructuración del derecho) sobre el IPC inicial (fecha del último salario o desvinculación), correspondiendo dichos índices a los del 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, tal y como reafirmó la alta Corporación en las sentencias SL4629 de 2016, SL1367 de 2020, SL3612 de 2020, entre otras.

Así las cosas y teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial referido, se advierte que la indexación de una pensión o el ajuste con corrección monetaria de la base sobre la cual se liquida la primera mesada procede únicamente cuando ha transcurrido un periodo de tiempo entre la fecha en que se reconoció la prestación con una base salarial y la fecha en que se va a pagar la primera mesada. Para esta situación, la indexación ajusta el valor del salario que recibía el trabajador a los cambios que pudieran afectar su capacidad de compra

por la inflación que ocurra entre la fecha del retiro y la fecha en que se paga la primera mesada.

En el caso bajo estudio, la parte actora indica que tiene derecho a la indexación de la primera mesada pensional porque cumplió los requisitos en noviembre del año 2010 y la prestación fue reconocida solo hasta el año 2011. Al analizar la Resolución mediante la cual se liquidó la pensión del demandante (*pág. 1 a 12 archivo “GRF-AAT-PJ-2014 6600820-20140814052254” carpeta 03ExpAdminColpensioes*) el ISS, hoy COLPENSIONES, le reconoció la prestación por vejez con carácter retroactivo y le determinó como mesada pensional al año 2010, fecha del reconocimiento pensional, la suma de \$769.279, teniendo como Ingreso Base de Liquidación – IBL la cantidad de \$1.025.705, calculado sobre los últimos 10 años efectivamente cotizados, actualizados conforme con el IPC de cada año, según se observa en la hoja de prueba por medio de la cual el ISS liquidó la pensión de vejez del demandante (*pág. 16 a 21 archivo expediente JUAN ANGEL PARDO, carpeta “02ExpFoncep”*).

Por tanto, es contundente el haz probatorio en demostrar que los salarios utilizados para liquidar la pensión de vejez fueron actualizados para la fecha del reconocimiento inicial. Además, la parte interesada no probó con suficiencia cuáles de los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994 fueron devengados y a su vez no se tuvieron en cuenta en su momento por los empleadores para efectuar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, que le permitieran incrementar la base salarial y mejorar el monto de la prestación económica por vejez, lo que descarta el planteamiento del recurrente.

**- Sobre el incremento pensional por personas a cargo**

Para resolver la controversia, advierte la Sala que la H. Corte Constitucional mediante sentencia SU140 de 2019, dispuso:

*“con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994”.*

Al efecto, conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL2061-2021 acogió el criterio definido en la sentencia citada precedentemente, en el sentido de indicar que por la derogatoria orgánica de que fue objeto el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no es procedente ordenar estos incrementos. Señaló además la Corte que de todas formas el reconocimiento de este derecho resulta incompatible con el contenido del artículo 48 de la Constitución Política luego de la reforma que realizó el Acto legislativo 01 de 2005, pues bajo este escenario solo es posible su reconocimiento cuando se trate de un derecho adquirido antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo, razón por la cual, se confirmará la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados, pues tampoco se acreditó que el derecho pensional del demandante se hubiera causado antes del 1 de abril de 1994.

**- Sobre la reliquidación de la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990.**

La Corte Suprema de Justicia a partir de las sentencias SL1947 de 2020 y SL1981 de 2020, cambió su línea jurisprudencial en el sentido de establecer que los beneficiarios del régimen de transición

pueden obtener la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, contabilizando semanas cotizadas o tiempos de servicios no cotizados con empleadores públicos y servicios cotizados con empleadores privados, criterio que ha sido reiterado en sentencias SL185 de 2021, SL2061- 2021 y SL3484-2022, entre otras. Por ende, si un afiliado beneficiario del régimen de transición reúne los requisitos de pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, sin importar si son semanas por servicios públicos o privados, sufragadas o no a una caja, tiene derecho a la aplicación de dicha normativa y a la tasa de remplazo conforme al artículo 20 *ibidem*.

En el presente caso no está en discusión que JUAN ANGEL PARDO fue pensionado por el ISS hoy Colpensiones, por ser beneficiario del régimen de transición, mediante Resolución No. 030469 del 26 de septiembre de 2011 y que la misma fue reliquidada a través de la Resolución SUB103544 del 18 de abril de 2018, en la cual se tuvo en cuenta un IBL de \$1.035.087 y una tasa de remplazo del 75%, lo que generó como mesada pensional al 2015 el valor de \$899.333 (*pág. 52 a 60 archivo "01Cuaderno1"*).

Teniendo en cuenta los referidos actos administrativos, para la Sala es claro que el actor acreditó la afectiva prestación del servicio ante en entidades de carácter público así como en empresas de carácter privado, aportes de estos últimos que fueron depositados en el ISS, donde el demandante se había afiliado desde el 18 de febrero de 1972, según historia laboral que obra en el expediente pensional aportado por COLPENSIONES.

Por tanto, en aplicación del criterio jurisprudencial reseñado, es viable reliquidar la pensión de vejez del demandante conforme al Acuerdo 049 de 1990, en un 90% del IBL al acreditar más de 1.250 semanas cotizadas, lo que desvirtúa el argumento de apelación de COLPENSIONES, advirtiendo que las diferencias que se generen entre el reconocimiento que se efectúa en este proceso con las mesadas

pagadas con ocasión de la reliquidación realizada por COLPENSIONES, las deberá efectuar dicha demandada o el *a quo* en su oportunidad procesal, atendiendo que aún se desconoce la fecha en que se pagará la prestación económica, por lo que se modificará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia.

- **Sobre la excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez (o reliquidaciones como es el caso) esto ocurre frente a cada mesada. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Se advierte que el actor solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de la pensión de vejez el 06 de abril de 2018 bajo radicado 2018\_3820059 (*pág. 30 a 31 archivo "01Cuaderno1"*); y presentó la demanda el 19 de diciembre de 2018 (*pág. 61 archivo "01Cuaderno1"*), es decir, más allá de los tres años que establece la norma, contados desde la firmeza de la Resolución 030469 del 26 de septiembre de 2011, por lo que es fácil concluir que las diferencias en las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 06 de abril de 2015 se encuentran prescritas, tal y como lo determinó el *a quo*, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la

Superintendencia Financiera de Colombia. Para que surja la obligación se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que dichos intereses son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la administradora de pensiones (SL1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022, entre otras). Igualmente, el Tribunal de cierre ha establecido que tratándose de pensiones reconocidas conforme al Acuerdo 049 de 1990, al hacer parte del Sistema General de Pensiones, resultan procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (SL 4011 de 2019, SL 1243 de 2019, SL 1681 de 2020 y SL 1190 de 2022).

Además, el precedente ha establecido que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 son procedentes por omisión en el pago de reajustes de una pensión, puesto que el legislador no distingue clase, fuente u otras calidades de la pensión, ni limita los intereses a que se adeude la totalidad de la mesada (SL3130-2020, SL1023-2021, SL3975 de 2022, entre otras).

Sin embargo, la misma Corporación ha determinado que de forma excepcional no procede su condena cuando, por ejemplo, el reconocimiento pensional se efectúa con ocasión de un cambio jurisprudencial (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras).

Bajo este presupuesto, se tiene que la reclamación prestacional se hizo 06 de abril de 2018 fecha para la cual aún no estaba vigente la línea jurisprudencial relacionada con la acumulación de tiempos públicos, cotizados o no cotizados, con aportes privados, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990. Y si bien en el año 2014 hubo una sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional en ese sentido (SU

769 de 2014), solo hasta el año 2020 el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria adoptó el mismo criterio, razón por la cual para el presente caso no es posible imputarle mora alguna al fondo de pensiones público, motivo por el cual fue acertada la absolución impartida por la juez de primera instancia.

Tampoco le asiste razón a la parte actora en señalar que para el año 2010 ya cumplía los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 para ser beneficiario de la pensión de vejez, puesto que conforme con la historia laboral, sumando únicamente cotizaciones realizadas en el ISS, no tenían reunidas 1.000 semanas en cualquier tiempo o 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores a la fecha en que JUAN ANGEL PARDO cumplió 60 años de edad.

Finalmente, en el plenario no hay prueba alguna sobre perjuicios morales causados al demandante y a su núcleo familiar, y que dichos perjuicios tengan nexo de causalidad o hayan sido generados por la falta de reliquidación de la pensión vejez. En todo caso, frente a los perjuicios materiales debe decirse que con la presente sentencia se entienden satisfechos ya que se otorgó retroactivo de las diferencias pensionales dejadas de percibir, descontando por supuesto aquellas diferencias que fueron cobijadas por el fenómeno de la prescripción.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante las diferencias en mesadas pensionales que se generen desde el 06 de abril de 2015 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, debidamente indexadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**CUARTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 29 2021 00241 01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 09 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a las demandas de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora en cuantía de \$100.000 (46:21 *archivo "17AudioAudienciaart.77y80CPLySS"*).

**I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA**

**CARMEN GUTIÉRREZ ÁLVAREZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **ACERÍAS PAZ DEL RÍO** con el fin de que se declare que en calidad de cónyuge sobreviviente de Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) tiene la calidad de jubilada por ACERÍAS PAZDEL RÍO por haber adquirido el status antes del 17 de octubre de

1985, que la pensión de jubilación reconocida por ACERÍAS PAZ DEL RÍO es de carácter compatible con la pensión legal reconocida al causante por el ISS hoy Colpensiones, que ACERÍAS PAZ DEL RÍO debe pagar los aportes pensionales hasta cuando el causante cumplió los requisitos para pensionarse en el ISS hoy Colpensiones, por lo que solicita se condene a reanudar el pago de la pensión convencional, junto con los intereses moratorios.

Como fundamento fáctico señaló que Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) laboró para ACERÍAS PAZ DEL RÍO desde el 01 de enero de 1967, por espacio de 5.173 días, empresa que le reconoció pensión convencional mediante comunicación No. 271763 a partir del 02 de marzo de 1981, en cuantía inicial de \$ 11.735,45, valor del cual se descontaba el 3% con destino al ISS; que el ISS hoy COLPENSIONES a través de Resolución No. 02538 del 20 de agosto de 1990 le reconoció a Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) la pensión legal de vejez; que elevó ante las demandadas reclamación administrativa solicitando la compatibilidad pensiónal el 09 de junio de 2017 y que Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) falleció el 02 de agosto de 2019 (*pág. 1 a 11 archivo "01Demanda"*).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se inhibió de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda al considerar no estar dirigidas en su contra, de los hechos manifestó no constarle. Como medio de defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho oficiosa, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe y la innominada o genérica (*pág. 2 a 10 archivo "06ContestacionDemandaColpensiones20210708"*).

**ACERÍAS PAZ DEL RÍO** se opuso a las pretensiones de la demanda, de los hechos aceptó la vinculación del trabajador, el

reconocimiento de la pensión jubilación extralegal, el reconocimiento de la pensión legal por el ISS hoy Colpensiones, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. Como medio de defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción, buena fe y la innominada o genérica (pág. 2 a 26 Archivo “08ContestacionAceríasPazdelRÍO”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

(Min.46:21 archivo “17AudioAudienciaart.77y80CPLYSS”).

El 09 de marzo de 2022, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ACERÍAS PAZ DEL RÍO S.A. representada legalmente por su gerente o quien haga sus veces, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante señora CARMEN GUTIÉRREZ ÁLVAREZ. **SEGUNDO:** CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS. **TERCERO:** CONDENAR en costas a la demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000”.

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si la demandada ACERÍAS PAZ DEL RÍO debía pagar los aportes a pensión desde que Pascual Cáceres (q.e.p.d.) fue pensionado de manera convencional en 1981, hasta que fue pensionado por el ISS hoy Colpensiones en el año 1991, si la empresa ACERÍAS PAZ DEL RÍO debía reanudar el pago de la pensión de jubilación por no tener el carácter de compartida, determinar si Colpensiones debía continuar pagando la pensión de vejez y la procedencia del pago de intereses moratorios.

Para resolver indicó que al causante le fue reconocida una pensión convencional en 1981 y el artículo 73 de la Convención Colectiva de Trabajo establecía que la pensión era de carácter compartida con el ISS, y si bien las pensiones causadas antes del 17 de octubre de 1985 son compatibles, en el presente caso sucedió lo

contrario. Frente a la solicitud del pago de aportes pensionales indicó que para la época en que ACERÍAS PAZ DEL RÍO le reconoció la pensión jubilación a Pascual Cáceres éste ya contaba con las semanas necesarias para pensionarse en el ISS, no siendo viable acceder a las pretensiones.

### **III. RECURSO DE APELACION**

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Para sustentar indicó que ACERÍAS PAZ DEL RÍO no cumplió con su obligación impuesta en el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985 y el Acuerdo 049 de 1990, en sus artículos 15 a 17, y era ella quien debía pagar la cotización mientras se pagaba la pensión convencional, la cual considera es compatible con la prestación por vejez reconocida por el ISS, por cuanto se causó con anterioridad al 02 de octubre de 1985 cuando entró a regir el Acuerdo 029 de 1985 (*47:00 archivo "17AudioAudienciaart.77y80CPLYSS"*).

### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de ACERÍAS PAZ DEL RÍO solicitó se confirme el fallo de primera instancia. Por su parte, el apoderado de la parte actora en su escrito de alegatos solicitó se revoque el fallo de primera instancia y se accedan a las pretensiones, indicando que la pensión extralegal al haber sido reconocida antes del 02 de octubre de 1985 tiene el carácter de compatible con la pensión legal reconocida por el ISS hoy Colpensiones. COLPENSIONES no presentó alegatos de conclusión.

### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si ACERÍAS PAZ DEL RÍO tiene la obligación de sufragar los aportes a pensión desde la fecha en que le fue reconocida la pensión extralegal a favor de Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) hasta cuando fue pensionado por el ISS y si dicha pensión extralegal tiene el carácter de compatible con la pensión legal reconocida por el ISS hoy Colpensiones.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** ACERÍAS PAZ DEL RÍO le reconoció a Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) pensión de jubilación extralegal en cuantía de \$11.735,45 a partir del 02 de marzo de 1981 (*pág. 19 archivo “01Demanda”*); **ii)** el ISS hoy COLPENSIONES a través de Resolución No.02538 del 20 de agosto de 1991 le reconoció a Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) pensión legal de vejez a partir del 21 de septiembre de 1990 en cuantía de \$41.025 (*pág. 33 a 35 archivo “01Demanda”*); **iii)** ACERÍAS PAZ DEL RÍO cotizó en favor del pensionado un total de 739 semanas (*pág. 33 a 35 archivo “01Demanda”*); **iv)** Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) falleció el 02 de agosto de 2019 (*pág. 43 archivo “01Demanda”*); **v)** y COLPENSIONES por medio de la Resolución SUB271987 del 02 de octubre de 2019 le reconoció a CARMEN GUTIÉRREZ ÁLVAREZ la sustitución pensional por el deceso de Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) (*pág. 37 a 42 archivo “01Demanda”*).

### - **Sobre la compatibilidad entre la pensión convencional y la pensión legal**

El Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, en su artículo 5°, dispuso que las pensiones extralegales causadas a partir del 17 de octubre de 1985 son de carácter compartido, salvo estipulación en contrario, e impuso la obligación a los empleadores registrados en el ISS a que continuaran cotizando a pensión hasta cuando el trabajador cumpliera los requisitos para acceder a la prestación legal.

Por su parte, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establece que los empleadores que reconozcan pensiones extralegales con posterioridad al 17 de octubre de 1985 continuarán cotizando al seguro social hasta cuando el trabajador cumpla los requisitos para acceder a la pensión legal y a partir de allí continuará pagando el mayor valor si lo hubiere, aclarando que la pensión no será de carácter compartido si en la respectiva convención colectiva así lo hayan dispuesto las partes.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que las pensiones extralegales reconocidas con anterioridad al 17 de octubre de 1985 son compatibles, salvo estipulación convencional en contrario, y las causadas con posterioridad a esa misma fecha son compartidas, salvo estipulación convencional en contrario (SL4555 de 2020, SL4335 de 2021 y SL3846 de 2022).

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no está en discusión que la pensión de jubilación convencional reconocida por ACERÍAS PAZ DEL RÍO a su trabajador Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) se causó con anterioridad al 17 de octubre de 1985 (*pág. 19 archivo “01Demanda”*), tampoco que Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) falleció el 02 de agosto de 2019 (*pág. 43 archivo “01Demanda”*) y que CARMEN GUTIÉRREZ ÁLVAREZ disfruta actualmente de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del causante (*pág. 37 a 42 archivo “01Demanda”*).

Así, pasa la Sala a determinar si ACERÍAS PAZ DEL RÍO incumplió con su obligación de seguir cotizando en favor del causante ante el ISS hoy COLPENSIONES y si la pensión extralegal del causante es de carácter compartido o si es compatible con la pensión legal reconocida por el ISS hoy Colpensiones.

Frente a este punto objeto de alzada, por regla general la obligación del empleador de continuar cotizando al ISS hoy COLPENSIONES en favor del trabajador se extiende hasta cuando éste

acredite los requisitos para tener derecho a la pensión legal de vejez; en el caso del causante Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) es claro que si bien ACERÍAS PAZ DEL RÍO no realizó las cotizaciones a pensión con posterioridad al reconocimiento de la prestación convencional (*certificación del 12 de julio de 2021, archivo 2, carpeta “09Pruebas y Anexos Cont Acerias”*), dicha circunstancia no desvirtúa el carácter compatible de la prestación, conforme se expresará más adelante, circunstancia que era de pleno conocimiento del pensionado, pues así se lo informó el empleador en comunicaciones del 6 de febrero de 1981 (pág. 20 archivo “01demanda”) y 15 de junio de 1990 (archivo 12 carpeta “09Pruebas y Anexos Cont Acerias”), donde le advirtió que ACERÍAS cubriría solamente la diferencia entre la pensión extralegal recibida y la que le fuera reconocida por el ISS.

Se resalta que Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.) acreditó las semanas necesarias para la pensión legal de vejez a la fecha de terminación del contrato de trabajo, lo que conllevó a que el ISS hoy COLPENSIONES, a través de la Resolución No.02538 del 20 de agosto de 1991 (*pág. 33 a 35 archivo “01Demanda”*), le reconociera esta prestación legal. No obstante, no fue objeto de pedimento en este proceso que de haberse realizado los aportes a pensión desde 1981 hasta 1990 habría mejorado el valor de la mesada pensional reconocida por el ISS y tampoco se probó que existiera el deber de seguir cotizando por parte del trabajador y la obligación de la empresa de pagar estas cuotas, en virtud de la norma convencional.

Frente a la figura de la compatibilidad pensional, al haber sido reconocida la pensión convencional con anterioridad al 17 de octubre de 1985, en principio la misma es compatible con la pensión legal reconocida por el ISS, salvo estipulación expresa en contrario en la convención colectiva, laudo arbitral o acuerdo entre el empleador y trabajador.

Por tanto, la Sala se remite a la Convención Colectiva suscrita entre ACERÍAS PAZ DEL RÍO y el Sindicato de sus trabajadores el 21 de abril de 1981, con vigencia entre enero de 1981- diciembre de 1982,

que contiene la respectiva constancia de depósito (pág. 2 a 129 archivo “1. Convención 1981-1982” carpeta 09PruebasAnexosContACERÍAS) y en virtud de la cual le fue reconocida la pensión extralegal a Pascual Cáceres Miranda (q.e.p.d.). En su cláusula 73<sup>a</sup> reza lo siguiente:

*“...la empresa reconocerá pensión de jubilación a sus trabajadores en las cuantías, a las edades y con el tiempo de servicios fijados en el código sustantivo del trabajo, **siempre y cuando la pensión pueda ser compartida con el Instituto de Seguros Sociales**, bien porque el trabajador haya pagado las semanas de cotización exigidas o porque tenga derecho a seguir cotizando para el riesgo de vejez...*

*... en cuanto el trabajador deba seguir cotizando o el ISS admita que cotice, es su obligación, así como de la empresa, pagar estas cuotas...*

*... al retiro de la empresa, el trabajador beneficiario con una pensión o con derecho a beneficiarse de ella apenas cumpla la edad requerida deberá continuar cotizando al seguro social para el riesgo de vejez a efecto de que una vez el Instituto otorgue la pensión, la empresa solamente queda obligada a cubrir el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto (pensión básica más acrecimientos) y la que venía siendo pagada por la empresa...”* (negrilla y subrayado de la Sala).

Conforme a esta cláusula convencional, para la Sala es claro que las partes expresamente manifestaron su voluntad respecto de la naturaleza de la pensión de jubilación extralegal, esto es, su carácter compartible con la prestación legal reconocida por el ISS, generándose la obligación para el empleador de pagar el mayor valor si lo hubiere, lo que descarta el planteamiento realizado por el recurrente y, por ende, la prosperidad de los pedimentos.

Las anteriores razones son suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

**RESUELVE**

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

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**TERCERO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.32-2019-00206-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de las señoras **MARTHA LILIANA ROMERO DE TOVAR** y **MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS** sobre la sentencia del 28 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, quien declaró que **ELIECER LIMAS PATIÑO** es beneficiario de la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo inválido de Heli Limas Pérez (q.e.p.d.), absolvió a **COLPENSIONES** de las pretensiones incoadas por **MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR** y se abstuvo de condenar en costas (*min. 25:01 archivo "25AudienciaTramiteJuzgamiento28Abril2022(2Parte)"*)

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que fuera condenada al reconocimiento y pago

de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Heli Limas Pérez (q.e.p.d.), junto con el correspondiente retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación.

Fundamentó sus pretensiones en que solicitó la pensión de sobrevivientes a COLPENSIONES por el fallecimiento del pensionado Heli Limas Pérez ocurrido el 28 de abril de 2018, entidad que le negó la prestación argumentando la falta de convivencia; que MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS y ELIECER LIMAS PATIÑO también solicitaron la pensión de sobrevivientes; que presentó a COLPENSIONES escritura pública de disolución y liquidación de la sociedad conyugal entre MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS y el causante y nuevamente la demandada negó el beneficio (*pág. 3 a 5 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”, carpeta “01PROCESODIGITALIZADOCSJ”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

**MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS y ELIECER LIMAS PATIÑO** fueron vinculados al proceso, como litis consortes necesarios, mediante auto del 13 de mayo de 2019 (*pág. 119 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”, carpeta “01PROCESODIGITALIZADOCSJ”*).

**MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS** se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó la fecha de fallecimiento del causante, la negativa de la pensión de sobrevivientes por parte de COLPENSIONES, la solicitud presentada por ella y por ELIECER LIMAS PATIÑO, de los demás hechos manifestó no constarle. Formuló como excepciones las de *vínculo matrimonial vigente con mi poderdante*, falta de los requisitos legales para acceder a la sustitución pensional, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, falta del concepto de familia respecto de la demandante con el causante, inexistencia de la obligación, falta de condiciones fácticas y legales para pedir, afectación del mínimo vital del hijo interdicto y

discapacitado y la innominada o genérica (pág. 197 a 204 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”, carpeta “01PROCESODIGITALIZADOCSJ”).

Marco Alirio Limas Patiño, actuando como hermano y guardador del interdicto por discapacidad mental **ELIECER LIMAS PATIÑO**, se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó la fecha de fallecimiento del causante, la negativa de la pensión de sobrevivientes por parte de COLPENSIONES y la solicitud presentada a favor del discapacitado, de los demás hechos expresó no ser ciertos o no constarle. Formuló como excepciones las de *vicio del consentimiento en la convivencia*, vicio del consentimiento al momento de firmar documentos, maltratos físicos, verbales, psicológicos, sexuales y económicos, fraude procesal para engañar al estado, violación de los derechos fundamentales de la tercera edad, simulación de los requisitos de convivencia ayuda y socorro mutuo y la innominada o genérica (pág. 214 a 224 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”, carpeta “01PROCESODIGITALIZADOCSJ”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la radicación de las solicitudes presentadas por la demandante, por **MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS** y **ELIECER LIMAS PÉREZ**, la fecha de fallecimiento del causante y la negativa al reconocimiento la pensión de sobrevivientes. Expresó que los demás hechos no eran ciertos, formuló como excepciones las de *buena fe*, compensación, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación y la innominada o genérica (pág. 312 a 318 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”, carpeta “01PROCESODIGITALIZADOCSJ”).

## • INTERVENCIÓN AD EXCLUDEMUM

Marco Alirio Limas Patiño, actuando como guardador del interdicto por discapacidad mental **ELIECER LIMAS PATIÑO**, presentó demanda *ad excludendum* con el fin de que se condene a COLPENSIONES a pagarle a Eliecer la sustitución pensional por la muerte de Heli Limas Pérez (q.e.p.d.), en calidad de hijo inválido, junto con el retroactivo pensional a partir del 01 de abril de 2018, intereses moratorios e indexación.

Fundamentó sus pretensiones en que Heli Limas Pérez (q.e.p.d.) ostentaba la calidad de pensionado y falleció el 28 de abril de 2018, que Eliecer es hijo de MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS y Heli Limas Pérez (q.e.p.d.), nació el 14 de julio de 1965, padece discapacidad mental congénita y dependía del causante hasta el fallecimiento de éste; que COLPENSIONES le calificó una PCL del 60% estructurada desde su nacimiento y mediante Resolución SUB 228628 del 29 de agosto de 2018 dejó en suspenso el reconocimiento de la sustitución pensional (*pág. 290 a 296 y 332 a 338 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”, carpeta “01PROCESODIGITALIZADOCSJ”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la calidad de pensionado del causante y su fecha de fallecimiento, el dictamen de PCL y la resolución que dejó en suspenso la pensión de sobrevivientes, expresó que los demás hechos no le constaban. Formuló como excepciones las de *inexistencia del derecho reclamado*, prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, 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 (pág. 344 a 353 archivo  
“11001310503220190020600\_C001.PDF”, carpeta  
“01PROCESODIGITALIZADOCSJ”).

**MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR** se opuso a las pretensiones. Aceptó la calidad de pensionado del causante y la fecha de fallecimiento, la calidad de hijo del demandante de Heli Limas Pérez (q.e.p.d.), expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. Formuló como excepción la de inexistencia del derecho reclamado (pág. 360 a 362 y 373 a 475 archivo  
“11001310503220190020600\_C001.PDF”, carpeta  
“01PROCESODIGITALIZADOCSJ”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 25:01 archivo “25AudienciaTramiteJuzgamiento...”).

El 28 de abril de 2022, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** DECLARAR probada la excepción de la inexistencia del derecho reclamado formulada por COLPENSIONES frente a la demanda presentada por la señora Martha Liliana Romero Tovar y declarar probada la excepción de inexistencia de intereses moratorios e indexación frente a la demanda ad excludendum conforme las consideraciones expuestas. **SEGUNDO:** DECLARAR que el señor Eliecer Limas Patiño tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su calidad de hijo inválido con ocasión al fallecimiento de su señor padre Heli Limas Pérez. **TERCERO:** ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por la señora Martha Liliana Romero Tovar y de las demás formuladas en la demanda ad excludendum. **CUARTO:** SIN COSTAS en la presente actuación. **QUINTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión y al ser desfavorable a la demandante remítase al superior en grado jurisdiccional de consulta”.

El juzgado fijó como problema jurídico determinar quiénes tenían derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del pensionado Heli Limas Pérez (q.e.p.d.), la procedencia de intereses moratorios, indexación y el pago de un eventual retroactivo.

Para resolver indicó que el vínculo matrimonial entre MARÍA DEL CARMEN PATIÑO y Heli Limas Pérez (q.e.p.d.) se encontraba vigente hasta el fallecimiento de éste; frente al matrimonio de MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR, conforme el artículo 140 numeral 12 del Código Civil, señaló que el mismo era nulo por cuanto existía un vínculo matrimonial anterior y por ende no podía ser tenido en cuenta, por tanto MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR ostentaba la calidad de compañera permanente y si bien MARTHA había convivido más de 12 años con el causante, no se acreditó que dicha convivencia haya sido continua en los cinco años anteriores a la muerte, lo que descartaba su calidad de beneficiaria.

Frente a la señora MARÍA DEL CARMEN PATIÑO indicó que existió una liquidación de la sociedad conyugal y separación de hecho por lo tanto tampoco le asistía derecho a la sustitución.

Y respecto del interdicto ELIECER LIMAS PATIÑO advirtió que COLPENSIONES le había reconocido la pensión de sobrevivientes mediante la Resolución SUB312353 del 14 de noviembre de 2019 en un 100% y le pagó el respectivo retroactivo pensional, que en el proceso estaba demostrada la filiación, la condición de invalidez calificada por COLPENSIONES desde el nacimiento y por tanto le asistía el derecho a la sustitución pensional que ya había sido realizada por el fondo demandado.

### **III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Atendiendo a que la sentencia de primera instancia es adversa a los intereses de la demandante MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR y la vinculada ad *excludendum* MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS es procedente el grado jurisdiccional de consulta a su favor, conforme el artículo 69 del CPTSS.

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES le sustituyó poder a la doctora Laura Natalia Guerrero Vinchira, identificada con CC 1.014.208.534 y T.P 305.872 del C.S.J., a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos solicitó se confirme el fallo de primera instancia. Por su parte, el apoderado de ELIECER LIMAS PATIÑO también solicitó la confirmación del fallo de primera instancia. Los demás intervinientes no presentaron alegatos de conclusión.

#### **V.SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR y MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS acreditan la calidad de beneficiarias de la sustitución pensional de HELI LIMAS PÉREZ (q.e.p.d.) y si como consecuencia de ello se debe condenar a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional junto con intereses moratorios e indexación.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS y Heli Limas Pérez (q.e.p.d.) contrajeron matrimonio el 10 de febrero de 1958 (*pág. 210 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*); **ii)** MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS y Heli Limas Pérez (q.e.p.d.) disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal a través de Escritura Pública No.8913 del 10 de septiembre de 1998 ante la Notaria 27 del Círculo de Bogotá (*pág. 28 a 33 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*); **iii)** Heli Limas

Pérez (q.e.p.d.) fue pensionado por el ISS mediante Resolución 14326 de 1998, mesada pensional que al retiro de nómina ascendía a la suma de \$1.007.887 (pág. 90 a 101 *archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*); **iv)** MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR y Heli Limas Pérez (q.e.p.d.) contrajeron matrimonio el 08 de abril de 2006 (pág. 7 y 8 *archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*); **v)** Heli Limas Pérez (q.e.p.d.) falleció el 28 de abril de 2018 (pág. 23 *archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*); **vi)** COLPENSIONES a través de la Resolución SUB228628 del 29 de agosto de 2018 negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR y MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS y dejó en suspenso la pensión en favor de ELIECER LIMAS PATIÑO (pág. 90 a 101 *archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*), **vii)** COLPENSIONES por medio de la Resolución SUB326184 del 18 de diciembre de 2018 negó la pensión de sobrevivientes a MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR (pág. 103 a 109 *archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*); **viii)** COLPENSIONES mediante dictamen No.DML-3405327 del 30 de abril de 2019 le determinó a ELIECER LIMAS PATIÑO una PCL del 60% estructurada el 14 de julio de 1965, fecha de su nacimiento (pág. 244 a 249 *archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*); **ix)** COLPENSIONES en Resolución SUB312353 del 14 de noviembre de 2019, levantó la suspensión y reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de ELIECER LIMAS PÉREZ, en calidad de hijo inválido de Heli Limas Pérez (q.e.p.d.) a partir del 28 de abril de 2018, en cuantía inicial de \$1.007.887 (pág. 384 a 389 *archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*).

- **De la pensión de sobrevivientes.**

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

supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras).

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la causante falleció el 28 de abril de 2018, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso. Al respecto, la H. Corte sostiene que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que el compañero permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso (SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras).

Sobre este último aspecto, resulta pertinente indicar que el inciso final del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece:

*“(...) Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente (...).”*

Para fijar el alcance de la precitada disposición, es indispensable acudir a la sentencia C-515 del 30 de octubre de 2019, donde la H. Corte Constitucional al realizar el estudio de constitucionalidad de un aparte del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, consideró que en aquellos casos en que no existe convivencia simultánea, para que el cónyuge separado de hecho tenga la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe tener sociedad conyugal vigente. Sobre el particular la Corte consideró:

*“(...) En tercer lugar la condición acusada de inconstitucional contenida en la norma bajo estudio es determinante para verificar la calidad de beneficiario respecto del causante, no solo desde la perspectiva del régimen pensional sino también en consideración a los efectos que produce la disolución de la sociedad conyugal. En este punto, el artículo 1781 del Código Civil establece que mientras que la comunidad de bienes subsista, y a falta de capitulaciones, el haber social se entiende conformado por los bienes establecidos en el mencionado artículo. La sociedad conyugal se integra por dos tipos de haberes: el haber absoluto y el haber relativo. Los bienes del haber absoluto incluyen las “pensiones” (numeral 2° del artículo 1781), así como todos los salarios, honorarios, prestaciones sociales, utilidades, remuneraciones, indemnizaciones y, en general, todos aquellos otros dineros derivados del trabajo o de las actividades productivas (numeral 1° del mencionado artículo). Luego, cuando la sociedad conyugal se disuelve, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial, razón por la que se extingue el derecho para sustituir al causante respecto de su pensión o cesa la expectativa de recibir una eventual prestación pensional, según corresponda. Por ello, no es posible que, en materia de acceso a la pensión de sobrevivientes, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta esté en el mismo plano jurídico y fáctico que el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente (...).”*

En los términos de la norma y jurisprudencia referidas, en aquellos casos en que no existe convivencia simultánea, el cónyuge

separado de hecho, solo puede tener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando la sociedad conyugal se encuentre vigente.

Revisadas las pruebas aportadas al expediente y recaudadas en el juicio, no se encuentra en discusión que ELIECER LIMAS PATIÑO es beneficiario de la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo inválido (pág. 384 a 389 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”), pues así se le reconoció y le ha venido pagando la prestación COLPENSIONES en un 100%, en virtud de lo dispuesto en la Resolución SUB312353 del 14 de noviembre de 2019, (pág. 384 a 389 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”), lo que releva a la Sala de pronunciamiento.

Por lo tanto, el estudio se centrará en determinar si MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS y MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR acreditan la calidad de beneficiarias.

MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS en calidad de cónyuge sobreviviente logró acreditar un tiempo de convivencia desde el año 1958 hasta 1988, aspecto corroborado por COLPENSIONES y plasmado en la Resolución SUB228628 del 29 de agosto de 2018 (pág. 90 a 101 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”) donde se indicó:

*“NO SE ACREDITO el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por María Dei Carmen Patiño De limas, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. **Se estableció que el señor Heli Limas Pérez y la señora María Dei Carmen Patiño De Limas, convivieron desde el 10 de febrero 1958 hasta el año 1988, fecha en que se separan de cuerpos sin volver a convivir...**”*  
(Resaltado de la Sala).

Sin embargo, MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS, en su interrogatorio, indicó que convivió con el causante durante mucho tiempo, que tuvieron una separación de bienes, pero no se divorciaron, que el causante se fue de la casa y no volvió, que desde que él se fue hasta que falleció pasaron más de 15 años, que procrearon 6 hijos y que no supo del hasta su deceso (*min. 27:33 archivo “24AudienciaTramiteJuzgamiento28Abril2022(1Parte)”*).

En el expediente digital reposa Escritura Pública No.8913 del 10 de septiembre de 1998 ante la Notaria 27 del Círculo de Bogotá mediante la cual MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS y Heli Limas Pérez disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal (*pág. 28 a 33 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*), documento que no fue objetado por las partes y que tiene concordancia con lo manifestado por MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS cuando refiere que hubo separación de bienes con el causante.

Así las cosas, conforme los antecedentes normativos expuestos, cuando no hay convivencia simultánea entre un cónyuge y compañero(a) permanente superviviente, la cónyuge superviviente separada de hecho solo podrá beneficiarse de la pensión de sobrevivientes si acredita que, al momento de deceso del causante, tenía sociedad conyugal vigente con aquél, tal y como se señaló en la sentencia C-515 de 2019.

En los términos de la jurisprudencia referida, una vez se disuelve y se liquida la sociedad conyugal, los haberes del pensionado dejan de formar parte de la masa patrimonial y por ello se extingue el derecho a sustituir la prestación. Al ser tan clara la posición asumida por la Corte Constitucional, a juicio de la Sala, no hay lugar a realizar interpretaciones diferentes a las que la misma norma define, para la solución de asuntos como el que aquí se estudia.

Se advierte, que tal y como se indicó en la sentencia de segunda instancia proferida por esta Sala el 28 de febrero de 2022, en el

expediente 1100131050-29-2019-00760-01, no se desconoce el criterio definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, el cónyuge separado de hecho, para tener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, solo debe acreditar el vínculo matrimonial vigente y 5 años de convivencia en cualquier tiempo, sin que resulte relevante si la sociedad conyugal se encuentra vigente o no, o si se trata de casos en que existe convivencia simultánea o no. No obstante, la Sala de decisión acoge el criterio definido por la Corte Constitucional, sobre la materia, pues las decisiones que profiere dicha Corporación como intérprete de la Constitución, son de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, según lo dispone el artículo 48 de la Ley 270 de 1996.

Por las anteriores razones, MARÍA DEL CARMEN PATIÑO DE LIMAS no acredita la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Respecto de MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR se encuentra demostrado que contrajo matrimonio con el causante el 08 de abril de 2006 (*pág. 7 y 8 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*), relación vigente hasta la fecha del *insuceso*. Si bien sobre este acto solemne, conforme las reglas del artículo 140 numeral 12 del Código Civil, podría recaer una causal de nulidad, al existir un vínculo vigente de un matrimonio anterior, no es competencia de la especialidad laboral pronunciarse sobre la validez o no de dicha unión, pues es un asunto que recae exclusivamente en la especialidad del derecho de familia.

Por tanto, la Sala encuentra que MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR logró acreditar un tiempo de convivencia superior a cinco años en cualquier tiempo, pues así COLPENSIONES reconoció la convivencia desde el año 2003 hasta noviembre de 2017, circunstancia que se encuentra plasmada en la Resolución SUB228628 del 29 de agosto de 2018 (*pág. 90 a 101 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*), en la cual se indicó:

“...NO SE ACREDITO e! contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Martha Liliana Romero Tovar, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. **Se estableció que el señor Heli Limas Pérez y la señora Martha Liliana Romero, convivieron desde 2003 en unión libre, el 08 de abril 2006 contraen matrimonio conviviendo hasta noviembre 2017, fecha en que se separan y el causante se va a vivir con unos familiares, según lo manifestado por un sobrino del señor Heli...**” (resaltado por la Sala).

Ahora, de la declaración rendida por Myriam Limas Rodríguez (01:17:20 archivo “24AudienciaTramiteJuzgamiento...”) se extrae que hubo separación en noviembre de 2017 y duro 3 meses aproximadamente, cuando Heli Limas Pérez (q.e.p.d.) volvió a irse con MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR hasta su fallecimiento, aspecto confirmado por Marco Alirio Limas (01:48:50 archivo “24AudienciaTramiteJuzgamiento28Abril2022(1Parte)”). Al estar probada la convivencia desde el 2003 hasta la fecha de fallecimiento el causante, en principio MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR tendría derecho a la pensión de sobrevivientes. Sin embargo, en sede de consulta, se negará el derecho pensional conforme se explica a continuación

En el testimonio Myriam Limas Rodríguez (min. 01:17:20 archivo “24AudienciaTramiteJuzgamiento28Abril2022(1Parte)”) indicó que Heli Limas Pérez (q.e.p.d.), su tío, tuvo otra pareja durante 10 años y que esa convivencia fue a las malas porque su tío le contó que su pareja no lo dejaba solo, que no permitía que hablaran con él y tomaba el mando sobre él, que el causante convivió con ella (Martha Liliana Romero) en Bogotá y después se fueron otro tiempo a vivir en Girardot; que Heli Limas Pérez (q.e.p.d.) se había ido para Chía donde la testigo vivía, en noviembre de 2017, y allí vivió durante 3 meses pero luego MARTHA LILIANA se lo llevó; que cuando llegó a su casa, su tío estaba en unas circunstancias terribles y pensó que era un indigente pero lo reconoció por la voz, y él le dijo “yo me le escape de la señora y quiero

*que ustedes me ayuden*”, además le contó que la señora (MARTHA LILIANA) lo tenía en deplorables condiciones, reciclando, lo dejaba sin plata; que ella (la testigo) habló con su mamá y hermanos y entre todos le daban la comida mientras le consiguieron un cuarto en Chía; que su tío les contaba que no vivía con ella de manera voluntaria porque una vez en Bogotá lo mantuvo encerrado, que siempre que llamaba a su tío MARTHA LILIANA era la que contestaba y le decía que no estaba.

Por su parte, Marco Alirio Limas (01:48:50 *archivo “24AudienciaTramiteJuzgamiento28Abril2022(1Parte)”*), hijo del causante, en su declaración indicó que cuando su padre se fue de la casa convivió con una señora pero no duraron mucho tiempo y después su padre empezó a convivir con MARTHA y ella lo alejó de su familia; que era imposible hablar con su padre porque MARTHA no lo dejaba solo, lo tenía vigilado; que cuando su padre se fue a donde unos primos, su hermana volvió a tener contacto con él y se puso una demanda para que MARTHA no se le acercara, pero que su padre volvió y se fue; que después se enteró, por su prima Myriam, que su padre estaba en graves condiciones de salud, pero cuando llegaron al hospital ya estaba en estado agónico; dijo que su padre convivió con MARTHA unos 15 años aproximadamente y al momento del fallecimiento su padre vivía con MARTHA.

Además, en el proceso se encuentra el formato de noticia criminal por denuncia expedido por la Comisaria de Familia de Bosa II (*pág. 253 a 254 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”*), donde Heli Limas Pérez (q.e.p.d.) formuló denuncia, narrando lo siguiente:

*“desde el primer momento que me junte con esta persona, comenzó una serie de agresiones y maltratos, me aisló de mi familia, amigos, y en general de toda persona que se me quisiera acercar, me tenía totalmente incomunicado. Ella era quien manejaba las llaves, el teléfono celular y mi pensión, no me ha permitido durante estos años ir al médico, ni al odontólogo, ni ir a misa, ni salir a ninguna parte solo*

*cuando ella necesitaba que fuera a reciclar me llevaba con el fin de conseguirle dinero adicional o cuando necesitaba que le hiciera compras o créditos que necesitaran mi firma...*

*...se emborrachaba constantemente y en esos momentos era cuando se ponía más violenta, me golpeaba con un garrote, me pellizcaba, en daba golpes en la cara y constantemente me amenazaba con un cuchillo diciéndome que si me iba de su lado tenía que ser, pero muerto, además me amenazaba con unos amigos de ella que son peligrosos. Me decía constantemente que cualquier día de estos me iba a dar un veneno o que me daba un golpe con un hierro en la cabeza y me mataba...me presionaba para que le escriturara el apartamento solo a nombre de ella y me obligó a ir a una notaría a firmar una declaración juramentada para ella quedarse con mi pensión, su único fin era quedarse con todos mis bienes...no me permitía bañarme, ni afeitarme, ni peluquearme y me tocaba dormir en un sofá duro casi en el piso”*

Sobre esta denuncia, la Comisaria Séptima de Familia de Bosa, mediante oficio del 28 de enero de 2016 (pág. 265 a 271 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”) resolvió:

*“1. Decretar como medida de protección definitiva en beneficio de HELI LIMAS PÉREZ en contra de MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR CONMINACIÓN para efectos que, en lo sucesivo, guarde la paz y armonía siéndole prohibido a esta última ultrajar, agredir, amenazar. insultar o de cualquier manera ocasionar molestias, directa o indirectamente intermedio de terceras personas, por escrito o por teléfono o por cualquier otro medio que este despacho considere eficaz al beneficiario de la medida. 2. Decretar como medida de protección definitiva en beneficio de HELI LIMAS PÉREZ la prohibición para MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR de seguirlo, perseguirlo o acosarlo. ... 5. Decretar como medida de protección la orden para MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR de vincularse a proceso de atención terapéutica con el fin de rehabilitarse del consumo de bebidas alcohólicas, fortalecimiento de autoestima. autonomía e independencia, redefinición de proyecto de vida, apoyo en proceso de elaboración de*

*separación, redefinición de pautas de interacción desde el buen trato.*  
6. *Iniciar el proceso de seguimiento a través de consulta social domiciliaria en el sitio de residencia de la víctima...*”

La Comisaría Séptima de Familia de Bosa I mediante oficio del 21 de diciembre de 2015 (pág. 272 archivo “11001310503220190020600\_C001.PDF”) solicitó a la Policía Nacional apoyo para la protección de Heli Limas Pérez (q.e.p.d.) por presuntas agresiones físicas, psicológicas y verbales realizadas por MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR.

Bajo tales circunstancias, para el Tribunal el difunto fue víctima de violencia intrafamiliar por parte de su cónyuge MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR, actos que se manifestaban de forma física, verbal y psicológica.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia ha entendido que la convivencia no solo comprende la cohabitación en determinado lugar, sino que hace referencia a *una comunidad marital donde se conjuguen el afecto, el respeto y la ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable* (CSJ sentencia del 08 de febrero de 2011 Rad. 34.362, SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras).

En este caso, la convivencia que hubo entre MARTHA LILIANA ROMERO TOVAR y Heli Limas Pérez (q.e.p.d.) no satisface los requisitos de afecto, respeto y de ayuda mutua, ella lo amenazaba, lo obligaba a reciclar y lo insultaba constantemente, adicional a que ejercía control sobre el causante, al no permitirle si quiera ducharse, afeitarse o salir, actos que de acuerdo con el propio pensionado se presentaron desde el mismo comienzo de la relación, lo que es indudable de la configuración de hechos que afectaron el derecho a la dignidad humana, el derecho a una vida digna y el mínimo vital del pensionado, por lo que fue una convivencia que no se llevó a cabo con

armonía, en respeto de la unidad familiar y en el goce de una vida en común.

Es decir, las condiciones particulares estudiadas en este asunto, implican realizar un análisis distinto al puramente legal, pues en aquellos eventos en que la pareja beneficiaria de la prestación mantiene la relación a través del ejercicio de la violencia y de la agresión, no se le puede permitir acceder a la prestación económica, al no cumplirse la finalidad y los presupuestos sobre los cuales se edifica la protección pensional establecida en el Sistema General de Pensiones.

Siendo ello así, la demandante no puede catalogarse como beneficiaria de la sustitución pensional que se reclama, motivo por el cual se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**TERCERO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.34-2020-00258-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 28 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS efectuado por el demandante **AMILKAR SARMIENTO MORENO** a la **AFP PORVENIR**, ordenó a dicho fondo trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor, ordenó a **COLPENSIONES** a reactivar a afiliación y a recibir todos los dineros que le fueran trasladados, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la **AFP PORVENIR** (*min. 01:12:25, archivo "18AudienciaFallo"*).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**AMILKAR SARMIENTO MORENO** llamó a juicio a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

**PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional realizado al RAIS, se condene a **PORVENIR** a trasladar las sumas de dinero que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración actualizadas y los rendimientos obtenidos, y a **COLPENSIONES** a recibirlo y afiliarlo nuevamente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 30 de enero de 1960, cotizó al ISS desde el 14 de mayo de 1986 hasta el 28 de febrero de 1995, luego de lo cual varios asesores de PORVENIR visitaron las instalaciones de la empresa donde trabaja para que se trasladaran de régimen pensional, allí le indicaron que en ese fondo la mesada pensional sería superior, de forma anticipada y sin importar la edad y que el ISS se iba a acabar, por lo que a partir del 1° de marzo de 1995 se trasladó a esa AFP; que por considerarse engañado y asaltado en su buena fe, el 15 de julio de 2020 solicitó a las demandadas autorización para trasladarse al RPM (*pág. 1 a 10, archivo “02DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación y las cotizaciones realizadas por el demandante al ISS, su fecha de nacimiento, el traslado a PORVENIR y la presentación de la reclamación administrativa. Expresó que los demás hechos no le constaban, formuló las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público

y la innominada o genérica (pág. 2 a 37, archivo “03ContestacionColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le costaban, formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (pág. 2 a 26, archivo “09ContestacionPorvenir”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:12:25, archivo “18AudienciaFallo”)

El 28 de septiembre de 2022, el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO. DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por el demandante AMILKAR SARMIENTO MORENO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO. ORDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media y recibir todos los dineros que le fueren trasladados. **TERCERO. DECLARAR** no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones. **CUARTO. COSTAS.** Serán a cargo de Porvenir S.A., tásense las agencias en derecho en un (01) SMLMV. **QUINTO.** Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.”

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si era procedente la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó el demandante entre el RPM y el RAIS, la devolución de todos los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual y si

COLPENSIONES tenía la obligación de recibirlos y reactivar la afiliación en ese régimen.

Para resolver, la Juez indicó que, conforme el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, la carga de acreditar el deber de información la tiene el fondo de pensiones, por lo que al aplicar dicha regla concluyó que PORVENIR no había entregado al demandante información suficiente, veraz y oportuna sobre las reglas, consecuencias y riesgos sobre cada una de las posibilidades que ofrece el Sistema General de Pensiones, motivó por el cual declaró la ineficacia del acto del traslado.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Afirmó que COLPENSIONES no tuvo nada que ver en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y PORVENIR, por lo que no puede ser la administradora que deba asumir las consecuencias por una supuesta falta de información por parte del fondo privado; que en el año 1995 el actor no estaba incurso en ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen, por lo que disponer su regreso al RPM va en detrimento de dicha administradora y pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional, conforme lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 de 2004, SU062-2010 y SU130-2013 de la Corte Constitucional.

Solicitó que en caso de que se confirme la decisión, se condicione el cumplimiento de la sentencia a la previa devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor por parte de la AFP, como cotizaciones, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, debidamente indexadas, sin descontar suma alguna. Igualmente, que no la condene en costas. (*min. 01:15:20, archivo “18AudienciaFallo”*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaración de ineficacia y, en caso de que se confirme la decisión, se mantenga la orden de devolver los aportes y rendimientos financieros.

La firma de abogados CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., actuando como apoderada principal de **COLPENSIONES**, sustituyó el poder a la doctora Northey Alejandra Huerfano Huerfano, identificada con C.C. 53.074.475 y titular de la T.P. 287.274 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada de dicho fondo de pensiones, y en su escrito de alegatos reiteró los planteamientos señalados en el recurso y adicionando temas que no fueron objeto de alzada.

La parte demandante no intervino en esta etapa.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) AMILKAR SARMIENTO MORENO** nació el 30 de enero de 1960 y se afilió al ISS a partir del 14 de mayo de 1986 (*pág. 13, archivo “02DemandaAnexos” y archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211\_2137-20211125084541...”, carpeta “07ExpedienteAdministrativo”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 16 de febrero de 1995, con efectividad a partir del 1° de marzo del mismo año, donde sigue vinculado (*pág. 69 a 73, archivo “09ContestacionPorvenir”*).

### - **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

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

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

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

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

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

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

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

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del DEMANDANTE, PORVENIR brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó ya que solo se allegó el formulario de afiliación y la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que los asesores le informaron únicamente beneficios y que el ISS se iba a acabar, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si

bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Igualmente, se modificará la orden dada a COLPENSIONES de recibir al demandante como su afiliado en el RPM, por cuanto se debe efectuar sin solución de continuidad y esta entidad deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y tenerlos como semanas válidamente cotizadas, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

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

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir al demandante, sin solución de continuidad, como su afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a recibir de **PORVENIR S.A.** los valores ordenados e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**SEXTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: AMILKAR SARMIENTO MORENO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 034 2020 00258 01

### **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

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

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 39-2018-00448-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las partes contra la sentencia del 03 de mayo de 2021 del Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró acreditados dos contratos de trabajo, declaró probada la excepción de compensación y parcialmente probada la de prescripción, condenó al reajuste salarial, prestaciones sociales y aportes, ordenó la indemnización por despido indirecto, no consignación de cesantías, no pago de intereses a las cesantías y la moratoria, absolvió de las otras pretensiones y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (00:02 archivo “04SentenciaPrimeraInstanciaParte4”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA** (Pág. 4 a 34 archivo “01ExpedienteDigitalFolios1a60”).

**CARLOS ALBERTO OCAMPO HERNÁNDEZ** solicitó declarar: *ij*) un contrato de trabajo a término indefinido del 10 de abril de 2007 al 26 de abril de 2017 con HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A. hoy **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** como director asociado de consultoría, que finalizó por causa imputable al empleador por pago tardío de aportes de ley, falta de pago de aportes a pensión voluntaria

o institucional y disminución irregular del salario en julio de 2016, reclamó la indemnización legal y contractual por terminación unilateral sin justa causa, los aportes a pensión voluntaria y sus rendimientos, la reliquidación de acreencias laborales legales, la prima técnica y prima comercial extralegal, indemnizaciones por no consignación de cesantías, no pago de intereses a la cesantías, moratoria y por perjuicios morales; **ii)** un contrato de trabajo a término indefinido del 10 de agosto de 2013 al 03 de enero de 2016 con HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A. hoy **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** como vicepresidente de operaciones, por mora del empleador en el pago de aportes y con un salario inferior al real, falta de pago de aportes a pensión voluntaria o institucional y de sus rendimientos, por tanto, reclamó el cálculo actuarial por aportes de ley, aportes a pensión voluntaria y sus rendimientos, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Frente el primer contrato, Afirmó que el 10 de abril de 2007, firmó con HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A. hoy **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.** contrato de trabajo a término indefinido, como director asociado de consultoría, con salario a junio de 2016 de \$13.000.000 y \$8.236.667 de beneficios, pero un otro si ineficaz lo redujo a \$11.700.000 y \$7.413.000 respectivamente. Indicó que el 21 de octubre de 2016, hubo sustitución patronal hacia **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** Manifestó que a partir de octubre de 2015, las **DEMANDADAS** omitieron sistemáticamente el pago oportuno y completo de los aportes legales pese las deducciones al trabajador, por lo cual la EPS lo desafilió por mora, tampoco pagaron los aportes de pensión voluntarios a AFP OLD MUTUAL, por lo cual perdió 12% de rendimientos sobre dichos aportes; no pagaron a tiempo los salarios de octubre de 2015 a marzo de 2017, ni consignaron oportunamente las cesantías de 2010 a 2017 ni sus intereses de 2016 a 2017, no cancelaron la prima extralegal de servicios o técnica liquidada al 31 de diciembre de 2015, ni la prima comercial de negocios cerrados del 4% de las ventas de los años 2014 a 2016, ni hubo incremento del salario en los últimos 4 años, a su vez,

las **DEMANDADAS** presionaron su renuncia al designarlo *coequipero de una nueva solución* para aislarlo de su cargo y degradarlo profesionalmente, además recursos humanos nunca contestó sus reclamos, por lo cual renunció el 24 de abril de 2017. Señaló que el 09 de mayo de 2017, 04 de agosto de 2017 y 11 de septiembre de 2017 reclamó sus derechos y solicitó ante el MINISTERIO DE TRABAJO conciliación, la cual fue fallida, no obstante, la citación a las **DEMANDADAS** causó el pago tardío y deficiente de una parte de sus aportes legales.

En cuanto la segunda relación, aseguró que el 10 de agosto de 2013, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con HUMAN CONSULTING S.A. hoy **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.**, como vicepresidente de operaciones con salario de \$10.000.000 y afirmó que no pagaron a tiempo ni de forma completa sus aportes legales, ni pagaron los aportes de pensión voluntaria a la AFP OLD MUTUAL perdiendo 12% de rendimientos, por lo cual renunció el 19 de diciembre de 2015, la cual se aceptó el 03 de enero de 2016.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

**HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la sustitución patronal. Indicó que para junio de 2016, el salario del **DEMANDANTE** era \$13.000.000 y \$8.141.996 de beneficios no salariales, entonces 23 personas del equipo gerencial y líderes acordaron reducir el ingreso en un 10% por mutuo acuerdo para evitar el despido de personal, entre los cuales estuvo el **DEMANDANTE**, quien firmó el otro sí aceptando la disminución el 1º de julio de 2016, por tanto, siempre pago de forma completa los aportes de ley, los aportes voluntarios, las cesantías y sus intereses. Aceptó que en 2015 dejó de pagar la prima extralegal de servicios o técnica al ser un beneficio extralegal sujeto a la liberalidad del empleador, de otra parte, la *prima comercial por negocio cerrado* nunca existió y solo pagó comisiones por venta a su equipo comercial, pero el **DEMANDANTE** no las devengó al no tener un cargo comercial sino de acompañamiento técnico a dicha área, de otra parte, aseguró

que no degradó al trabajador y por el contrario, ante su labor de años, lo designó *coequipero* en un nuevo proceso de la compañía al lado del propio Presidente de la misma, tampoco fue convocado a conciliación ante el MINISTERIO DE TRABAJO. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, compensación, enriquecimiento sin causa y la genérica (Pág. 1 a 26 archivo “08ExpedienteDigitalFolios495a570”, Pág. 75 a 76 archivo “15ExpedienteDigitalFolios1061a1140”).

La demandada **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la suscripción del contrato de trabajo del 10 de abril de 2007 y la sustitución patronal. Contestó en los mismos términos que **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, prescripción y la genérica (Pág. 32 a 57 archivo “11ExpedienteDigitalFolios731a810”, Pág. 78 a 80 archivo “15ExpedienteDigitalFolios1061a1140”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (00:02 archivo “04SentenciaPrimeraInstanciaParte4”).**

El 03 de mayo de 2021, el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la existencia de dos contratos de trabajo a término indefinido así: entre el señor CARLOS ALBERTO OCAMPO HERNÁNDEZ y HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S. desde el 10 de abril de 2007 hasta el 26 de abril de 2017, teniendo como último cargo el de Director Asociado de Consultoría y último salario la suma \$13.000.000 más los beneficios extralegales que no están en discusión en el presente proceso; entre el señor CARLOS ALBERTO OCAMPO HERNÁNDEZ y BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S. el 1º de agosto de 2013 al 03 de enero de 2015, teniendo como último cargo el de vicepresidente de operaciones, con un salario integral de \$10.000.000, de todo lo anterior de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de compensación y parcialmente la de prescripción presentada por HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S. y BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S., frente las demás, el Despacho considera que no se deben estudiar frente las demás pretensiones denegadas y no declarar probadas frente las que se accedieron, por las mismas razones. TERCERO: CONDENAR a la*

demandada HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S. al reconocimiento y pago a favor del señor CARLOS ALBERTO OCAMPO HERNÁNDEZ de las siguientes sumas de dinero: Por concepto de reajuste salarial la suma de \$12.826.666, Por concepto de reliquidación de prestaciones sociales la suma de \$912.948, Por concepto de diferencias de cesantías del 2016 la suma de \$1.300.000, Por concepto de la diferencia de intereses a las cesantías la suma de \$1.560.000, Por concepto de indemnización por el no pago oportuno de intereses a las cesantías la suma de \$1.560.000, Por concepto de indemnización por no pago de cesantías la suma de \$155.999.999,99, Por concepto de sanción moratoria la suma de \$311.999.999,99 que abarcan desde el 27 de abril de 2007 hasta el 26 de abril de 2019, luego, de esta fecha, es decir, a partir del 27 de abril de 2019 deberá pagarse los intereses moratorios sobre los salarios y prestaciones sociales adeudados. **(Sic) CONDENAR** a la demandada HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S. al pago de la diferencia de los aportes al sistema integral de seguridad social en pensiones teniendo como IBC la suma de \$13.000.000 para los siguientes períodos y teniendo en cuenta lo que se pagó en esos periodos, tal y como se dijo en la parte motiva de esta sentencia, para el 2013 los meses de agosto a noviembre y diciembre, para 2014 los meses de enero y febrero, para 2014 los meses de mayo y junio, para 2016 los meses de octubre, noviembre y diciembre, para 2017 los meses de enero y abril. **QUINTO: CONDENAR** a BUSSINES TALENT CONSULTING S.A.S. al pago de la diferencia de aportes a seguridad social en pensiones de \$5.046.000 para el período de agosto a noviembre de 2013 y de \$4.600.000 para mayo a agosto y de octubre a diciembre de 2014, los que se deben consignar a COLPENSIONES y se **ACLARA** que el numeral cuarto para HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S. también se debe consignar a COLPENSIONES. **SEXTO: DECLARAR** que el vínculo laboral con HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S. culminó por causas imputables a la empleadora y en consecuencia, CONDENAR a dicha empresa al pago de \$67.473.611,11 como indemnización legal por despido sin justa causa y a \$36.334.539,58 como reconocimiento de la bonificación contractual por despido. **SÉPTIMO: ABSOLVER** a HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S. y BUSINESS TALENT CONSULTING de las demás pretensiones incoadas por el señor CARLOS ALBERTO OCAMPO HERNÁNDEZ, por las consideraciones expuestas. **OCTAVO: CONDENAR** en costas a HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S. a favor del DEMANDANTE, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$10.500.000 y a BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S. también las costas y dentro de las que se deberán incluir como agencias en derecho la suma de \$1.911.000. (...).”

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer la existencia de los dos contratos de trabajo reclamados, en tal caso, resolver si la disminución del salario fue ineficaz y la procedencia de condenar aportes voluntarios y sus rendimientos, primas extralegales, pasivo salarial, reliquidación de prestaciones sociales y aportes legales, indemnizaciones, bonificación por terminación unilateral del contrato y compensación de perjuicios morales.

Como fundamento de su decisión, indicó que las **DEMANDADAS** no desconocieron los contratos de trabajo y hay respaldo documental, por tanto, declaró un contrato de trabajo del 10 de abril de 2007 al 26 de abril de 2017 con **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** por la sustitución patronal del 21 de octubre de 2016 de **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.** (antes HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A.) hacia **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.**; así mismo, declaró un segundo contrato de trabajo del 1° de agosto de 2013 al 03 de enero de 2015 con **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.**

Declaró ineficaz el otro sí que disminuyó el salario el 1° de julio de 2016, porque a pesar de suscribirse de mutuo acuerdo, **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.** no acreditó las condiciones fácticas por las que creó la política de austeridad, ya que no demostró su merma económica ni dificultades financieras alegadas, desconociendo el principio de primacía de la realidad sobre las formas y afectando los derechos mínimos del trabajador. Negó la pretensión de incremento salarial porque el Juez laboral, por ser superior a 1 SMLMV.

Declaró prescritos los derechos anteriores al 09 de mayo de 2014 frente el primer contrato de trabajo y de todos los derechos derivados del segundo vínculo, salvo los aportes legales a pensión.

Ordenó pagar \$12.826.666 por diferencias salariales causadas desde el 1° de julio de 2016; de otra parte, analizó la liquidación final de 2017, efectuada con un salario incorrecto de \$11.700.000, por lo cual condenó a \$912.948 por prestaciones sociales y negó condena por vacaciones porque su pago fue superior al que corresponde; ordenó \$1.300.000 por diferencia de la cesantía de 2016 y \$1.560.000 por intereses a la cesantía de dicho año, ya que no encontró prueba del pago de esta última y fulminó condena por indemnización por no pago de intereses a la cesantía en la misma cuantía.

No condenó a aporte de salud y riesgos laborales porque no se acreditó perjuicio derivado de su no pago y deben ser reclamados por

las respectivas entidades. Respecto los aportes a pensión, ordenó la reliquidación de los periodos cotizados con un IBC inferior al salario, a saber, 2013-08 a 2014-02, 2014-05 a 2014-06, 2016-10 a 2017-01 y 2017-04; frente al segundo contrato, ordenó reliquidar con un IBC de \$7.000.000 igual al 70% de los \$10.000.000 de salario integral, por los periodos de 2013-08 a 2013-11 y de 2014-10 a 2014-12.

Afirmó que el pago de aportes voluntarios obedeció a un plan institucional conforme el Decreto 2513 de 1987 y prescribieron para el segundo contrato. Frente la primera vinculación, los declaró parcialmente prescritos, no obstante, no impartió condena, ya que el empleador pagó \$23.938.022, cifra superior al saldo adeudado desde 2014-05. No ordenó perjuicios por pérdida de rendimientos porque el **DEMANDANTE** no acreditó dicho daño ni allegó ningún elemento que permitiera establecer su monto.

Frente las primas extralegales, indicó que el contrato de 2007 sólo consagró una prima extralegal de servicios por mera liberalidad, la cual se pagó en periodo de 3 a 9 meses, siendo facultativo su reconocimiento por el empleador y si bien el empleador solicitó de oficio el manual de aplicación de la prima técnica, aquella era del 1,5% del valor del proyecto y dependía de la calificación del cliente, factores que no fueron demostrados, lo cual impide su determinación, en todo caso, no se acreditó su periodicidad ni los valores concretos alegados.

En cuanto la prima comercial, los testigos del **DEMANDANTE** aseguraron que se acordó en un acuerdo informal con el representante legal, siendo presuntamente del 4% del valor del proyecto vendido, no obstante, las **DEMANDADAS** certificaron que la labor del trabajador era técnica y no comercial, ni se demostró la política, directriz o el porcentaje de dicha prima reforzando la existencia del acuerdo, tampoco hay prueba de su pago ni reclamo, por lo cual absolvió.

Ante la indemnización por no consignación de cesantías y moratoria, señaló que las condenas se causaron por la disminución

injusta del salario que afectó derechos ciertos e indiscutibles, sin prueba de la situación objetiva por la cual tal disminución era la medida menos gravosa, por tanto, al no existir causal justificativa ordenó la indemnización por la consignación de cesantías de 2016 por un monto inferior al legal y condenó la indemnización moratoria porque la liquidación final se calculó con un valor de salario inferior.

Ordenó la indemnización por despido indirecto, al señalar que el **DEMANDANTE** si acreditó la falta de pago completo y oportuno de sus aportes a salud y pensión y de su salario, motivo que se alegó en la renuncia motivada. Absolvió de la indemnización de perjuicios morales ante la falta de prueba de éstos.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó modificar el fallo. Aseguró que el contrato de trabajo de 2013 a 2015 se suscribió con **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** y no con la sociedad que se declaró, de otra parte, indicó que los aportes voluntarios de pensión no prescriben ya que sirven para mejorar el derecho pensional legal y ante la falta de prueba de su pago deben ser ordenados, así como rendimientos del 12% que son los propios de un fondo de pensiones. Frente el contrato de 2007 a 2017, reclamó la solidaridad del antiguo empleador en virtud de la sustitución patronal, de otra parte, señaló que el pago tardío de los aportes a pensión voluntaria privó el disfrute de rendimientos del 12% y por ello procede su reconocimiento, a su vez, indicó que al ser ineficaz el otro sí del 1° de julio de 2016 se genera la automática validez del otro sí del 1° de marzo de 2016 sobre beneficios extrasalariales, siendo el monto pagado inferior al indicado en tal Acuerdo, desde julio de 2016, por lo cual procede su reliquidación. En cuanto la prima técnica extralegal, demostró que tiene derecho a ésta en las mismas condiciones en que se pagó en 2015, siendo habitual, por lo cual debe tomarse el último monto cancelado ya que no hay razón atribuible al trabajador para que cesara su reconocimiento; frente la prima comercial quedo demostrado que se acreditó el Acuerdo

verbal entre el Presidente de la Compañía y 3 trabajadores, que autorizó la gestión comercial al **DEMANDANTE** en el mismo porcentaje del 4% del valor del negocio que reconoció a los comerciales, al cual tiene derecho el trabajador porque gestionó negocios (06:33 archivo “04SentenciaPrimeraInstanciaParte4”).

La demandada **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** solicitó revocar el fallo. Alegó que el juzgado se equivocó al señalar como empleador del contrato de 2013 a 2015 a **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.**, porque las partes y pruebas señalan que fue su poderdante, quien pagó de forma completa y oportuna los aportes a seguridad social sobre el 70% del salario integral. Frente el otro contrato de trabajo de 2007 a 2017, indicó que el artículo 43 CST solo sanciona con ineficacia a las cláusulas ilícitas o ilegales por atentar contra los derechos mínimos del trabajador, sin prohibir la reducción del salario de mutuo acuerdo cuando esta no afecta el salario mínimo legal o integral, coincidiendo los testigos de las partes en la existencia de la política de austeridad, pese lo cual la Juez exigió la prueba de la realidad económica de la empresa con números, sin que tal requisito lo exija el artículo 43 CST, por tanto, la reducción del 10% del salario es válida y no hay mérito para reliquidar salarios, prestaciones sociales ni aportes pagados con el nuevo monto de salario pactado, medida que se explicó ante 22 personas, siendo el **DEMANDANTE** capaz de entender y aceptar la misma, acto voluntario porque el testigo STEVEN CÓRDOBA señaló que no firmó y su contrato se terminó años después, desvirtuando los actos retaliativos de la empresa, reducción que no afectó los derechos mínimos y que se aplicó de buena fe, en todo caso y en gracia de discusión, señaló que si hay prueba del pago de los intereses a las cesantías de 2016. Se deben revocar las indemnizaciones por no consignación de cesantías y moratoria, ya que el Juzgado partió de la mala fe del empleador omitiendo que se presume la buena fe, además la firma del otro sí que redujo el salario conllevó a que la empresa liquidará las acreencias de buena fe con el nuevo monto fijado tras una reunión con el trabajador y la aceptación libre y sin reparos de tal cambio, en gracia de discusión, las

indemnizaciones solo proceden por ausencia total de pago y no ante reliquidaciones. También pide revocar la indemnización por despido porque la carta de renuncia motivada no tiene asidero jurídico ya que hubo pago total de los aportes, salarios y prestaciones conforme los documentos allegados, además, ante la negativa del trabajador a recibir su liquidación final, la empresa de buena fe efectuó el depósito judicial (17:37 archivo “04SentenciaPrimeraInstanciaParte4”).

La demandada **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.** señaló que si bien fue absuelto de las pretensiones del contrato 2007 y 2017, apeló la declaratoria como empleador de un contrato que nunca suscribió, ya que la otra **DEMANDADA** aceptó que dicho vínculo se suscribió con ellos. En caso de mantener las condenas, afirmó la improcedencia de mantener las condenas, ya que la realidad fáctica difiere de lo declarado por el Juzgado y los aportes a pensión a los que fueron condenados se pagaron conforme la base de cotización de un salario integral (42:23 archivo “04SentenciaPrimeraInstanciaParte4”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó modificar el fallo, reiterando lo alegado en su recurso de apelación. La apoderada de **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** solicitó revocar las condenas, haciendo énfasis en los aspectos señalados en su recurso de apelación y solicitó desestimar el recurso del **DEMANDANTE**. Por último, el apoderado principal de **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.** solicitó revocar el fallo, señalando los puntos de inconformidad expuestos en su recurso de apelación.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

En atención a los sendos recursos de apelación de las partes y como quiera que en la sentencia de primera instancia se declaró la existencia de dos relaciones laborales, la Sala fija los siguientes problemas jurídicos.

Respecto del contrato de trabajo vigente entre 2013 y 2015, establecer si **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** era el verdadero empleador durante ese periodo, así como la procedencia de mantener la condena a la reliquidación de los aportes legales de pensión y de ordenar el pago de los aportes a pensión voluntaria y los rendimientos del 12% sobre éstos.

Frente al segundo contrato de trabajo vigente entre 2007 y 2017, determinar la validez del otro sí que redujo el salario a partir del 1° de julio de 2016 y la aplicabilidad del otro sí del 1° de marzo de 2016 relativo al monto de los beneficios extralegales, para establecer de ese modo si se deben mantener las condenas de reliquidación salarial, de prestaciones sociales y aportes legales a pensión. De otra parte, definir la viabilidad de ordenar el pago de los rendimientos del 12% sobre aportes voluntarios a pensión y de las primas extralegales técnica y comercial, así como de mantener las condenas al pago de la indemnización por no pago de intereses a cesantía, consignación de cesantías, despido indirecto y moratoria.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* entre el demandante **CARLOS ALBERTO OCAMPO HERNÁNDEZ** y la demandada HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A. hoy **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.**, se suscribió contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 10 de abril de 2007 al 26 de abril de

2017 (Pág. 58 a 63 archivo “11ExpedienteDigitalFolios731a810”, Pág. 43 archivo “13ExpedienteDigitalFolios907a980”); **ii**) por otro sí del 1° de julio de 2016 se acordó la retribución directa del servicio del trabajador en \$11.700.000 (Pág. 29 a 30 archivo “12ExpedienteDigitalFolios811a906”); **iii**) el 21 de octubre de 2016 operó sustitución patronal de **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.** hacia **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** (Pág. 31 archivo “12ExpedienteDigitalFolios811a906”); **iv**) el 24 de marzo de 2017 el **DEMANDANTE** presentó renuncia motivada, efectiva a partir del 26 de abril de 2017 (Pág. 38 a 39, 43 archivo “13ExpedienteDigitalFolios907a980”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró dos contratos de trabajo, declaró probada la excepción de compensación y parcialmente probada la de prescripción, condenó al reajuste salarial, prestaciones sociales y aportes, ordenó la indemnización por despido indirecto, no consignación de cesantías, no pago de intereses a las cesantías y la moratoria, absolvió de las otras pretensiones y condenó en costas a las **DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión, todas las partes interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones

- **De los contratos de trabajo que existieron entre las partes y la solidaridad por pasiva reclamada.**

Sea lo primero señalar que los elementos de prueba allegados al expediente permiten concluir, sin duda alguna, que la Juez de primera instancia erró al momento de definir el empleador de la relación laboral vigente entre el **DEMANDANTE** y **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** del 1° de agosto de 2013 al 03 de enero de 2015, tal y como se acredita con la copia del respectivo contrato de trabajo y de la renuncia simple y su aceptación (Pág. 16 a 20, 67 a 68 archivo “15ExpedienteDigitalFolios1061a1140”).

Así las cosas, le asiste razón a todas las partes, quienes expresaron su inconformidad frente la decisión de la *a quo* de declarar que en la precitada relación de trabajo el empleador fue **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.**, por cuanto dicha sociedad nunca ostentó tal calidad.

En consecuencia, en el caso bajo estudio existieron los siguientes contratos de trabajo entre las partes en litigio y en tal sentido se modificará el fallo de primera instancia:

1. Contrato de trabajo a término indefinido, suscrito el 10 de abril de 2007 entre el **DEMANDANTE** y HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A. hoy **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.**, en el cual operó sustitución patronal el 21 de octubre de 2016 hacia **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** y que finalizó por renuncia motivada el 26 de abril de 2017 (Pág. 58 a 63 archivo “11ExpedienteDigitalFolios731a810”, Pág. 31 archivo “12ExpedienteDigitalFolios811a906”, Pág. 38 a 39, 43 archivo “13ExpedienteDigitalFolios907a980”).
2. Contrato de trabajo a término indefinido, suscrito el 1° de agosto de 2013 entre el **DEMANDANTE** y **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.**, que finalizó por renuncia el 03 de enero de 2015 (Pág. 16 a 20, 67 a 68 archivo “15ExpedienteDigitalFolios1061a1140”).

De otra parte, la apoderada del **DEMANDANTE** reclamó en su recurso de apelación que se declaré la responsabilidad solidaria entre las **DEMANDADAS** con ocasión de la sustitución patronal ocurrida en octubre de 2016.

Al respecto, se recuerda a dicha profesional del derecho que el principio de preclusión procesal conlleva que una vez clausurada una etapa procesal no sea viable reabrir la misma ni modificar las

decisiones adoptadas, aún con la loable finalidad de corregir situaciones que no fueron debidamente valoradas en su momento o precisar el alcance de las decisiones, salvo las excepciones consagradas expresamente en la Ley, lo cual evita retrocesos de la actuación, revivir actos ya fenecidos o cumplidos o reactivar términos ya agotados, asegurando la seguridad jurídica, la celeridad del proceso y la igualdad ante la Ley, tal y como indicó la H. CSJ en las sentencias SC2008-00320 del 09 de mayo de 2013, ATC Rad. 2011-00111-01 del 10 de septiembre de 2013, STL15659 de 2014, AP5618 de 2017, STP16953 de 2018, STC9416 de 2019, entre otras.

En consecuencia, no es válido que a través del recurso de apelación, la apoderada del **DEMANDANTE** pretenda incluir al litigio una pretensión que no fue oportunamente elevada en la demanda, en la cual no reclamó la responsabilidad solidaria de las compañías llamadas a juicio, motivo por el cual se rechaza dicha suplica.

- **Sobre la validez del otro sí que redujo el salario.**

Procede la Sala a resolver la inconformidad elevada por la demandada **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** en su recurso de apelación, contra la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el *otro sí*, suscrito el 1º de julio de 2016, en virtud del cual se redujo el salario del demandante.

Resulta relevante considerar que el contrato de trabajo, como todos los demás contratos, parte de la autonomía de la voluntad de las partes para su celebración y desarrollo, siendo las partes las llamadas a definir los aspectos relevantes de las obligaciones que nace del vínculo contractual, conforme el artículo 1495 CC.

Sin perjuicio de lo anterior, la autonomía de la voluntad de las partes se haya limitada por las normas laborales, contenidas tanto en el Constitución Política de Colombia de 1991 como en el desarrollo legislativo y regulatorio de las normas de trabajo, las cuales, por ser de

orden público, no son disponibles por las partes, tal y como expresamente señalan los artículos 13, 14 y 16 CST.

Así las cosas, el artículo 43 CST indica que las disposiciones de dicho Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas a favor de los trabajadores y no produce efecto cualquier estipulación que afecte o desconozca ese mínimo. Por su parte, el artículo 43 *ibídem* indica que en los contratos de trabajo no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezca la legislación del trabajo, fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo, tampoco las que sean ilícitas o ilegales.

Considerando los límites a la autonomía de la voluntad privada en lo que respecta al contrato de trabajo, desde sus inicios, los máximos órganos judiciales de la especialidad laboral concluyeron que la libertad contractual de las partes debe ejercerse con respeto no solo de lo acordado, conforme el artículo 1602 CC, sino también de las normas laborales de orden público que consagran el mínimo de derechos y garantías de los trabajadores.

Fue así como el H. Tribunal Supremo del Trabajo señaló en la sentencia Rad 291042 del 08 de septiembre de 1947, que toda modificación unilateral por parte del patrono de las condiciones contractuales, haciéndolas más gravosas, no obliga al trabajador. Por su parte, en la sentencia Rad 291513 del 11 de junio de 1952, la Autoridad Judicial señaló que toda disminución unilateral del salario envuelve el incumplimiento del contrato, el cual da derecho al trabajador a declarar resuelto el mismo y reclamar la indemnización de perjuicios correspondiente, en la cual se incluye como lucro cesante los salarios faltantes.

Por su parte, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema De Justicia, en la sentencia Rad 285587 del 07 de julio de 1995, ratificó su tesis adoptada en 1992 sobre la validez de la modificación

del contrato de trabajo que sea asentida tácitamente por el trabajador y no vulnere sus derechos y garantías mínimas. De otra parte, la H. CSJ, en la sentencia SL1183 de 2018, no casó la sentencia de segunda instancia que condenó al reajuste salarial derivado de la modificación unilateral del contrato, en cuanto el salario, por parte del empleador y sin anuencia del trabajador y que generó desmejora en las condiciones inicialmente pactadas.

Acogiendo las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, observa la Sala que el **DEMANDANTE** alega la ineficacia del *otro sí* suscrito el 1° de julio de 2016, el cual disminuyó la retribución directa del servicio de \$13.000.000 a \$11.700.000, alegando que se trató de una decisión impuesta por el empleador y que debió aceptar para no perder su empleo.

Al respecto, se advierte que el trabajador suscribió el *otro sí* que disminuyó el salario, sin efectuar reclamo u oposición alguna (Pág. 29 a 30 archivo “12ExpedienteDigitalFolios811a906”). A su vez, se aportó a la demanda la impresión de correos electrónicos relativos a la firma de la precitada modificación contractual, donde el **DEMANDANTE** se limitó a señalar un error aritmético en el monto del nuevo salario, sin realizar ningún reclamo u oposición relacionada con el cambio salarial (Pág. 7 archivo “04ExpedienteDigitalFolios201a280”). Del mismo modo, aportó a la demanda impresión de correos de reclamos salariales, no obstante, en éstos solo se discutió la falta de pago oportuno más no el monto acordado en el *otro sí* bajo estudio (Pág. 26 a 57 archivo “03ExpedienteDigitalFolios121a200”).

Del mismo modo, el interrogatorio de parte de las **DEMANDADAS** no evidencia confesión alguna sobre la presunta obligatoriedad de aceptar la disminución salarial, por cuanto JOSÉ MANUEL ACOSTA, representante legal de ambas sociedades, se limitó a señalar que la disminución salarial se planteó al **DEMANDANTE** y otros 21 empleados directivos y gerenciales, como una medida transitoria más sin fijar su límite máximo (50:29 archivo

“01SentenciaPrimeraInstanciaParte1”), manifestación que por sí sola no cumple los requisitos del artículo 191 CGP al no contener el reconocimiento expreso de conductas tendientes a presionar la firma del otro sí por el trabajador.

Por otra parte, si bien el testigo JUAN PABLO VARELA indicó que su salida de la compañía obedeció a que no firmó el *otro sí* de reducción salarial (15:50 archivo “02SentenciaPrimeraInstanciaParte2”), dicha afirmación resulta opuesta a la declaración de STEVEN CÓRDOBA, quien si bien aseguró que la disminución del salario fue impuesta a líderes, directores, gerentes y algunos consultores de rango superior, entre ellos el **DEMANDANTE**, por el temor de afectar la continuidad laboral, luego reconoció que pese no firmar dicho otro sí siguió vinculado hasta 2018, desvirtuando el riesgo de perder el empleo por no acceder a la disminución salarial planteada (02:21:08, 02:50:00 archivo “01SentenciaPrimeraInstanciaParte1”).()

A su vez, los testigos MARÍA PAULA OSPINA PERDOMO y ANDRÉS EDUARDO VILLA GÓMEZ fueron coincidentes en señalar que la disminución del salario se adoptó previa reunión de los líderes de consultoría en la cual se acordó la reducción del 10% como medida transitoria pero sin expectativa cierta de finalización, medida que pretendió evitar el recorte de personal ante los resultados adversos de la compañía, siendo libre la aceptación de la reducción (01:04:40, 01:14:40 archivo “02SentenciaPrimeraInstanciaParte2”; 12:40 archivo “03SentenciaPrimeraInstanciaParte3”).

Los elementos de prueba descritos permiten inferir, de forma razonable, que en el caso bajo estudio no se acreditó la presunta imposición del empleador al **DEMANDANTE** para aceptar la disminución salarial y, por el contrario, las pruebas practicadas permiten concluir que dicha medida se propuso a varios trabajadores de rango medio y alto gerencial, quienes eran libres de aceptarla y, en el caso específico del **DEMANDANTE**, este acordó de mutuo acuerdo y mediante otro sí disminuir su salario a \$11.700.000.

En consecuencia, la Sala accede a la suplicas del recurso de **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** y, en consecuencia, revocará la decisión que declaró ineficaz el *otro sí* suscrito el 1° de julio de 2016, lo que conlleva a la subsecuente revocatoria de las condenas a reliquidación salarial y de prestaciones sociales considerando un salario de \$13.000.000, así como del reconocimiento de la indemnización por no pago de intereses a la cesantía y no consignación de cesantías de 2016 y la moratoria, por cuanto su reconocimiento se fundó en el presunto pago deficitario derivado de considerar el monto de salario acordado en julio de 2016.

De otra parte, al ser declarado eficaz el acuerdo de modificación salarial firmado el 1° de julio de 2016, la Sala se releva de la petición del recurso de apelación del **DEMANDANTE** relativa a reactivar el *otro sí* de marzo de 2016 en cuanto pagos extrasalariales.

- **Sobre el reclamo de las primas extralegales técnica y comercial.**

En su recurso de apelación, el **DEMANDANTE** reclamó el pago de la prima técnica extralegal, señalando que tiene derecho a ésta en las mismas condiciones en que fue cancelada en 2015, al tratarse de un pago habitual y no existir motivo atribuible al trabajador para que cesara su reconocimiento.

Sobre este punto particular, advierte la Sala que ni el contrato de trabajo suscrito el 10 de abril de 2017 y los numerosos *otro sí* relativos al esquema remunerativo y de beneficios del trabajador consagró la denominada *prima técnica extralegal* (Pág. 58 a 81 archivo “11ExpedienteDigitalFolios731a810”, Pág. 1 a 33 archivo “12ExpedienteDigitalFolios811a906”).

No obstante, HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A. hoy **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.** allegó copia de la política que consagró dicho beneficio, la cual definió que se trata de un pago

extralegal no salarial conforme el artículo 128 CST, cuyo origen, permanencia y reconocimiento lo era por mera liberalidad de la empresa (carpeta “20MemorialRequerimiento20200717”).

Así las cosas, en nada interesa la presunta habitualidad en el pago de la *prima técnica extralegal* o falta de motivo atribuible al trabajador para la suspensión de su pago, por cuanto al tratarse de un incentivo extralegal concedido por mera liberalidad del empleador, este podía revocarlo unilateralmente en cualquier momento, con o sin aceptación del **DEMANDANTE**, motivo por el cual se confirmará la absolución al pago de dicho concepto.

Pasando a la denominada *prima extralegal comercial*, en su recurso de apelación el **DEMANDANTE** alegó que demostró el acuerdo verbal con el Presidente de la Compañía que le autorizó realizar gestión comercial y devengar el mismo porcentaje del 4% del valor del negocio reconocido a los comerciales.

El **DEMANDANTE** y los testigos STEVEN CÓRDOBA y JUAN PABLO VARELA fueron coincidentes en afirmar que mediante acuerdo verbal, pese ser miembros del equipo técnico de las **DEMANDADAS**, fueron autorizados para ejercer la actividad comercial y devengar la misma prima extralegal disfrutadas por los comerciales de las compañías.

Fue así como el **DEMANDANTE** aseguró que en 2015 se reunió junto con sus compañeros STEVEN CÓRDOBA y JUAN PABLO VARELA con el presidente y representante legal de las **DEMANDADAS**, el señor JOSÉ MANUEL ACOSTA, en el Hotel Bogotá y acordaron que ante el detrimento de ventas, los autorizó para efectuar gestión comercial (01:42:10 archivo “01SentenciaPrimeraInstanciaParte1”).

Por su parte STEVEN CÓRDOBA aseguró que en el Hotel Royal de Bogotá D.C. acordó verbalmente con JOSÉ MANUEL ACOSTA que él testigo, el **DEMANDANTE** y JUAN PABLO VARELA podrían elaborar

y cerrar propuestas comerciales, devengando el 4% del proyecto como la comisión comercial típicamente reconocida en la organización (02:14:27 archivo “01SentenciaPrimeraInstanciaParte1”). El testigo JUAN PABLO VARELA indicó que la prima extralegal comercial se causaba al momento de la venta por el 4% del valor del proyecto, la cual se creó a favor del **DEMANDANTE**, STEVEN CÓRDOBA y el mismo tras una reunión informal con JOSÉ MANUEL en 2015 o 2016 (13:40 archivo “02SentenciaPrimeraInstanciaParte2”).

La Sala dará plena credibilidad al dicho del **DEMANDANTE** y los testigos STEVEN CÓRDOBA y JUAN PABLO VARELA, por cuanto si bien el representante legal de las **DEMANDADAS** y los testigos MARÍA PAULA OSPINA PERDOMO y ANDRÉS EDUARDO VILLA GÓMEZ afirmaron vehementemente que ninguna persona del equipo técnico de las compañías devengó prima comercial, por ser un emolumento exclusivo del equipo comercial bajo la figura de comisiones, dichas manifestaciones son desestimadas por la prueba documental allegada al expediente, tal y como pasa a exponerse.

Con la demanda se allegó impresión de correos electrónicos que envió el **DEMANDANTE** desde [cocampo@humancapital.com.co](mailto:cocampo@humancapital.com.co) a usuarios externos obteniendo la aceptación de las propuestas por parte de CAJASAN, MUTUAL SER EPS, CREDISERVIR, LEGACYCOL, UPSISTEMAS, así como de los correos cruzados con JOSÉ MANUEL ACOSTA informando de los proyectos con cierre de negocio (vendidos) en el denominado *piloto de ventas* y dando explicaciones de la gestión de negocios (Pág. 57 a 80 archivo “05ExpedienteDigitalFolios281a360”, Pág. 1 a 49 archivo “06ExpedienteDigitalFolios361a440”).

Llama la atención de esta Sala la forma como JOSÉ MANUEL ACOSTA, desde el correo [jmacosta@humancapital.com.co](mailto:jmacosta@humancapital.com.co), felicitando al **DEMANDANTE** por el cierre comercial de proyectos y la prueba de la iniciativa de una visión técnica aportando a lo comercial, a través de correos del 11 y 18 de septiembre de 2015, al tiempo que el representante legal requería el cuadro informativo de tal piloto

mediante correo del 28 de octubre de 2015 (Pág. 5, 12, 13, 39 a 44 archivos “06ExpedienteDigitalFolios361a440”).

Así las cosas, los elementos de prueba descritos permiten concluir, sin lugar a duda, que JOSÉ MANUEL ACOSTA acordó, supervisó y evaluó el desarrollo de gestión comercial por el **DEMANDANTE**, actividad que conllevó al cierre comercial de varios proyectos, pese lo cual no es posible acceder a las suplicas de ordenar el pago de la prima extralegal comercial, por cuanto el acervo probatorio es insuficiente para determinar, con claridad y fuera de toda duda, las condiciones en que se pactó el reconocimiento de dicho emolumento.

En efecto, esta Corporación comparte la decisión de la *a quo* de que la falta de prueba de la política, directriz o pago de la prima extralegal comercial impide acreditar el compromiso real de pago de la misma más allá de la reunión informal por la cual se autorizó la gestión comercial al **DEMANDANTE**, falencia probatoria que impide a esta Sala fulminar condena ante la ausencia de prueba contundente de las características como porcentaje, valor sobre el cual efectuar las operaciones, condiciones de pago y en general de todos los aspectos útiles para delimitar el derecho en controversia.

- **Sobre la reliquidación de aportes legales a pensión.**

Procede la Sala a resolver la controversia relativa a la reliquidación de los aportes legales a pensión, toda vez que **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** reclamó en su recurso de apelación que canceló los aportes conforme el salario fijado por *otro sí* de julio de 2016 y, por tanto, debe ser revocada la condena impuesta en tal sentido.

Al respecto, advierte esta Sala que el fallo apelado ordenó reliquidar los aportes a pensión con un IBC de \$13.000.000 para los meses de agosto a diciembre del año 2013; enero, febrero, mayo y junio

de 2014; octubre, noviembre y diciembre de 2016; y enero y abril de 2017.

Revisadas las modificaciones al contrato de trabajo suscritos entre las partes, se advierte que mediante *otro sí* del 1° de marzo de 2013, se fijó como valor de salario la cifra de \$13.000.000, monto que solo disminuyó a \$11.700.000 hasta la suscripción del otro sí del 1° de julio de 2016 (Pág. 15 a 16, 29 a 30 archivo “*12ExpedienteDigitalFolios811a906*”).

Establecido el monto del salario, la historia laboral de COLPENSIONES, última donde se encuentra actualmente afiliado el **DEMANDANTE**, se acredita que únicamente respecto el periodo 2017-04 (\$10.282.651) el IBC fue inferior al monto del salario, por lo cual se accederá parcialmente a la suplica y se modificará el fallo en el sentido de ordenar la reliquidación por solo dicho periodo (Pág. 29 a 36 archivo “*02ExpedienteDigitalFolios61a120*”).

Por su parte, la demandada **BUSINESS TALENT CONSULTING S.A.S.** indicó en su recurso de apelación que los aportes efectuado en la relación laboral vigente de 2013 a 2015 se cancelaron en debida forma, sobre el 70% del salario integral, solicitando revocar las condenas en tal sentido.

Al respecto, sea lo primero indicar que el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, dispone que las cotizaciones a pensión se calculan sobre el 70% del salario integral.

Revisado el contrato de trabajo suscrito el 1° de agosto de 2013, se advierte que las partes pactaron como valor del salario integral la cifra de \$10.000.000, monto que fue reducido de mutuo acuerdo a la cifra de \$8.376.550 mediante otro sí del 1° de enero de 2015 (Pág. 16 a 20 archivo “*15ExpedienteDigitalFolios1061a1140*”, Pág. 23 a 24 archivo “*12ExpedienteDigitalFolios811a906*”).

En consecuencia, el 70% del salario integral correspondió a \$7.000.000 para los periodos de 2013-08 hasta 2014-12, mientras que para el periodo de 2015-01 se redujo a \$5.863.585 y revisada la historia laboral de COLPENSIONES, no obstante, el empleador pagó todos los aportes sobre un IBC inferior al que legalmente corresponde (Pág. 29 a 36 archivo “02ExpedienteDigitalFolios61a120”), procediendo la condena impuesta, motivo por el cual se confirmará dicha condena, advirtiendo que en todo caso se corregirá el nombre del empleador.

- **Sobre la condena al pago de aporte voluntario de pensión y rendimiento.**

El **DEMANDANTE** reclamó en su recurso de apelación que los aportes voluntarios de pensión no prescriben, por cuanto están destinados a mejorar el derecho pensional, de otra parte, reclamó que el pago tardío de los mismos lo privó del disfrute de rendimientos del 12%, los cuales deben ser ordenados.

Al respecto se advierte que las documentales aportadas acreditan que las **DEMANDADAS** reconocieron a favor del **DEMANDANTE** un plan institucional de pensiones con la AFP SKANDIA, a través de su vinculación al *multifund Skandia*, el cual según el reglamento adoptado por la AFP permite al patrocinador, en este caso las compañías, estipular condiciones para la consolidación de los derechos del trabajador partícipe y en el caso bajo estudio, se acordó que además del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, los aportes también se consolidan por la desvinculación laboral de la compañía (Pág. 34 a 79 archivo “10ExpedienteDigitalFolios651a730”, Pág. 1 a 8 archivo “11ExpedienteDigitalFolios731a810”).

Fue así como las **DEMANDADAS** el 29 de septiembre de 2017 autorizaron al **DEMANDANTE** para retirar ante la AFP los aportes del plan institucional, por cuanto dejó de laborar con las compañías (Pág. 9 y 10 archivo “15ExpedienteDigitalFolios1061a1140”).

Los elementos de prueba antes mencionados acreditan que los aportes voluntarios aportados a favor del **DEMANDANTE** en el *multifund Skandia* no tenían como destinación exclusiva la mejora de las pensiones legales, por cuanto podían ser consolidados en otro evento, a saber, al momento de desvinculación laboral de la compañía, recibiendo el **DEMANDANTE** inclusive la autorización para realizar su retiro ante la AFP, sin aportar prueba alguna de que no realizó dicho retiro, por ende, al haber incertidumbre de si la destinación dada a los aportes fue en efecto única y exclusivamente para mejorar su estatus pensional a futuro, no es viable considerar que son imprescriptibles, por lo cual se rechaza el recurso en tal sentido.

Respecto la procedencia de ordenar el pago de los rendimientos sobre el 12%, el reglamento del producto *multifund Skandia* indica de forma expresa en sus condiciones generales que la rentabilidad corresponde a una tasa interna de retorno en términos anuales, obtenido de aplicar el procedimiento señalado por la Entidad de Vigilancia y Control (Pág. 52 archivo “10ExpedienteDigitalFolios651a730”), sin que el **DEMANDANTE** aportará ningún certificado del histórico de tal rentabilidad o cualquier otra prueba que permita establecer el porcentaje del mismo y su variación a lo largo del tiempo, falencia probatoria que imposibilita a esta Corporación a proferir cualquier condena en tal sentido, por lo cual se mantendrá la absolución en tal sentido efectuada en el fallo apelado.

**- Sobre la indemnización por despido indirecto.**

En su recurso de apelación, **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** solicitó ser absuelta de la indemnización por despido indirecto, alegando que la carta de renuncia motivada no tiene asidero jurídico porque hubo pago total de los aportes, salarios y prestaciones.

Para resolver la solicitud es relevante considerar que el artículo 64 CST establece que, si el empleador da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas

contempladas en la Ley, deberá efectuar el pago de la indemnización consagrada en dicha norma.

Al respecto, la H. Sala Laboral de la CSJ ha sostenido de forma reiterada y pacífica que si bien por regla general el trabajador solo debe demostrar el hecho del despido para que el mismo se presuma injusto, en el caso que pretenda declarar que renunció por justa causa imputable al empleador, situación denominada como despido indirecto, deberá acreditar adicionalmente cual fue la justa causa imputable al empleador, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL14877 de 2016, SL4691 de 2018, SL1682 de 2019, SL4886 de 2020 entre otras.

En el caso bajo estudio, el **DEMANDANTE** presentó renuncia motivada el 24 de abril de 2017, documento en el cual alegó, entre otras causas, el no pago de la nómina mensual a tiempo y de manera completa durante más de un año, sin ninguna justificación, pese las constantes manifestación de desacuerdo del trabajador (Pág. 38 a 39, 43 archivo “*13ExpedienteDigitalFolios907a980*”).

Revisado el expediente, advierte la Sala que se aportó impresión de los correos electrónicos remitidos entre varias cuentas con dominio @humancapital.com.co, en los cuales se informó reiteradamente el pago tardío y fraccionado del salario, así:

- Aviso nómina mayo de 2016 de forma fraccionada (Pág. 50 archivo “*03ExpedienteDigitalFolios121a200*”).
- Aviso nómina julio de 2016 de forma fraccionada (Pág. 53 archivo “*03ExpedienteDigitalFolios121a200*”).
- Aviso pago salario octubre de 2016 a finales de noviembre de 2016 (Pág. 34 archivo “*03ExpedienteDigitalFolios121a200*”).

- Aviso pago nómina enero 2017 a finales de febrero de 2017 (Pág. 40 archivo “03ExpedienteDigitalFolios121a200”).
- Aviso imposibilidad de pagar nómina febrero de 2017, enviado el 16 de marzo de 2017 (Pág. 47 archivo “03ExpedienteDigitalFolios121a200”).

Se destacan los múltiples reclamos del **DEMANDANTE** solicitando el pago completo y oportuno de su nómina, sin recibir respuesta satisfactoria.

Así las cosas, pese revocarse la decisión de declarar ineficaz el otro sí del 1° de julio de 2016, la Sala acredita que en todo caso se acreditó el pago tardío y fraccionado del salario, razón alegada por el trabajador en su carta de renuncia motivada y que puede enmarcarse en la justa causa de terminación del contrato imputable al empleador del numeral 6° del literal b) del artículo 62 CST, a saber, el incumplimiento sistemático y sin razones válidas por parte del empleador de sus obligaciones convencionales o legales, siendo que el numeral 4° del artículo 57 *ibídem*, consagra como obligación del empleador el pago de la remuneración pactada en las condiciones, periodos y lugares convenidos.

En consecuencia, se mantendrá la condena al pago de la indemnización por despido, así como de la bonificación contractual por despido consagrada en otro sí del 1° de enero de 2017 (Pág. 32 y 33 archivo “12ExpedienteDigitalFolios811a906”), no obstante, como quiera que se considerará válida la disminución del salario efectuada por otro sí del 1° de julio de 2016, se reliquidaran dichas condenas sobre un salario de \$11.700.000 así:

Indemnización artículo 64 CST						
Desde	Hasta	Días	Ultimo salario	Salario diario	Días indemnización	Subtotal
10/04/2007	09/04/2008	360	\$ 11.700.000	\$ 390.000	20	\$7.800.000
10/04/2008	09/04/2009	360	\$ 11.700.000	\$ 390.000	15	\$5.850.000
10/04/2009	09/04/2010	360	\$ 11.700.000	\$ 390.000	15	\$5.850.000
10/04/2010	09/04/2011	360	\$ 11.700.000	\$ 390.000	15	\$5.850.000
10/04/2011	09/04/2012	360	\$ 11.700.000	\$ 390.000	15	\$5.850.000

Indemnización artículo 64 CST						
Desde	Hasta	Días	Ultimo salario	Salario diario	Días indemnización	Subtotal
10/04/2012	09/04/2013	360	\$ 11.700.000	\$ 390.000	15	\$5.850.000
10/04/2013	09/04/2014	360	\$ 11.700.000	\$ 390.000	15	\$5.850.000
10/04/2014	09/04/2015	360	\$ 11.700.000	\$ 390.000	15	\$5.850.000
10/04/2015	09/04/2016	360	\$ 11.700.000	\$ 390.000	15	\$5.850.000
10/04/2016	09/04/2017	360	\$ 11.700.000	\$ 390.000	15	\$5.850.000
10/04/2017	26/04/2017	17	\$ 11.700.000	\$ 390.000	0,7	\$ 276.250
<b>Total indemnización</b>					<b>\$</b>	<b>60.726.250</b>

Valor indemnización artículo 64 CST	\$	60.726.250
% bonificación contractual despido		53,85%
Total indemnización contractual	\$	32.701.086
<b>TOTAL ADEUDADO</b>	<b>\$</b>	<b>93.427.336</b>

**- Síntesis de la decisión.**

Respecto el contrato de trabajo vigente de 2007 a 2017, se considerará eficaz la suscripción del *otro sí* efectuada el 1º de julio de 2016 que disminuyó el salario, en consecuencia, revocará las condenas a reliquidación salarial y prestaciones sociales, indemnización por no pago de intereses a la cesantía, por no consignación de cesantías y moratoria.

Confirmará la absolución del pago de las primas extralegales técnica y comercial. Modificará la condena a la reliquidación de aportes a pensión solo respecto el periodo 2017-04, así mismo, se modificará el monto de la condena por indemnización por despido y bonificación contractual por despido.

Frente el contrato vigente de 2013 a 2015, se indicará el verdadero empleador y confirmará la condena a la reliquidación de los aportes legales a pensión.

Se mantendrá la absolución al pago de aportes voluntarios de pensión y sus rendimientos, en lo que respecta a ambas relaciones laborales.

Se confirmarán las costas de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el Numeral Primero del fallo de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la existencia de Dos contratos de trabajo a término indefinido: el primero, suscrito entre el demandante **CARLOS ALBERTO OCAMPO HERNÁNDEZ** y **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.**, vigente del 10 de abril de 2007 al 26 de abril de 2017, siendo el último salario de \$11.700.000 más los beneficios extralegales cuya naturaleza no fue discutida; el segundo contrato de trabajo suscrito por el demandante **CARLOS ALBERTO OCAMPO HERNÁNDEZ** y **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.**, vigente entre el 1º de agosto de 2013 y el 03 de enero de 2015, siendo el último salario integral de \$8.376.550.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.** a pagar a favor del **DEMANDANTE** las siguientes sumas: **a)** \$60.726.250 por concepto de indemnización por despido indirecto; **b)** \$32.701.086 por concepto de bonificación contractual por despido; **c)** la reliquidación de los aportes a pensión del periodo 2017-04, sobre un IBC de \$11.700.000, con ocasión del contrato de trabajo vigente de 2007 a 2017; **d)** la reliquidación de los aportes a pensión, por los periodos de 2013-08 a 2013-11, 2014-05 a 2014-08 y 2014-10 a 2014-12, sobre un IBC de \$7.000.000.

**TERCERO: REVOCAR** los numerales Cuarto, Quinto y Sexto de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás el fallo de primera instancia.

**QUINTO: SIN COSTAS** en la segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 01-2019-01328-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 02 de noviembre de 2022 del Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento, autorizó a **COLPENSIONES** obtener los perjuicios por las vías judiciales pertinentes y se abstuvo de condenar en costas (01:43:18 archivo “13AudioAudienciaFallo”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 76 a 88 archivo “01CuadernoPrincipal”).**

**GILBERTO RAMÍREZ PÉREZ** solicitó declarar nulo su traslado al RAIS, el traslado del saldo de su CAIP sin descuento alguno, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 25 de febrero de 1953; que se vinculó al extinto ISS el 18 de febrero de 1986; que en septiembre de 2003, se trasladó al RAIS mediante afiliación a

**PORVENIR S.A.**, la cual no le suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Afirmó que el 04 de octubre de 2019, solicitó a **COLPENSIONES** su retorno al RPM, petición rechazada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Indicó que el 17 de enero de 2000 solicitó a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** su traslado al RAIS y la vinculación a **PORVENIR S.A.** se trató de un traslado de AFP, de todos modos, se brindó información completa, veraz, clara y oportuna sobre los regímenes pensionales para permitir una decisión informada sopesando las consecuencias de permanecer en el RAIS en razón a las características del régimen de ahorro. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 152 a 172 archivo “01CuadernoPrincipa”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y que negó su petición de retorno al RPM. Manifestó que no le constan las circunstancias del traslado de régimen, en todo caso, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y porque el **DEMANDANTE** no acreditó ningún perjuicio derivado del traslado al RAIS ni las irregularidades alegadas en la demanda. Interpuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, error de un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad del acto administrativo, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (Pág. 178 a 196 archivo “01CuadernoPrincipa”).

Mediante auto proferido en oralidad el 03 de febrero de 2022, se dispuso la vinculación de **PROTECCIÓN S.A.** como litisconsorcio necesario por pasiva.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aseguró que la vinculación a la AFP de forma libre tras recibir información clara, correcta, adecuada y suficiente sobre el RAIS y las implicaciones de permanecer en dicho régimen, de lo que se dejó constancia expresa por escrito, siendo consciente el afiliado de que la construcción de su derecho pensional sería a partir del ahorro individual y rendimientos, así como los factores que inciden en la consolidación de ese derecho, de otra parte, la AFP garantizó el derecho de retracto y el afiliado exteriorizó actos que ratificaron su voluntad de permanecer en el RAIS. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara nulidad y/o ineficacia de afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara nulo y/o ineficaz la afiliación por falta de causa y porque afecta a terceros de buena fe y la genérica (archivo “10ContestacionProteccion”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:43:18 archivo “13AudioAudienciaFallo”).**

El 02 de noviembre de 2022, el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor GILBERTO RAMÍREZ PÉREZ, identificado con la C.C. No 19.212.452, a través del fondo administrado por la sociedad demandada, en este caso, FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. conforme lo expuesto en precedencia. SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado pensional del demandante señor GILBERTO RAMÍREZ PÉREZ, identificado con la C.C. No 19.212.452 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado; conforme a lo expuesto también en la parte motiva de este pronunciamiento. TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante señor GILBERTO RAMÍREZ PÉREZ,*

*identificado con la C.C. No 19.212.452 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el DEMANDANTE; conforme todo lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. **CUARTO DECLARAR** que la demandada COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del DEMANDANTE en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. **QUINTO DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las DEMANDADAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. **SEXTO:** Sin costas para ninguna de las partes en la presente instancia judicial. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedibilidad de las pretensiones.

Para resolver indicó que conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ, los elementos probatorios no acreditan que las AFP obraron conforme el deber de información y asesoría frente al **DEMANDANTE** explicando los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, sin que sus traslados de AFP convaliden la permanencia en el RAIS o la firma del formulario demuestre un convencimiento informado, por tanto, accedió a las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas.

### **III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora María Alejandra Barragán Coava, identificada con CC 1.063.300.940 y TP 305.329 del CSJ, quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo de primera instancia. Por su parte **PORVENIR S.A.**, a través del doctor Daniel Felipe Ramírez Sánchez, abogado de la firma apoderada de dicha parte, solicitó revocar el fallo. Agotado el término, los apoderados de las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos.

### **IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de

derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

## V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **GILBERTO RAMÍREZ PÉREZ** nació el 25 de febrero de 1953 (Pág. 18 archivo “01CuadernoPrincipal”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 18 de febrero de 1986 al 30 de noviembre de 1991, cotizando 247 semanas (Pág. 206 a 209 archivo “03ExpedienteAdministrativo”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 17 de enero de 2000, efectivo a partir del 1º de marzo de 2000 (Pág. 35 a 37 archivo “10ContestacionProteccion”); **iv)** el **DEMANDANTE** se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación del 30 de julio de 2003, efectivo a partir del 1º de septiembre de 2003, AFP donde permanece vinculado (Pág. 22 y 72 archivo “02ContestacionPorvenir”).

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

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

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

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

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos

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

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

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo se allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación ni al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio se limitó a indicar que no recibió asesoría por ninguna de las AFP sobre las características del RAIS, las consecuencias de su traslado a dicho régimen y la restricción de retorno al RPM por edad, por lo que tal circunstancia no es suficiente para beneficiar a las **DEMANDADAS**, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual

modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este

medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y 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. Del mismo modo, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y 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. Al momento de que las **DEMANDADAS** cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

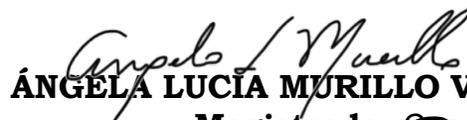
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**CUARTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: GILBERTO RAMIREZ PEREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 001 2019 01328 01

### **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

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

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.07-2019-00553-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 20 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia de la afiliación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS efectuado por la demandante **NANCY VASQUEZ FRANCO** a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, ordenó a dicho fondo trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, rendimientos y gastos de administración, sin descuento alguno, sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, ordenó a **COLPENSIONES** a recibir a la actora como su afiliada sin solución de continuidad, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (*min. 01:28:49, archivo "13AudienciaArticulo80CPLFallo"*).

## I. ANTECEDENTES

### • DEMANDA

**NANCY VASQUEZ FRANCO** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional realizado al RAIS, se ordene a **PROTECCIÓN** a trasladar la totalidad de los aportes y rendimientos generados al RPM, sin descuento alguno, se condene a **COLPENSIONES** a activarla en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. Como pretensión subsidiaria solicitó se condene a **PROTECCIÓN** a pagar la diferencia entre la pensión que se calcule en el RAIS y a la que tendría derecho en el RPM.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 21 de octubre de 1960 y se vinculó al ISS el 06 de enero de 1996; que el 21 de mayo de 1996 diligenció formulario de vinculación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, sin que recibiera información especializada sobre su situación pensional, no se le pusieron de presente escenarios comparativos ni proyecciones de capital o estimación de pensión y ha permanecido en el RAIS con la idea que su decisión había sido la más conveniente; que solicitó a **COLPENSIONES** la activación de la afiliación en el RPM, quien en comunicación del 12 de junio de 2019 negó lo pretendido, y a **PROTECCIÓN** le reclamó la nulidad de la afiliación, petición que a la fecha de la presentación de la demanda no había sido resuelta (*pág. 5 a 24, archivo “01CuadernoFisico”*).

### • CONTESTACIÓN DEMANDA.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su vinculación y permanencia en ese fondo de pensiones. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le costaban, formuló las excepciones de

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 y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (pág. 127 a 157, archivo “01CuadernoFisico”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación en el ISS, la presentación de la solicitud y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban, formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y la innominada o genérica (pág. 158 a 189, archivo “01CuadernoFisico”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:28:49, archivo “13AudienciaArticulo80CPLFallo”)

El 20 de octubre de 2022, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante NANCY VÁSQUEZ FRANCO con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 21 de mayo de 1996 contenido en el formulario No. 60001046665. **SEGUNDO: ORDENAR** a PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora NANCY VÁSQUEZ FRANCO 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 PROTECCIÓN a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante desde la fecha de su traslado desde febrero de 1996, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y 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. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede a PROTECCIÓN el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminado al juzgado relacionando todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, cuáles son los descuentos de los aportes objeto de devolución y los valores de su indexación y toda la información relevante que los justifique y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial en ese régimen desde el año 1983. **QUINTO:** Dadas las resultas del proceso, se declaran no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN. **SEXTO:** Las costas son a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en de 2 SMMLV, a la fecha del pago, a cargo de cada uno de los fondos demandados. **SÉPTIMO:** Ordénese la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, como entidad garantizada por la Nación, a fin de que el superior revise la legalidad de lo decidido.”*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si era procedente declarar la nulidad de la afiliación al RAIS o ineficacia realizada por la demandante y, por ende, dejar sin efecto el traslado realizado en mayo de 1996, junto con la obligación de la AFP de devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, sin descuento alguno.

Para resolver, el Juez indicó que, conforme el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que se le dio al afiliado al momento del traslado le corresponde al fondo de pensiones, por lo que dedujo, luego de revisar el expediente, que Protección no había allegado suficiente material probatorio para acreditar que suministró información clara, precisa y suficiente para que la demandante adoptara la decisión del traslado, sin que sea admisible el formulario de afiliación y traslado para suplir esta carga procesal, por lo que declaró la ineficacia de la afiliación y

traslado de régimen pensional junto con la correspondiente devolución de todos los aportes sin descuento alguno, debidamente indexados.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Afirmó que en el interrogatorio la parte actora omitió poner en conocimiento información y su declaración fue diferente a lo consignado en la demanda, por lo que considera que no se puede deducir que hubo falta al deber de información, cuando existe este tipo de contradicciones; que de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-086-2016 no se puede invertir de manera automática la carga de la prueba sino que se debe analizar cada caso en concreto; que a pesar de la devolución de todos los dineros, si se presenta una descapitalización del fondo común que se verá en el futuro; y que a COLPENSIONES no se le puede condenar en condena en costas (*min. 01:31:35, archivo “13AudienciaArticulo80CPLFallo”*).

### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

La firma de abogados CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., actuando como apoderada principal de **COLPENSIONES**, sustituyó el poder al Doctor David Ricardo Guillen Rodríguez, identificado con C.C. 1.014.180.670 y titular de la T.P. 220.267 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado de dicho fondo de pensiones, y en su escrito de alegatos reiteró los planteamientos señalados en el recurso.

PROTECCIÓN no intervino en esta etapa.

## V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) NANCY VASQUEZ FRANCO** se afilió al RPM a través de la Caja de Previsión Social de Bogotá el 20 de septiembre de 1990 (*pág. 38, archivo “01CuadernoFisico”*), posteriormente se afilió al ISS a partir del 1° de enero de 1996 (*pag. 47, archivo “03ExpedienteAdministrativoDemandante”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con AFP COLMENA hoy **PORVENIR S.A.** el 21 de mayo de 1996, con efectividad a partir del 1°

de julio del mismo año, donde sigue vinculada (*pág. 44 y 242 a 257, archivo “01CuadernoFisico”*).

**- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

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

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

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer

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

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

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

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la DEMANDANTE, la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN brindara asesoría completa y comprensible de los

aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó ya que solo se allegó el formulario de afiliación y la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y si bien la DEMANDANTE en el escrito inicial señaló que el asesor el fondo de pensiones le informó sobre la conveniencia de su traslado a RAIS ante la inminente desaparición del ISS y que la pensión iba a resultar más alta, y en el interrogatorio se limitó a indicar que fue el asesor quien le entregó los documentos para su afiliación, pero no le dio ninguna información adicional, dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida por la actora se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP PROTECCIÓN acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha

indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se confirmará esta condena.

Respecto del grado jurisdiccional de consulta, la Sala modificará la parte resolutive de la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del

traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

Igualmente, se modificará la orden dada a COLPENSIONES de recibir a la actora como su afiliada en el RPM, sin solución de continuidad, por cuanto la afiliación inicial en el ISS se dio en el año 1996 y no en el año 1983, y además, esta entidad deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y tenerlos como semanas válidamente cotizadas, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

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

Frente al argumento de apelación referido a que no es procedente la condena en costas, la Sala precisa que no le asiste razón

a COLPENSIONES por cuanto, conforme al artículo 365 del CGP las mismas serán impuestas a la parte vencida en el proceso, por lo que, al haberse opuesto a las pretensiones y al formular excepciones de mérito en contra del derecho en litigio, sin que su teoría del caso haya tenido prosperidad, esta condena opera por ministerio de la ley, siendo ella quien deba también asumir este concepto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora demandante NANCY VÁSQUEZ FRANCO con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 21 de mayo de 1996*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal CUARTO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial en ese régimen y a recibir de la AFP DEMANDADA los valores aludidos en el ordinal tercero e*

*incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

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

**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**SEXTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: NANCY VASQUEZ FRANCO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00553 01

### **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

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

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 08 2020 00278 01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la parte actora en cuantía de \$908.526 (*min. 10:17 archivo "Audiencia 30 11 2021 2020 00278" carpeta 16Audiencia 30 11 2021*).

**I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA**

**ÁLVARO GALINDO PARDO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se condene a la demandada a reliquidar su pensión de vejez con una tasa de remplazo del 90% del Ingreso Base de Liquidación de los últimos 10 años de cotización, a pagar el retroactivo pensional generado por las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el 1° de octubre de 2014 al 1°

de febrero de 2015, intereses moratorios, indexación, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento factico indicó que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 32162 del 12 de febrero de 2015 le reconoció pensión de vejez bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, a partir del 1° de octubre de 2015 (*sic*) en cuantía inicial de \$1.210.953, entidad que para liquidar la pensión de vejez no le tuvo en cuenta el IBL de los últimos 10 años de cotización; afirmó que cumplió 60 años de edad el 20 de septiembre de 2014 y que radicó reclamación administrativa ante la demandada el 04 de octubre de 2019, quien a través de la Resolución SUB 294181 del 24 de octubre de 2019 le negó la reliquidación de su pensión vejez (*pág. 2 a 8 archivo “02Demanda 2020-278”*).

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento de la pensión vejez al demandante, el número de semanas cotizadas, la reclamación administrativa y la negativa a la reliquidación, de los demás manifestó no ser ciertos. En su defensa propuso las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (*pág. 1 a 6 archivo “08Anexo1ContestacionDda278”*).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

(*Min. 10:17 archivo “Audiencia 30 11 2021 2020 00278”  
carpeta 16Audiencia 30 11 2021*)

El 30 de noviembre de 2021, el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor ÁLVARO GALINDO PARDO. **SEGUNDO:** DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción relevándose el Despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados, dadas las resultas del proceso. **TERCERO:** CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de la parte actora, líquidense por secretaría fijando como agencias en derecho la suma de \$908.526. **CUARTO:** Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de la parte demandante, en caso de no ser apelada remítanse las diligencias al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA en su favor”.

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si al demandante le asistía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2014 bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, la procedencia de la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años de servicio, el pago del retroactivo de las diferencias pensionales, intereses moratorios e indexación.

Para resolver indicó que no existía controversia sobre la calidad de pensionado del demandante bajo los lineamientos previstos en el Decreto 758 de 1990, a partir del 1° de febrero de 2015, con un IBL de \$1.345.503, tasa de remplazo del 90% y una mesada inicial de \$1.210.953; frente a la reliquidación de la pensión de vejez con el IBL de los últimos 10 años de servicios, indicó que la liquidación practicada por el despacho arrojó un IBL de \$1.187.347, por lo cual al aplicarle una tasa de remplazo del 90% la mesada inicial sería de \$1.068.612, siendo inferior al reconocido por COLPENSIONES, por lo que consideró que no era improcedente la reliquidación solicitada.

Frente al reconocimiento y pago del retroactivo pensional entre el 1° de octubre de 2014 al 1° de febrero de 2015 manifestó que dichos réditos se encuentran cobijados por el fenómeno extintivo de la prescripción.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Para sustentar solicitó se haga nuevamente la liquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que al practicar la misma el valor de la primera mesada pensional debió ser reconocida en la suma de \$1.294.514 teniendo en cuenta un IBL de \$1.438.349, y que se tengan en cuenta los tiempos que laboró el demandante con las empresas en las cuales realizó cotizaciones en los últimos 10 años; adicionalmente, reclamó el pago de intereses moratorios por la demora en el reconocimiento pensional y en la reliquidación (*min. 11:12 archivo “Audiencia 30 11 2021 2020 00278” carpeta 16Audiencia 30 11 2021*).

### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S.J., a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos solicitó se confirme el fallo de primera instancia.

Por su parte, el apoderado principal del demandante solicitó se revoque el fallo de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si le asiste derecho al demandante a la reliquidación de la pensión de vejez bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990, aplicando el IBL de los últimos 10 años y una tasa de remplazo del 90% con su correspondiente retroactivo, intereses moratorios e indexación.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 32162 del 12 de febrero de 2015, notificada el 19 de febrero siguiente, le reconoció a ÁLVARO PARDO GALINDO pensión de vejez bajo los postulados del Decreto 758 de 1990 en cuantía de \$ 1.210.953, a partir del 1° de febrero de 2015 con un IBL de \$1.345.503 y una tasa de remplazo del 90% (*pág. 3 a 11 archivo “03Anexo 2020-278”*); **ii)** el demandante solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de su pensión de vejez y el pago de retroactivo pensional por las mesadas causadas entre el 01 de octubre de 2014 al 01 de febrero de 2015, mediante radicado 2019\_13414796 del 04 de octubre de 2019 (*pág. 15 a 22 archivo “03Anexo 2020-278”*); **iii)** COLPENSIONES mediante Resolución SUB 294181 del 24 de octubre de 2019 negó al actor la reliquidación de su pensión vejez y el pago del retroactivo pensional (*pág. 15 a 22 archivo “03Anexo 2020-278”*); **iv)** y ÁLVARO PARDO GALINDO cotizó un total de 1.372,71 semanas en toda su vida laboral (*pág. 25 a 39 archivo “03Anexo 2020-278”*).

### - De la Reliquidación de la Pensión de Vejez

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio y dado que no fue objeto de alzada las condiciones en que se reconoció el derecho pensional a favor de ÁLVARO GALINDO PARDO, la Sala realizará las operaciones aritméticas del caso para determinar el IBL aplicable a la situación pensional del actor. Al efecto, se tendrá en

cuenta que la prestación fue reconocida bajo los parámetros definidos en el Acuerdo 049 de 1990, por aplicación del régimen de transición y que COLPENSIONES aplicó una tasa de remplazo del 90%.

Para ello, la Sala se remite a la historia laboral aportada con la demanda con fecha de expedición el 26 de septiembre de 2018 y la incorporada por COLPENSIONES en el expediente administrativo obtenida el 06 de abril de 2021, advirtiendo que el actor acreditó los requisitos de la pensión de vejez a partir del 20 de septiembre de 2014, fecha en que cumplió 60 años de edad, liquidación calculada así:

F/DESDE	F/HASTA	# DÍAS	SALARIO BASE	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
01/11/1995	30/11/1995	28	\$ 445.468,00	79,560000	18,250000	4,36	\$1.941.996,39	\$54.375.898,86
01/12/1995	31/12/1995	30	\$ 464.145,00	79,560000	18,250000	4,36	\$2.023.417,87	\$60.702.536,22
01/01/1996	31/01/1996	30	\$ 260.465,00	79,560000	21,800000	3,65	\$950.577,77	\$28.517.333,12
01/02/1996	29/02/1996	30	\$ 352.389,00	79,560000	21,800000	3,65	\$1.286.058,20	\$38.581.746,11
01/03/1996	31/03/1996	30	\$ 413.179,00	79,560000	21,800000	3,65	\$1.507.913,82	\$45.237.414,55
01/04/1996	30/04/1996	30	\$ 497.857,00	79,560000	21,800000	3,65	\$1.816.949,68	\$54.508.490,26
01/05/1996	31/05/1996	30	\$ 614.125,00	79,560000	21,800000	3,65	\$2.241.274,54	\$67.238.236,24
01/06/1996	30/06/1996	30	\$ 618.083,00	79,560000	21,800000	3,65	\$2.255.719,43	\$67.671.582,77
01/07/1996	31/07/1996	30	\$ 562.742,00	79,560000	21,800000	3,65	\$2.053.750,16	\$61.612.504,84
01/08/1996	31/08/1996	30	\$ 603.703,00	79,560000	21,800000	3,65	\$2.203.239,02	\$66.097.170,66
01/09/1996	30/09/1996	30	\$ 466.921,00	79,560000	21,800000	3,65	\$1.704.047,47	\$51.121.423,98
01/10/1996	31/10/1996	30	\$ 461.925,00	79,560000	21,800000	3,65	\$1.685.814,36	\$50.574.430,73
01/11/1996	30/11/1996	30	\$ 452.737,00	79,560000	21,800000	3,65	\$1.652.282,37	\$49.568.471,17
01/12/1996	31/12/1996	30	\$ 616.003,00	79,560000	21,800000	3,65	\$2.248.128,38	\$67.443.851,39
01/01/1997	31/01/1997	30	\$ 503.892,00	79,560000	26,520000	3,00	\$1.511.676,00	\$45.350.280,00
01/02/1997	28/02/1997	30	\$ 318.920,00	79,560000	26,520000	3,00	\$956.760,00	\$28.702.800,00
01/03/1997	31/03/1997	30	\$ 550.108,00	79,560000	26,520000	3,00	\$1.650.324,00	\$49.509.720,00
01/04/1997	30/04/1997	30	\$ 408.246,00	79,560000	26,520000	3,00	\$1.224.738,00	\$36.742.140,00
01/05/1997	31/05/1997	30	\$ 580.851,00	79,560000	26,520000	3,00	\$1.742.553,00	\$52.276.590,00
01/06/1997	30/06/1997	28	\$ 510.122,00	79,560000	26,520000	3,00	\$1.530.366,00	\$42.850.248,00
01/08/1997	31/08/1997	2	\$ 11.533,00	79,560000	26,520000	3,00	\$34.599,00	\$69.198,00
01/09/1997	30/09/1997	30	\$ 173.000,00	79,560000	26,520000	3,00	\$519.000,00	\$15.570.000,00
01/10/1997	31/10/1997	30	\$ 298.250,00	79,560000	26,520000	3,00	\$894.750,00	\$26.842.500,00
01/11/1997	30/11/1997	30	\$ 253.800,00	79,560000	26,520000	3,00	\$761.400,00	\$22.842.000,00
01/12/1997	31/12/1997	30	\$ 261.700,00	79,560000	26,520000	3,00	\$785.100,00	\$23.553.000,00
01/01/1998	31/01/1998	30	\$ 270.300,00	79,560000	31,210000	2,55	\$689.044,15	\$20.671.324,58
01/02/1998	28/02/1998	30	\$ 403.250,00	79,560000	31,210000	2,55	\$1.027.958,03	\$30.838.740,79
01/03/1998	31/03/1998	30	\$ 511.704,00	79,560000	31,210000	2,55	\$1.304.427,11	\$39.132.813,43
01/04/1998	30/04/1998	30	\$ 371.500,00	79,560000	31,210000	2,55	\$947.021,47	\$28.410.644,02
01/05/1998	31/05/1998	30	\$ 706.500,00	79,560000	31,210000	2,55	\$1.800.997,76	\$54.029.932,71
01/06/1998	30/06/1998	30	\$ 256.500,00	79,560000	31,210000	2,55	\$653.865,43	\$19.615.962,83
01/07/1998	31/07/1998	30	\$ 461.700,00	79,560000	31,210000	2,55	\$1.176.957,77	\$35.308.733,10
01/08/1998	31/08/1998	30	\$ 644.100,00	79,560000	31,210000	2,55	\$1.641.928,74	\$49.257.862,22
01/09/1998	30/09/1998	30	\$ 699.750,00	79,560000	31,210000	2,55	\$1.783.790,77	\$53.513.723,17
01/10/1998	31/10/1998	1	\$ 23.400,00	79,560000	31,210000	2,55	\$59.650,88	\$59.650,88
01/12/2000	31/12/2000	30	\$ 260.100,00	79,560000	39,790000	2,00	\$520.069,26	\$15.602.077,91
01/01/2001	31/01/2001	30	\$ 369.940,00	79,560000	43,270000	1,84	\$680.203,98	\$20.406.119,53
01/02/2001	28/02/2001	30	\$ 383.550,00	79,560000	43,270000	1,84	\$705.228,52	\$21.156.855,56
01/03/2001	31/03/2001	30	\$ 623.500,00	79,560000	43,270000	1,84	\$1.146.421,54	\$34.392.646,18
01/04/2001	30/04/2001	30	\$ 425.612,00	79,560000	43,270000	1,84	\$782.567,38	\$23.477.021,53
01/05/2001	31/05/2001	30	\$ 371.470,00	79,560000	43,270000	1,84	\$683.017,18	\$20.490.515,28
01/07/2001	31/07/2001	30	\$ 408.000,00	79,560000	43,270000	1,84	\$750.184,42	\$22.505.532,70
01/08/2001	31/08/2001	30	\$ 409.000,00	79,560000	43,270000	1,84	\$752.023,11	\$22.560.693,32
01/09/2001	30/09/2001	30	\$ 367.000,00	79,560000	43,270000	1,84	\$674.798,24	\$20.243.947,31
01/10/2001	31/10/2001	30	\$ 432.000,00	79,560000	43,270000	1,84	\$794.312,92	\$23.829.387,57

F/DESDE	F/HASTA	# DÍAS	SALARIO BASE	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
01/11/2001	30/11/2001	30	\$ 940.000,00	79,560000	43,270000	1,84	\$1.728.366,07	\$51.850.982,20
01/12/2001	31/12/2001	30	\$ 675.000,00	79,560000	43,270000	1,84	\$1.241.113,94	\$37.233.418,07
01/01/2002	31/01/2002	30	\$ 595.000,00	79,560000	46,580000	1,71	\$1.016.277,37	\$30.488.321,17
01/02/2002	28/02/2002	30	\$ 684.000,00	79,560000	46,580000	1,71	\$1.168.291,97	\$35.048.759,12
01/03/2002	31/03/2002	30	\$ 858.000,00	79,560000	46,580000	1,71	\$1.465.489,05	\$43.964.671,53
01/04/2002	30/04/2002	30	\$ 1.319.000,00	79,560000	46,580000	1,71	\$2.252.890,51	\$67.586.715,33
01/05/2002	31/05/2002	30	\$ 1.018.000,00	79,560000	46,580000	1,71	\$1.738.773,72	\$52.163.211,68
01/06/2002	30/06/2002	30	\$ 896.000,00	79,560000	46,580000	1,71	\$1.530.394,16	\$45.911.824,82
01/07/2002	31/07/2002	30	\$ 975.000,00	79,560000	46,580000	1,71	\$1.665.328,47	\$49.959.854,01
01/08/2002	31/08/2002	30	\$ 911.000,00	79,560000	46,580000	1,71	\$1.556.014,60	\$46.680.437,96
01/09/2002	30/09/2002	30	\$ 1.023.000,00	79,560000	46,580000	1,71	\$1.747.313,87	\$52.419.416,06
01/10/2002	31/10/2002	30	\$ 1.006.000,00	79,560000	46,580000	1,71	\$1.718.277,37	\$51.548.321,17
01/11/2002	30/11/2002	30	\$ 1.338.000,00	79,560000	46,580000	1,71	\$2.285.343,07	\$68.560.291,97
01/12/2002	31/12/2002	30	\$ 1.007.000,00	79,560000	46,580000	1,71	\$1.719.985,40	\$51.599.562,04
01/01/2003	31/01/2003	30	\$ 1.659.000,00	79,560000	49,830000	1,60	\$2.648.806,74	\$79.464.202,29
01/02/2003	28/02/2003	29	\$ 685.000,00	79,560000	49,830000	1,60	\$1.093.690,55	\$31.717.025,89
01/03/2003	31/03/2003	30	\$ 1.412.000,00	79,560000	49,830000	1,60	\$2.254.439,49	\$67.633.184,83
01/04/2003	30/04/2003	30	\$ 1.450.000,00	79,560000	49,830000	1,60	\$2.315.111,38	\$69.453.341,36
01/05/2003	31/05/2003	30	\$ 597.000,00	79,560000	49,830000	1,60	\$953.187,24	\$28.595.617,10
01/06/2003	30/06/2003	30	\$ 533.000,00	79,560000	49,830000	1,60	\$851.003,01	\$25.530.090,31
01/07/2003	31/07/2003	30	\$ 1.378.000,00	79,560000	49,830000	1,60	\$2.200.154,12	\$66.004.623,72
01/08/2003	31/08/2003	30	\$ 1.246.000,00	79,560000	49,830000	1,60	\$1.989.399,16	\$59.681.974,71
01/09/2003	30/09/2003	30	\$ 494.000,00	79,560000	49,830000	1,60	\$788.734,50	\$23.662.034,92
01/10/2003	31/10/2003	30	\$ 540.000,00	79,560000	49,830000	1,60	\$862.179,41	\$25.865.382,30
01/11/2003	30/11/2003	30	\$ 791.000,00	79,560000	49,830000	1,60	\$1.262.933,17	\$37.887.995,18
01/12/2003	31/12/2003	30	\$ 424.000,00	79,560000	49,830000	1,60	\$676.970,50	\$20.309.114,99
01/01/2004	31/01/2004	30	\$ 1.523.000,00	79,560000	53,070000	1,50	\$2.283.208,59	\$68.496.257,77
01/02/2004	28/02/2004	30	\$ 1.955.000,00	79,560000	53,070000	1,50	\$2.930.842,28	\$87.925.268,51
01/03/2004	31/03/2004	30	\$ 805.000,00	79,560000	53,070000	1,50	\$1.206.817,41	\$36.204.522,33
01/04/2004	30/04/2004	30	\$ 928.000,00	79,560000	53,070000	1,50	\$1.391.213,11	\$41.736.393,44
01/05/2004	31/05/2004	30	\$ 794.000,00	79,560000	53,070000	1,50	\$1.190.326,74	\$35.709.802,15
01/06/2004	30/06/2004	30	\$ 392.000,00	79,560000	53,070000	1,50	\$587.667,61	\$17.630.028,26
01/07/2004	31/07/2004	30	\$ 1.079.000,00	79,560000	53,070000	1,50	\$1.617.585,08	\$48.527.552,29
01/08/2004	30/08/2004	30	\$ 1.169.000,00	79,560000	53,070000	1,50	\$1.752.508,76	\$52.575.262,86
01/09/2004	30/09/2004	30	\$ 474.000,00	79,560000	53,070000	1,50	\$710.598,08	\$21.317.942,34
01/10/2004	31/12/2004	90	\$ 358.000,00	79,560000	53,070000	1,50	\$536.696,44	\$48.302.679,48
01/02/2005	01/02/2005	10	\$ 69.600,00	79,560000	55,990000	1,42	\$98.899,37	\$988.993,75
01/02/2006	30/04/2006	15	\$ 68.000,00	79,560000	58,700000	1,36	\$92.164,91	\$1.382.473,59
01/05/2006	30/06/2006	60	\$ 550.000,00	79,560000	58,700000	1,36	\$745.451,45	\$44.727.086,88
01/07/2006	30/11/2006	150	\$ 408.000,00	79,560000	58,700000	1,36	\$552.989,44	\$82.948.415,67
01/12/2006	31/12/2006	5	\$ 68.000,00	79,560000	58,700000	1,36	\$92.164,91	\$460.824,53
01/01/2007	31/12/2007	60	\$ 72.283,00	79,560000	61,330000	1,30	\$93.768,72	\$5.626.123,08
01/01/2008	31/05/2008	20	\$ 65.267,00	79,560000	64,820000	1,23	\$80.108,65	\$1.602.172,95
01/08/2008	31/08/2008	30	\$ 1.657.000,00	79,560000	64,820000	1,23	\$2.033.800,06	\$61.014.001,85
01/09/2008	30/09/2008	30	\$ 2.285.000,00	79,560000	64,820000	1,23	\$2.804.606,60	\$84.138.198,09
01/10/2008	31/10/2008	30	\$ 1.779.000,00	79,560000	64,820000	1,23	\$2.183.542,73	\$65.506.282,01
01/11/2008	30/11/2008	30	\$ 1.225.000,00	79,560000	64,820000	1,23	\$1.503.563,71	\$45.106.911,45
01/12/2008	31/12/2008	30	\$ 987.000,00	79,560000	64,820000	1,23	\$1.211.442,76	\$36.343.282,94
01/01/2009	31/01/2009	10	\$ 166.000,00	79,560000	69,800000	1,14	\$189.211,46	\$1.892.114,61
01/02/2010	28/02/2010	30	\$ 779.000,00	79,560000	71,200000	1,12	\$870.466,85	\$26.114.005,62
01/03/2010	31/03/2010	30	\$ 1.048.000,00	79,560000	71,200000	1,12	\$1.171.051,69	\$35.131.550,56
01/04/2010	30/04/2010	30	\$ 1.660.000,00	79,560000	71,200000	1,12	\$1.854.910,11	\$55.647.303,37
01/05/2010	31/05/2010	30	\$ 2.250.000,00	79,560000	71,200000	1,12	\$2.514.185,39	\$75.425.561,80
01/06/2010	30/06/2010	30	\$ 1.255.000,00	79,560000	71,200000	1,12	\$1.402.356,74	\$42.070.702,25
01/07/2010	31/07/2010	30	\$ 573.000,00	79,560000	71,200000	1,12	\$640.279,21	\$19.208.376,40
01/08/2010	31/08/2010	30	\$ 829.000,00	79,560000	71,200000	1,12	\$926.337,64	\$27.790.129,21
01/09/2010	30/09/2010	30	\$ 1.295.000,00	79,560000	71,200000	1,12	\$1.447.053,37	\$43.411.601,12
01/10/2010	31/10/2010	30	\$ 825.000,00	79,560000	71,200000	1,12	\$921.867,98	\$27.656.039,33
01/11/2010	30/11/2010	30	\$ 552.000,00	79,560000	71,200000	1,12	\$616.813,48	\$18.504.404,49
01/12/2010	31/12/2010	30	\$ 1.021.000,00	79,560000	71,200000	1,12	\$1.140.881,46	\$34.226.443,82
01/01/2011	31/01/2011	30	\$ 634.000,00	79,560000	73,450000	1,08	\$686.739,82	\$20.602.194,69
01/02/2011	28/02/2011	30	\$ 1.374.000,00	79,560000	73,450000	1,08	\$1.488.297,35	\$44.648.920,35
01/04/2013	30/04/2013	30	\$ 682.000,00	79,560000	78,050000	1,02	\$695.194,36	\$20.855.830,88
01/05/2013	31/05/2013	30	\$ 646.000,00	79,560000	78,050000	1,02	\$658.497,89	\$19.754.936,58
01/06/2013	30/06/2013	30	\$ 774.000,00	79,560000	78,050000	1,02	\$788.974,25	\$23.669.227,42
01/07/2013	31/07/2013	2	\$ 39.300,00	79,560000	78,050000	1,02	\$40.060,32	\$80.120,64
01/03/2014	30/09/2014	210	\$ 650.000,00	79,560000	79,560000	1,00	\$650.000,00	\$136.500.000,00

F/DESDE	F/HASTA	# DÍAS	SALARIO BASE	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
	Totales	3600						\$4.445.344.065,65

IBL  $\$1.234.818 \times 90\% = \$1.111.336$ .

Por tanto, el valor de la primera mesada pensional para la fecha en que el demandante cumplió su estatus jurídico (20 de septiembre de 2014) y el momento en que dejó de cotizar para la contingencia de vejez, asciende a la suma de \$1.111.336, valor que reajustado conforme con al IPC, se obtiene como mesada para el año 2015 la cantidad de \$1.152.011.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la suma aquí definida es inferior a la reconocida por COLPENSIONES (*pág. 3 a 11 archivo "03Anexo 2020-278"*), no hay lugar a la reliquidación solicitada.

Y si bien el actor tenía derecho al disfrute de la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2014, al retroactivo pensional causando entre esa fecha y el momento en que se le comenzó a pagar la prestación por parte de la entidad demandada, así como a los intereses moratorios por la demora en el pago de estas mesadas pensionales, dichos conceptos se encuentran cobijados bajo la figura de la prescripción extintiva, dado que tanto la reclamación administrativa (*04 de octubre de 2019, pág. 12 archivo "02Demanda 2020-278"*) como la presente acción ordinaria (*07 de septiembre de 2020, archivo "01SECUENCIA9507"*), se presentaron más allá del término de tres años, previsto en el artículo 151 del CPTSS, contados desde la fecha en que se efectuó la notificación de la Resolución GNR32162 de 2015 (19 de febrero de 2015), acto administrativo que no fue controvertido en sede administrativa, pues no hay prueba en tal sentido.

Las anteriores son razones suficientes para confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

**RESUELVE**

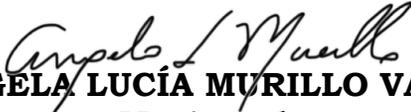
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**TERCERO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.09-2021-00091-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentenciadel 12 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS efectuado por la demandante **YENSI LEON RODRIGUEZ** a la **AFP PORVENIR**, ordenó a dicho fondo y a **PROTECCIÓN** trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, sin descuento alguno, así como lo descontado por cuotas de administración y comisiones, condenó a **COLPENSIONES** a recibir todos los dineros que le fueran trasladados y abonarlos al fondo común como semanas, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la **AFP PORVENIR** (*min. 01:08:46, archivo "17AudioAudiencia"*).

## I. ANTECEDENTES

### • DEMANDA

**YENSI LEON RODRIGUEZ** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS por la inobservancia del deber de información y, en consecuencia, se condene a las AFP demandadas a trasladar **COLPENSIONES** la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, y a **COLPENSIONES** a activar la afiliación y a recibir la totalidad de aportes, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que inició aportando a pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, luego se afilió a **PORVENIR** el 30 de septiembre de 1999 y posteriormente suscribió formulario de afiliación con **PROTECCIÓN** el 28 de agosto de 2002; que los fondos del régimen privado omitieron brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como también de las características de ambos regímenes pensionales; indicó que según proyección recibiría como mesada pensional un SMMLV mientras que en **COLPENSIONES** la mesada ascendería a \$3.404.834, por lo que al considerar la falta al deber de información, el 7 de diciembre de 2020 solicitó a las AFP la anulación de la afiliación y a **COLPENSIONES** le solicitó la activación de la afiliación en comunicación del 16 de diciembre siguiente, sin que recibiera respuesta satisfactoria (*pág. 150 a 162, archivo “01DemandaAnexosActaReparto”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación y las cotizaciones realizadas por la demandante al ISS, el traslado y la afiliación en el RAIS, la proyección de mesada pensional en el régimen privado, la radicación de las solicitudes y las respuestas. Expresó que los demás hechos no le constaban, formuló las excepciones de *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, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, 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 (pág. 1 a 37, archivo “07ContestacionColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación y vinculación con esa AFP, la proyección de la mesada pensional de la demandante, la solicitud radicada y su respuesta. Expresó que los hechos no eran ciertos o no les constaba, formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara 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 la innominada o genérica (pág. 1 a 26, archivo “08ContestacionProteccion”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la solicitud radicada por la parte actora y su respuesta. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le costaban, formuló las excepciones 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 (pág. 76 a 106, archivo “09ContestacionPorvenir”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:08:46, archivo “17AudioAudiencia”)

El 12 de septiembre de 2022, el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO. DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Yensi León Rodríguez, entre el RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A., el 30 de septiembre de 1999. **SEGUNDO. CONDENAR** a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Yensi León Rodríguez, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante Yensi León Rodríguez, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **CUARTO. CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir de Protección y Porvenir todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas. **QUINTO. DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones. **SEXTO. COSTAS.** Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría y fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta decisión. **SÉPTIMO.** De no ser apelado, remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS.”

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si procedía la declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado que realizó la demandante entre el RPM y el RAIS administrado por **PORVENIR**, la devolución de todos los dineros que hubieren recibido las administradoras con motivo de la afiliación y la obligación de **COLPENSIONES** de recibir los recursos y reactivar la afiliación en el RPM.

Para resolver, la Juez indicó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CS, al revisar las pruebas encontró que **PORVENIR** no informó a la parte actora las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, por lo que se impidió que la usuaria contara con elementos de juicio suficientes para que determinara según sus intereses qué régimen le resultaba más benéfico, carga probatoria que recaía en dicho fondo de pensiones, por lo que al no quedar demostrada ese cumplimiento, declaró la ineficacia del acto del traslado.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación. Afirmó que en el presente asunto no se configuró el vicio del consentimiento que afecte la ineficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y las diferentes administradoras de pensiones, por lo que no se está en presencia de la nulidad prevista en el artículo 1740 del Código Civil y la misma tampoco se alegó en el término previsto en el artículo 1750 del Código Civil, por lo que si la demandante no se vio afectada con el traslado al no ser beneficiaria del régimen de transición y no tenía una expectativa legítima para adquirir su derecho pensional en el RPM, era la actora quien tenía la carga de la prueba; que no es razonable imponer a las administradoras obligaciones y soportes no previstos para el momento del traslado, por lo que considera que se presume válido el traslado efectuado por

YENSI LEON RODRIGUEZ (*min. 01:11:13, archivo "17AudioAudiencia"*)).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el doctor Nicolas Eduardo Ramos Ramos, con C.C. 53.074.475 y titular de la T.P. 287.274 del C.S.J., allegó documental que acredita su calidad de abogado de la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien actúa como apoderada principal de **PORVENIR S.A.**, motivo por el cual se le reconoce como apoderado de dicho fondo de pensiones, y en el escrito de alegatos solicitó al revocatoria de primera instancia, al considerar que el traslado al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente y para la fecha del traslado no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría.

La apoderada de la demandante solicitó la confirmación de la sentencia recurrida.

Las demás partes no se pronunciaron en esta etapa.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) YENSI LEON RODRIGUEZ** nació el 05 de febrero de 1964 y se afilió al ISS a partir del 13 de agosto de 1984 (*pág. 5 y 82, archivo “1DemandaAnexosActaReparto”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 30 de septiembre de 1999, con efectividad a partir del 1° de noviembre del mismo año (*pág. 41, 42 y 48, archivo “09ContestacionPorvenir”*), **iii)** y posteriormente realizó traslado en el RAIS a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 28 de agosto de 2002, efectiva a partir del 1° de octubre de 2002, donde actualmente sigue vinculada (*pág. 51, archivo “08ContestacionProteccion”*)

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin

presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de

2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional,

conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la DEMANDANTE, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó ya que solo se allegó el formulario de afiliación y la sola firma del formulario por parte de la afiliada no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que los asesores le informaron únicamente beneficios y que el ISS se iba a acabar, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendidase demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad

informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609

de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que COLPENSIONES debe recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

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

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, bonos pensionales y rendimientos financieros. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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 el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, durante el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Al momento de que las **DEMANDADAS** cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

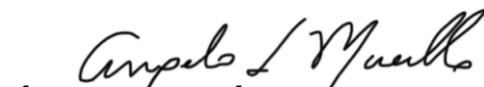
**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**SEXTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: YENSI LEON RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2021 00091 01

### **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

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

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.11-2017-00211-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2021 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de dos contratos de trabajo y condenó a la pasiva al pago del cálculo actuarial por aportes pensionales y costas procesales, y absolvió de las demás pretensiones (*min. 33:55, archivo "35.1Audiencia"*).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**ELCY BARRETO MURILLO** llamó a juicio a **CARMEN ELENA MONTALVO OCAMPO** y **ANTONIO JOSE BEDOYA DAMELINES** con el fin de que se declare la existencia del contrato de trabajo, que no fue afiliada a seguridad, no le pagaron las prestaciones sociales y solo el 50% de su salario, por lo que solicita se condene al pago de pensión sanción, indemnización por no pago oportuno de mesadas,

prestaciones sociales, salarios, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que fue contratada por **CARMEN ELENA MONTALVO OCAMPO** y **ANTONIO JOSE BEDOYA DAMELINES**, mediante contrato de trabajo verbal, desde el 02 de enero de 1997 hasta el 31 de marzo de 2014, para cumplir los servicios de empleada doméstica, de lunes a sábado de cinco de la mañana hasta las diez de la noche, con un salario al inicio de \$80.000 y un salario de \$350.000 al finalizar el contrato de trabajo; que a la presentación de la demanda contaba con 71 años de edad y quedurante la vigencia de la relación laboral no fue afiliada a seguridad social, no le pagaron el 50% de su salario y tampoco sus prestaciones sociales.

Manifestó que el 02 de marzo de 2014, sufrió un ataque de tos, por lo que fue internada en el Hospital Mario Gaitán Yanguas durante seis días, cuyos gastos estuvieron a cargo del régimen subsidiado; que los demandados al verla que no tenía capacidad para seguir desempeñándose como empleada doméstica decidieron prescindir de sus servicios; que el 21 de mayo de 2014, sus empleadores le hicieron entrega de \$7.000.000 en calidad de bonificación por servicios prestados, mediante un contrato de transacción; y que el 03 de diciembre de 2015, presentó acción de tutela contra sus empleadores, la cual fue negada por parte del Juzgado 41 Civil Municipal de Bogotá, donde aquellos aceptaron que no la afiliaron a seguridad social (*pág. 2 a 13, archivo "006EscritoDeSubsanacion*).

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**ANTONIO JOSE BEDOYA DAMELINES** y **CARMEN ELENA MONTALVO OCAMPO** se opusieron a todas las pretensiones. Aceptaron la existencia de los contratos de trabajo, la edad de la

demandante, el cargo desempeñado, la situación de salud de la actora, la existencia del contrato de transacción y el fallo de tutela. Expresaron que los demás hechos no eran ciertos y formularon las excepciones de *prescripción de derechos laborales reclamados*, inexistencia de la obligación, cobro de lo debido, transacción y lainnominada o genérica, (folios 95 a 125 y 136 a 167, cuaderno físico).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 33:55, archivo "43.1 Audiencia")

El 14 de septiembre de 2021, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"(...) PRIMERO: DECLARAR la existencia de dos contratos de trabajo verbales a término indefinido suscritos entre la ciudadana ELCY BARRETO MURILLO y los ciudadanos CARMEN HELENA MONTALVO OCAMPO y ANTONIO JOSE BEDOYA DAMELINES, vigentes entre el 02 de enero de 1997 y hasta el 31 de diciembre de 1998 y el segundo comprendido desde el 01 de enero del año 2000 hasta el 31 de marzo del año 2014 en virtud de los cuales desempeño el cargo de empleada del servicio doméstico devengando como remuneración una suma mensual igual a un salario mínimo legal mensual vigente por cada anualidad el cual finalizó por renuncia de la aquí demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: ORDENAR a los demandados CARMEN HELENA MONTALVO OCAMPO y ANTONIO JOSE BEDOYA DAMELINES, a la ejecutoria de la presente sentencia, solicitar el cálculo actuarial ante la omisión de afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones a la entidad que designe o escoja libremente la aquí demandante y en caso de no ser realizado frente al régimen de ahorro individual ante la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, a solicitar la elaboración del cálculo actuarial y al pago del mismo respecto de los periodos señalados y en los cuales estuvieron vigentes los dos periodos de relación de trabajo de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de la presente sentencia. TERCERO: ABSOLVER a los demandados CARMEN HELENA MONTALVO OCAMPO y ANTONIO JOSE BEDOYA DAMELINES de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la aquí demandante ELCY BARRETO MURILLO de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva del presente proveído. CUARTO: DECLARAR probados los hechos sustento de la excepción de transacción propuesta por los demandados y no probadas las demás excepciones propuestas conforme a la parte considerativa de la presente sentencia. QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada liquídense por secretaria, inclúyanse en ellas la suma de \$ 3.000.000 valor en que se estiman las agendas en derecho, \$ 1.500.000*

*por cada uno de los demandados a razón del 50% y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia (...)*”.

El Juzgado de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si existió una relación laboral a término indefinido, extremos temporales, cargo, salario devengado y la prosperidad de las prestaciones reclamadas.

El Juez indicó que conforme con la documental aportada no había duda de la existencia de la relación laboral, dada la aceptación de los demandados. Frente al salario lo fijó en cuantía de un SMLMV, por cuanto los pagos demostrados se hicieron por una suma inferior; respecto de los extremos declaró que existieron dos contratos de trabajo desde el 2 de enero de 1997 a 31 de diciembre de 1998 y 01 de enero de 2000 a 31 de marzo de 2014, conforme con el contrato de transacción, el cual consideró como válido al no haberse invocado ninguna pretensión en su contra. Sobre la reliquidación de prestaciones sociales señaló que conforme con esa transacción, la cual no fue tachada ni refutada por la parte actora, en ella la demandante aceptó que los demandados estaban a paz y salvo respecto de estos conceptos, por lo que impartió absolución de las prestaciones económicas reclamadas. También absolvió de la indemnización por despido injusto y de la pensión al considerar que conforme con el acuerdo transaccional, el contrato se terminó de forma voluntaria, pero dispuso el pago del cálculo actuarial para validar los tiempos de servicios prestados sin cobertura a pensión.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN.**

El apoderado de **ELCY BARRETO MURILLO** interpuso recurso de apelación. Adujo que hubo un error y mal análisis de las pruebas, en especial del contrato de transacción puesto que en los hechos se mencionó que la demandante fue coaccionada para firmarlo por su estado de salud, por lo que el juez conforme con las facultades extra y ultra petita debió considerar que los derechos ciertos e indiscutibles no quedaron a paz y salvo en el contrato de transacción, declarando

esa transacción como ineficaz, caso en el cual se configuraría el despido sin justa causa, el derecho al pago de la pensión sanción y las demás prestaciones sociales reclamadas en la demanda; afirmó que los aportes a seguridad social y las cesantías no prescriben y que los pagos parciales de cesantías son ineficaces; y finalmente, reclama el pago de indemnización moratoria por el no pago de prestaciones y el no pago de seguridad social (*min. 37:05, archivo "43.1Audiencia"*).

El apoderado de los demandados presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la decisión en cuanto ordenó el pago de aportes pensionales. Afirmó que no se tuvo en cuenta que en el interrogatorio la demandante señaló que el contrato de trabajo no fue hasta el 31 de marzo de 2014, sino que desde que ella salió del hospital el 6 de marzo no volvió a su sitio de trabajo, por lo que considera que esa segunda relación laboral finalizó el 7 de marzo de 2014, fecha en que se debió reintegrar como empleada de servicio doméstico; que si bien en el acta de transacción se señaló que laboró hasta el 31 de marzo de 2014, debió declararse que fue desde el 1° de enero de 2000 hasta el 7 de marzo de 2014 en atención al principio de la realidad; y solicitó se estudie la excepción de prescripción de las prestaciones reclamadas dado que la demanda fue radicada solo hasta el 31 de marzo de 2017 (sic) (*min. 50:19, archivo "43.1Audiencia"*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante solicitó revocar parcialmente la sentencia de primera instancia para que se accedan a las pretensiones contenidas en la demanda, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

El apoderado de los demandados en su intervención manifestó que se debe revocar la sentencia dado que no procede el pago de aportes pensionales, existe imposibilidad de afiliación y que, en todo

caso, todos los derechos laborales reclamados se encuentran prescritos.

## V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar el alcance y eficacia del contrato de transacción, el extremo final del segundo contrato de trabajo que existió entre las partes, la viabilidad de las prestaciones reclamadas en la demanda y si se encuentra configurado el fenómeno de la prescripción, de conformidad con lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* entre la demandante **ELCY BARRETO MURILLO** y los demandados como empleadores **CARMEN ELENA MONTALVO OCAMPO** y **ANTONIO JOSE BEDOYA DAMELINES** existieron dos contratos de trabajo a término indefinido para prestar el servicio doméstico, con remuneración de Un (1) SMLMV, el primer contrato desde el 02 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1998 y el segundo desde el 1° de enero de 2000 hasta marzo de 2014 (*fue establecido en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de recurso por ninguna de las partes*); *ii)* y entre las partes se celebró un contrato de transacción el 21 de mayo de 2014 (*pág. 12 y 23, archivo "003Demanda"*).

- **Sobre la transacción.**

Conforme el artículo 2469 del Código Civil, la transacción es el contrato por el cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio, convenio que produce los efectos de cosa juzgada en última instancia según el artículo 2483 *ibidem*. Las precitadas normas condicionaron la validez de la transacción a que los contratantes sean capaces para disponer de los derechos objeto de la transacción

En materia laboral, los artículos 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo – CST otorgan validez a la transacción entre las partes del contrato de trabajo, siempre y cuando no se desconozcan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, es decir, derechos respecto de los cuales no haya duda alguna del sustento normativo que los genera, ni duda de la ocurrencia de los supuestos que la norma contempla para que se causen. Por tanto, la transacción en asuntos laborales y de la seguridad social será válida siempre y cuando se trate sobre derechos inciertos y discutibles, careciendo de efectos jurídicos toda estipulación que afecte los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador o afiliado.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado y reiterado que *“un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad”* (SL Rad. 32051 de 2009, SL4464-2014, SL1062-2018, SL1982-2019, entre otras).

En el presunto asunto la parte demandante en la alzada cuestiona que debió declararse ineficaz el contrato de transacción suscrito entre las partes, en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, porque se incluyeron derechos ciertos e indiscutibles de **ELCY BARRETO MURILLO**.

Sobre el particular, una vez revisada la demanda y su subsanación, encuentra la Sala que no se elevó ninguna pretensión que cuestione la eficacia o validez del contrato de transacción que suscribió la demandante con sus empleadores **CARMEN ELENA MONTALVO OCAMPO** y **ANTONIO JOSE BEDOYA DAMELINES** el 21 de mayo de 2014 (*pág. 12 y 13, archivo "003Demanda"*) y tampoco fue objeto de litigio en la instancia, por lo que no es posible que en el recurso de apelación se eleven pretensiones nuevas que no fueron objeto de controversia en el trámite del primer grado, aspecto que vulneraría el derecho al debido proceso, el derecho de defensa y contradicción que le asiste a la parte pasiva, en este tipo de asuntos.

Por tanto, al no existir suplica alguna de la parte interesada, le estaba vedado al *a quo* realizar el estudio de los requisitos de validez de este tipo de acuerdos extrajudiciales, incluso haciendo uso de las facultades que le confiere la ley al Juez Laboral, con virtud del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, precisamente porque no fue un tema discutido en el proceso, lo que descarta el planteamiento de la parte demandante.

Con todo, se debe precisar que conforme con el contenido de la citada transacción, emerge con claridad que el acuerdo al que allegaron las partes no cobijó derechos ciertos e indiscutibles de la trabajadora, pues si finalidad fue la de quedar a paz y salvo de todo concepto que haya surgido en la relación laboral "*frente a lo que la Ley permite transar*", aspecto que corrobora la cláusula tercera del contrato suscrito el 21 de mayo de 2014, al indicar el cumplimiento del artículo 15 del CST.

Bajo ese escenario, el acuerdo de transacción aportado con la demanda y no desconocido en la contestación, goza de plena validez frente a derechos inciertos y discutibles. Frente a los demás derechos que se reclaman en la demanda (prestaciones sociales, salarios y aportes pensionales) le correspondía a la parte demandada la carga de

la prueba de demostrar los pagos respectivos y al Juez su acreditación o reconocimiento.

Por eso, resulta ajustada la decisión de primer grado que estableció que el segundo contrato de trabajo se terminó de forma voluntaria por la trabajadora el 31 de marzo de 2014, pues así se desprende del alcance del contrato de transacción.

Y el hecho de que **ELCY BARRETO MURILLO** haya señalado en su interrogatorio (*min. 6:53, archivo "40.1Audiencia"*) que desde que se hospitalizó no volvió a prestar el servicio, circunstancia que ocurrió el 02 de marzo de 2014 (*pág. 28, archivo "003Demanda"*), aspecto que también fue mencionado por los testigos Alexandra Paola Ricaurte Contreras (*min. 6:53, archivo "40.1Audiencia"*) y Felipe Andrés Bedoya Cataño (*min. 39:40, archivo "40.1Audiencia"*), no tiene la suficiente fuerza para desvirtuar el contenido del acuerdo transaccional que se considera válido. Además, la parte demandada allegó liquidaciones que dan cuenta que hasta esa fecha (31 de marzo) se le pagaron prestaciones sociales y vacaciones (*folios 135 a 169, expediente físico*). De esta manera se resuelve el primer punto de apelación de la pasiva.

- **Sobre la pensión sanción**

El artículo 133 de la Ley 100 de 1993 estableció la pensión sanción para el trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante (15) años, continuos o discontinuos.

Así, para causar esta prestación pensional deben concurrir tres requisitos. El primero, que el empleador haya omitido la afiliación a seguridad social del trabajador; segundo, que el trabajador sea despedido sin justa causa; y tercero, que el trabajador, para este caso, tenga 15 o más años de servicios continuos o discontinuos a favor del mismo empleador.

Los demandados en la contestación de la demanda señalaron que **ELCY BARRETO MURILLO** tenía más de 50 años, no quiso ser afiliada a pensiones y tampoco se podía al quedar excluida del sistema pensional por edad, además que insistió en ser afiliada al régimen subsidiado en salud.

Para el Tribunal estos argumentos no son admisibles puesto que conforme con los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993 todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo son afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones, por lo que correspondía al empleador responder por el pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Además, la edad no es impedimento de afiliación.

Ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que la correcta interpretación del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 implica que la circunstancia de contar con 50 o 55 años de edad, según sea el caso, no constituye un parámetro válido de exclusión del sistema general en pensiones, por cuanto si una persona alcanza las exigencias legales para la pensión de vejez, bien puede, a partir de las cotizaciones al sistema, obtener otras prestaciones del sistema tales como la devolución de saldos, la indemnización sustitutiva, la pensión de invalidez o la de sobrevivientes para sus beneficiarios (SL514-2020, SL2991-2020, SL4698-2020, SL2340-2022, entre otras).

De suerte que las anteriores circunstancias demuestran que la conducta de los demandados fue omisiva frente al sistema pensional al no afiliar a la trabajadora para la protección de todas las contingencias, las cuales, de haber ocurrido y estructurado durante la vigencia del contrato de trabajo (invalidez o muerte), estarían a cargo del empleador.

Frente al segundo presupuesto para la causación del derecho a la pensión sanción, esto es, que el trabajador sea despedido sin justa

causa, no se cumple en el presente asunto puesto que **ELCYBARRETO MURILLO**, conforme con el acuerdo de transacción, se retiró de forma voluntaria, lo que descarta la prosperidad de esta pretensión.

No obstante, a pesar de que no existe afiliación, el Sistema General de Pensiones admite la inclusión de estos tiempos, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente (CSJ SL5058-2020 y SL1506-2021), posibilidad que se encuentra regulada en el literal d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual se encuentra ajustada la orden impartida por el *a quo* frente a la obligación que tienen los demandados de pagar el correspondiente cálculo actuarial ante el fondo de pensiones.

A continuación, y previo a determinar si resultan saldos insolutos a favor de la parte demandante por las demás acreencias laborales reclamadas, la Sala estudiará la excepción de prescripción planteada en la contestación de la demanda y reiterada en el recurso de apelación.

- **Sobre la excepción de prescripción**

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las sentencias que reconocen la existencia de un contrato de trabajo son de naturaleza declarativa y no constitutiva de derechos (SL3169-2014, SL20833-2017 y SL4358-2018), sobre tal premisa se resolverá la excepción de prescripción.

Los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se encuentra probado en este proceso que el contrato de trabajo se terminó el 31 de marzo de 2014, no aparece reclamación escrita solicitando el pago de acreencias laborales e indemnizaciones, y la demanda fue radicada en la Oficina Judicial el 29 de marzo de 2017 (*archivo "004ActaDeRepart0"*), fecha con la que se interrumpió el término trienal conforme los artículos 489 del CST y 151 del CPT y de la SS.

Por lo anterior, los derechos laborales causados con anterioridad al 30 de marzo de 2014 están prescritos, salvo aquellos con reglas especiales, como las cesantías cuyo término de prescripción inicia a la terminación del contrato (SL4260 de 2020 y SL4345 de 2020), vacaciones cuyo término de prescripción inicia al año siguiente de la prestación del servicio (SL1701 de 2021 y SL3345 de 2021) y aportesa seguridad social que son imprescriptibles (SL Rad 35.083 del 06 de mayo de 2010 y SL1272-2016), motivo por el cual respecto del primer contrato de trabajo vigente entre el 02 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1998 todas las prestaciones sociales se encuentran prescritas.

Sobre el segundo contrato de trabajo, los intereses a las cesantías se encuentran prescritos, menos el causado de forma proporcional en el año 2014. Vacaciones no fueron reclamadas y al no ser una prestación social el Tribunal se releva de su estudio. Salariostan solo se hace exigible el correspondiente a marzo de 2014. Y la prima de servicios para empleadas de servicio doméstico fue creada con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, Ley 1788 de 2016, por lo que no hay lugar a efectuar su estudio.

- **Concreción de condenas por concepto de acreencias laborales**

El monto de las prestaciones se detalla a continuación:

SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES						
Desde	Hasta	Días	Salario	Cesantías	Intereses a las cesantías	Salario reclamado 50%
1/01/2000	31/12/2000	360	\$260.100	\$260.100	Prescrito	Prescrito
1/01/2001	31/12/2001	360	\$286.000	\$286.000		
1/01/2002	31/12/2002	360	\$309.000	\$309.000		
1/01/2003	31/12/2003	360	\$332.000	\$332.000		
1/01/2004	31/12/2004	360	\$358.000	\$358.000		
1/01/2005	31/12/2005	360	\$381.500	\$381.500		
1/01/2006	31/12/2006	360	\$408.000	\$408.000		
1/01/2007	31/12/2007	360	\$433.700	\$433.700		
1/01/2008	31/12/2008	360	\$461.500	\$461.500		
1/01/2009	31/12/2009	360	\$496.900	\$496.900		
1/01/2010	31/12/2010	360	\$515.000	\$515.000		
1/01/2011	31/12/2011	360	\$535.600	\$535.600		
1/01/2012	31/12/2012	360	\$566.700	\$566.700		
1/01/2013	31/12/2013	360	\$589.500	\$589.500		
1/01/2014	31/12/2014	90	\$260.100	\$154.000	\$4.620	\$308.000
<b>Total</b>				<b>\$6.087.500</b>	<b>\$4.620</b>	<b>\$308.000</b>

Debe tenerse en cuenta que la parte demandada realizó pagos a la demandante. Es así que por concepto de intereses a las cesantías del año 2014 canceló la suma de \$17.935, por lo que por este concepto no se adeuda cuantía alguna. Respecto de salarios de marzo de 2014 no aparece acreditado su pago, sin embargo, al reclamarse solo el 50%, es viable condenar a la parte demandada por la suma de \$308.000.

Frente a las cesantías, según el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 le corresponde al empleador consignar esta prestación a un fondo de cesantías a más tardar el 14 de febrero del año siguiente al de su causación. En el plenario se acredita que algunos pagos fueron entregados a **ELCY BARRETO MURILLO** y no se demostró que haya sido afiliada a un fondo, por lo que esos pagos realizados directamente a la trabajadora son irregulares pues no cumplen los postulados del artículo 254 del CTS, por lo que se entienden por no cancelados, en cumplimiento de la misma normatividad. Por tanto, por cesantías se condenará a la pasiva a pagar la suma de \$6.087.500.

**- Sobre la indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.**

El artículo 65 del CST define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo. Por su parte, el inciso 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que cuando el empleador no consigne las cesantías aun fondo de pensiones en un plazo máximo hasta el 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que, dado el carácter sancionatorio de estas disposiciones, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena (SL16884-2016, SL3936-2018, SL2823-2019, SL5595-2019, SL2873-2020, SL3564-2021, entre otras).

Igualmente, la misma Corporación ha señalado que la sanción prevista por el artículo 254 del CST, que lleva al empleador a la pérdida de lo pagado por dicho concepto, con la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, no son concurrentes y no se pueden acumular, por cuanto el pago irregular de cesantías ya tiene una sanción específica expresamente regulada (SL rad. 38954-2012 y SL2061-2020).

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal absolverá al demandado de estas pretensiones, pues por la forma en que se pagaban año a año las prestaciones sociales la parte pasiva pensaba que hacía bien entregar las cesantías directamente a la trabajadora, a pesar de existir la obligación de consignarla a un fondo de cesantías, lo cual no puede

constituir mala fe del empleador, además que al aplicarle la sanción del artículo 254 del CSJ, se excluye la señalada en el artículo 65 *ibidem*.

Sin embargo, para efectos de contrarrestar la pérdida adquisitiva del dinero por los movimientos inflacionarios, se ordenará indexar las sumas objetos de condena desde el 1° de abril de 2014 hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo, conforme al IPC certificado por el DANE.

Por lo anterior, se revocarán los ordinales tercero y cuarto de la sentencia recurrida. Frente a las demás excepciones formuladas por la parte demandada se declararán no probadas dadas las resultados del proceso.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** los ordinales TERCERO y CUARTO de la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a los demandados **CARMEN ELENA MONTALVO OCAMPO** y **ANTONIO JOSE BEDOYA DAMELINES** a pagar a favor de la demandante **ELCY BARRETO MURILLO** las siguientes sumas de dinero:

- a. Salarios: \$308.000**
- b. Cesantías: \$6.087.500**

c. A la indexación de las anteriores sumas desde el 1° de abril de 2014 hasta la fecha en que se produzca su pago efectivo, conforme al IPC certificado por el DANE.

**TERCERO:** Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.12-2020-00424-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 17 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la UGPP a reconocer y pagar la mesada adicional de junio a partir de 2018 en cuantía de \$8.796.606,37, declaró prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 23 de noviembre de 2017, condenó a la UGPP a pagar las mesadas indexadas y le impuso costas procesales en cuantía de \$1.000.000 (*min. 22:51, archivo "011. Audiencia 17-08-2022"*).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**ESTHER DORA ROSA SANCHEZ GARCIA** llamó a juicio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA**

**PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** con el fin de que se condene a la accionada a reconocer y pagar la mesada 14 a partir de junio de 2007, junto con su retroactivo indexado, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero por más de 20 años, fue desvinculada el 27 de junio de 1999, fecha en que adquirió el derecho a la pensión convencional, el cual se hizo exigible el 08 de marzo de 2007 cuando cumplió los 50 años de edad, por lo que la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación le reconoció pensión de jubilación convencional mediante Resolución No.05774 del 06 de septiembre de 2007, en cuantía de \$ 3.413.499 a partir el 08 de marzo de 2007; que posteriormente, en la Resolución No.06343 del 21 de julio de 2008 se indexó la primera mesada pensional elevando la cuantía a \$5.566.273,44, pero que no se le reconoció la mesada adicional de junio o mesada catorce (*pág. 2 a 14, archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS FL 1-111”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó todos los hechos. Formuló las excepciones de *cobro de lo no debido*, prescripción, sobre la indexación, sobre la condena en costas y la innominada o genérica (*pág. 2 a 6, archivo “006. CONTESTACION UGPP FL 121-132”*).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

(*Min. 22:51, archivo “011. Audiencia 17-08-2022”*).

El 17 de agosto de 2022, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(... PRIMERO:** CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar a la señora ESTHER DORA ROSA SÁNCHEZ GARCIA, identificada con cedula de ciudadanía 41.758.769, la mesada adicional de junio o mesada 14, respecto de la pensión de jubilación convencional otorgada por la Caja Agraria a través de la resolución 5574 del 6 de septiembre de 2007, modificada por la Resolución 6373 del 31 de julio de 2008, a partir de junio de 2018, en cuantía de \$8.796.606,37 para esa anualidad y en adelante, las que se sigan causando junto con los reajustes legales, conforme a lo expuesto en esta providencia. **SEGUNDO:** DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de las mesadas adicionales de junio o 14 causadas con anterioridad al 23 de noviembre de 2017 y, en consecuencia, la demandada deberá pagar únicamente las mesadas adicionales de junio desde el año 2018, como se indicó en precedencia. **TERCERO:** CONDENAR a la UGPP a pagar indexadas las mesadas objeto de condena, según la formula expuesta en la parte motiva de este proveído. **CUARTO:** COSTAS a cargo de la UGPP e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. **QUINTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de la UGPP, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a fin que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor (...)

El juzgado fijó el problema jurídico en determinar si la demandante tenía derecho al pago de la mesada adicional de junio o mesada 14 desde junio de 2007, junto con la correspondiente indexación.

Para resolver señaló que la pensión convencional de jubilación del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1998-1999 tiene la edad como requisito de disfrute y no de causación, por tanto, la pensión se causó el 27 de junio de 1999 cuando la accionante se retiró de la Caja Agraria con más de 20 años de servicio, fecha en la cual no estaba vigente el Acto Legislativo 1º de 2005, por lo que concluyó que le asistía derecho al reconocimiento y pago de la mesada reclamada.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la demandada UGPP presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia. Afirmó que las pretensiones de la demandante no están llamadas a prosperar por cuanto no cumple los requisitos, toda vez que la pensión solo fue

reconocida en el año 2007 en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y su monto pensional equivale a 12,8 veces el SMLMV, por lo que considera que la UGPP no tiene obligación legal o extralegal de reconocer a la actora la mesada 14; respecto de la condena en costas refiere que debe valorarse la temeridad o mala fe de la entidad y en el presente proceso no existió tal conducta, por lo que la UGPP no debe ser condenada en costas (*Min. 24:50 archivo "011. Audiencia 17-08-2022"*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal de la **UGPP** solicitó revocar el fallo, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

La parte demandante no intervino en esta etapa.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, su función de reconocimiento y pago de pensiones de servidores del estado permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66<sup>a</sup> y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados

en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si conforme con el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita entre la Caja Agraria y Sintracreditario la edad es un requisito de causación o de exigibilidad para acceder a la pensión de jubilación convencional, si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14 y si como consecuencia de ello es válida la condena por retroactivo pensional y costas procesales. Por último, se establecerá si es procedente descontar del retroactivo pensional el aporte al sistema de seguridad social en salud.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) ESTHER DORA ROSA SÁNCHEZ GARCÍA** nació el 08 de marzo de 1957 (*pág. 18 archivo "001 DEMANDA Y ANEXOS FL 1-111"*); **ii)** la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación le reconoció a la demandante pensión de jubilación convencional mediante Resolución No.05574 del 06 de septiembre de 2007 en cuantía de \$3.413.499, a partir del 08 de marzo de 2007 (*pág. 19 a 22 archivo "001 DEMANDA Y ANEXOS FL 1-111"*); **iii)** la misma entidad por medio de la Resolución No.06343 del 21 de julio de 2008 modificó el acto administrativo inicial y estableció que el valor de la primera mesada pensional ascendía a la suma \$5.566.273,44 (*pág. 23 a 25, archivo "001 DEMANDA Y ANEXOS FL 1-111"*); **iv)** y la accionante el 18 de septiembre de 2020 presentó ante la UGPP solicitud del pago de mesada 14 (*pág. 26 archivo "001 DEMANDA Y ANEXOS FL 1-111"*).

**- La edad como requisito de disfrute de la pensión de jubilación convencional.**

La extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO – CAJA AGRARIA suscribió con el SINDICATO DE TRABAJADORES SINTRACREDITARIO la Convención Colectiva de Trabajo de 1998-1999, la cual consagró en su artículo 41 que a partir del 16 de enero de 1992 los trabajadores cuando cumplan 20 años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de 50 años las mujeres y 55 años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados el último año de servicios.

Sobre la interpretación y alcance del artículo convencional antes citado, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la pensión convencional de jubilación allí consagrada tiene como requisitos de causación haber prestado 20 años de servicios a la empresa y la desvinculación del trabajador, siendo la edad tan solo una condición de exigibilidad para el goce o disfrute de la prestación, por cuanto, en criterio de la Corte, la edad pensional no se acordó como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, tal y como ha sido reiterado en las sentencias SL526 de 2018, SL880 de 2020, SL3587 de 2020, SL2507 de 2022, SL3236 de 2022, SL3504 de 2022, entre otras.

**- Sobre el reconocimiento de la mesada adicional de junio (mesada 14).**

El artículo 142 de la Ley 100 de 1993, reconoció el pago de una mesada adicional en junio a favor de todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes del sector público, oficial y semioficial en todos sus órdenes, en el sector privado, por el ISS, retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y Policía Nacional. Beneficio que se extendió a todos los pensionados sin excepción,

conforme lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994.

La precitada mesada adicional de junio, coloquialmente llamada mesada 14, fue eliminada por el Acto Legislativo 1° de 2005, por cuanto las pensiones causadas a partir de la vigencia del mismo (29 de julio de 2005) no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, salvo aquellas causadas antes del 31 de julio de 2011 por un valor igual o inferior a 3 smlmv, caso en el cual se conservaría el derecho a la mesada adicional.

### **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero indicar que la demandada UGPP, en virtud del Decreto 2842 de 2013, recibió desde diciembre de 2013 la función de reconocer y administrar la nómina de pensionados de la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, a cargo hasta entonces del FONDO DEL PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

Al revisar las pruebas aportadas al expediente, se acredita que **ESTHER DORA ROSA SÁNCHEZ GARCÍA** nació el 08 de marzo de 1957 (*pág. 18 archivo "001 DEMANDA Y ANEXOS FL 1-111"*), por lo que cumplió la edad de 50 años el mismo día y mes del año 2007, y laboró en la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO desde el 06 de octubre de 1975 al 27 de junio de 1999 conforme lo señalado en la Resolución No. 05574 del 06 de septiembre de 2007 (*pág. 19 a 22 archivo "001 DEMANDA Y ANEXOS FL 1-111"*).

Bajo esos presupuestos, para la Sala la demandante al momento de su desvinculación - 27 de junio de 1999 - causó el derecho a la pensión convencional de jubilación consagrada en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita entre la CAJA AGRARIA y SINTRACREDITARIO, conforme al entendimiento y alcance que sobre dicha norma ha efectuado la H. CSJ en las sentencias SL526

de 2018, SL880 de 2020, SL3587 de 2020, SL2507 de 2022, SL3236 de 2022, SL3504 de 2022, entre otras.

Conforme la regla jurisprudencial adoptada en las precitadas providencias, la pensión convencional de jubilación bajo estudio tiene como requisitos de causación haber prestado 20 años de servicios a la Caja y la desvinculación del trabajador, siendo la edad tan solo una condición de exigibilidad para el goce o disfrute de la prestación, por cuanto, en criterio de la Corte, la edad pensional no se acordó como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa.

Esta Corporación comparte dicho criterio, por lo tanto, no son de recibo los argumentos expuestos en la alzada por la UGPP, puesto que la pensión no se causó el 08 de marzo de 2007 cuando la demandante cumplió 50 años, sino que desde esa fecha se hizo exigible el derecho que se originó por el tiempo de servicio y la desvinculación del trabajador de la extinta CAJA AGRARIA.

Siendo ello así, al haberse causado la prestación pensional de carácter colectivo el 27 de junio de 1999, ésta se configuró antes de la expedición del Acto Legislativo 1º de 2005, por lo que el beneficio de recibir la mesada 14 prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 no se vio afectado, pues se trata de un derecho adquirido que la misma reforma constitucional lo ampara, razón suficiente para confirmar el fallo de primera instancia en este aspecto.

Con todo, no es de recibo para la Sala el análisis efectuado por *a quo* frente a la no deducción del aporte de salud respecto de la mesada adicional, motivo por el cual se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a la accionada UGPP para que del retroactivo adeudado descuente el porcentaje de cotización que corresponda, con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de

1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

Respecto de la excepción de prescripción, propuesta por la UGPP, se tiene que la accionante presentó reclamación administrativa el 18 de septiembre de 2020 (*pág. 26 archivo "001 DEMANDA Y ANEXOS FL 1-111*) y la demanda fue radicada el 23 de noviembre siguiente (*pág. 1 archivo "002. SECUENCIA 13946 FL 112 - 113"*), por lo que en virtud de los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, se encuentran prescritas las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 19 de septiembre de 2017, teniendo la UGPP la obligación de pagar la mesada 14 a partir de junio de 2018. Si bien en la primera instancia se declaró la prescripción de las mesadas con anterioridad al 23 de noviembre de 2017, ello no afecta el retroactivo pensional de la accionante y dicho punto no fue objeto de apelación, por lo tanto, se confirmará la sentencia en dicho aspecto.

Frente a la condena en costas, se precisa que éstas corren por ministerio de la ley contra la parte vencida en el proceso, conforme con las disposiciones del artículo 365 del CGP, motivo por el cual al ser la UGPP la obligada a reconocer y pagar la mesada adicional de junio, debe asumir también los costos derivados por este concepto, sin que para su fijación se deba valorar la buena o mala fe de las partes intervinientes.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes de salud a cargo de la pensionada, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**TERCERO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

**CUARTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 14 2018 00119 01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a la UGPP de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora (*min. 37:08 archivo "32.1 Audiencia*).

**I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA**

**PRISCILA ROSA CUADRADO FERNANDEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de la UGPP con el fin de que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de remplazo del 81% y un IBL de toda la vida laboral, al pago del retroactivo pensional, indexación, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*, subsidiariamente solicitó se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez con el IBL de toda la vida laboral bajo las prerrogativas de la Ley 71 de 1988.

Fundamentó sus pretensiones en que el 08 de octubre de 2007 le solicitó al ISS la pensión de jubilación por aportes, la cual le fue negada; posteriormente, le solicitó a la UGPP el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, entidad que a través de Resolución RDP 25152 del 22 de junio de 2015 le negó la prestación reclamada, acto administrativo contra el cual interpuso recurso de reposición en subsidio apelación y la UGPP mediante resoluciones RDP 33230 de 2015 y RDP 38146 de 2015 confirmó en todas sus partes la resolución inicial; que el 17 de septiembre de 2015, radicó nuevamente solicitud de pensión de jubilación por aportes ante la UGPP, quien mediante Auto ADP001476 del 02 de febrero de 2016, remitió su solicitud a COLPENSIONES.

Manifestó que ante la falta de respuesta de COLPENSIONES y la UGPP radicó acción de tutela, respecto de la cual la Corte Constitucional mediante sentencia T-039 de 2017, ordenó a la UGPP reconocerle la pensión de jubilación por aportes, sentencia que fue cumplida por la UGPP mediante Resolución RDP012807 del 28 de marzo de 2017, en cuantía inicial de \$863.064 a partir del 1º octubre de 2011, teniendo en cuenta 1.135 semanas y una tasa de remplazo del 75%; que al considerar tener derecho a que se le reliquide la pensión conforme el Decreto 758 de 1990 y a un IBL de toda la vida laboral, presentó reclamación administrativa ante la UGPP el 18 de diciembre de 2017 (*pág. 64 a 77 Archivo "003Demanda"*).

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y ser beneficiaria del régimen de transición, la expedición de los actos administrativos negando la pensión de jubilación por aportes, el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes dando cumplimiento al fallo de tutela de la Corte

Constitucional y la reclamación administrativa efectuada por la demandante, de los demás manifestó no ser ciertos. En su defensa propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y la innominada o genérica (*pág. 1 a 12 archivo "016ContestacionDeDemanda"*).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

*(Min. 37:08 archivo "32.1Audiencia)*

El 29 de noviembre de 2021, el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

***"PRIMERO: ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora PRISCILA ROSA CUADRADO FERNANDEZ, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído. SEGUNDO: ABSTENERSE del análisis puntual de los medios exceptivos propuestos en su defensa por la UGPP dado el carácter absolutorio de la litis. TERCERO: CONDENAR en costas de la acción a la parte demandante, en oportunidad serán tasadas. CUARTO: En el evento de no ser apelada esta decisión se ordena que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA"***

El Juzgado fijó el problema jurídico en determinar si la demandante tenía derecho a la reliquidación de la pensión de vejez conforme con el Acuerdo 049 de 1990 y/o subsidiariamente la reliquidación de la pensión reconocida en virtud de la Ley 71 de 1988 con el IBL de toda la vida laboral.

Para resolver indicó que PRISCILA ROSA CUADRADO FERNANDEZ es beneficiaria del régimen de transición, cumplió la edad requerida el 23 de febrero de 2002 y cotizó 299,16 semanas en el sector privado entre el 01 de junio de 2005 y 30 de septiembre de 2011 y 830.71 semanas cotizadas en CAJANAL y en total acumula un total de 1.129,87 semanas las que serían suficientes para acceder a la pensión prevista en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, no obstante advirtió que la demandante, aun cuando es beneficiaria del régimen

de transición, el régimen anterior que le resultaba aplicable no era el contenido en el Decreto 758 de 1990 en razón a que se afilió al ISS solo hasta el 01 de junio de 2005 y por ello, conforme con el referente jurisprudencial concluyó que no es posible la aplicación del citado Decreto, al no generarse a su favor una expectativa legítima de acceder a la pensión de vejez conforme a sus previsiones.

Frente a la reliquidación con el IBL de toda la vida laboral bajo la Ley 71 de 1988, indicó que la actora adquirió el status pensional por edad y semanas el 11 de junio de 2009, es decir, 10 años después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 el IBL aplicable es el de los 10 últimos cotizados y no el de toda su vida laboral.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

Para sustentar indicó que en el proceso se probó que es indiscutible el régimen de transición de la demandante, quien completó 1.129,87 semanas entre tiempos cotizados al ISS y a CAJANAL; que en reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 2557 de 2020, SL 1947 de 2020, SL 1981 de 2020 se aceptó la sumatoria de tiempos públicos y privados para acceder a la pensión de vejez en Acuerdo 049 de 1990 y lo extendió a la reliquidación y reajustes pensionales, pero que el cambio jurisprudencial lo que contempla es tener cotizadas semanas cotizadas al ISS pero no especifica si esas semanas debían ser cotizadas antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en el presente proceso se verifica que la demandante tiene semanas cotizadas al ISS y CAJANAL, por lo que considera que la juez de primera instancia se equivocó al determinar que las semanas debían ser cotizadas antes de la entrada en vigencia del Sistema

General de Pensiones, por lo que sostiene que la actora si tiene derecho a la reliquidación de la pensión vejez bajo las prerrogativas del Decreto 758 de 1990 (min. 38:14 *archivo "32.1 Audiencia"*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal de la demandante presentó escrito de alegatos de conclusión solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. Por su parte el apoderado de la UGPP pide su confirmación.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si le asiste derecho a la demandante a la reliquidación de la pensión de vejez conforme con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con una tasa de remplazo del 81% del IBL.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** **PRISCILA ROSA CUADRADO FERNANDEZ** nació el 23 de febrero de 1947 (*pág. 2 archivo "003 Demanda"*); realizó cotizaciones a CAJANAL entre el 02 de junio de 1969 al 30 de diciembre de 1985 cotizando un total de 830,71 semanas (*pág. 25 a 34 archivo "003 Demanda"*); se afilió al ISS hoy Colpensiones el 02 de marzo de 2000, donde cotizó un total de 299,16 semanas entre el 01 de junio de 2005 al 30 de septiembre

de 2011 (*pág. 35 a 38 archivo "003Demanda"*); **ii**) que la UGPP mediante Resolución RDP 012807 del 28 de marzo de 2017 le reconoció a actora pensión de jubilación por aportes en cuantía de \$863.064 a partir del 01 de octubre de 2011 (*pág. 13 a 20 archivo "003Demanda"*); **iii**) que la demandante presentó reclamación administrativa ante la UGPP el 10 de diciembre de 2017 (*pág. 9 a 11 archivo "003Demanda"*).

- **De la reliquidación de la pensión de vejez**

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece como requisitos para acceder a la pensión de vejez, para el caso de las mujeres, 55 años y un mínimo de 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los beneficiarios del régimen de transición pueden consolidar el derecho a la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990 con semanas cotizadas en cajas o fondos públicos y semanas cotizadas como aportes privados al ISS hoy Colpensiones. Sin embargo, ha establecido que, para aplicar dichos presupuestos, los beneficiarios del régimen de transición deben haber realizado cotizaciones al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto de no presentar cotizaciones no consolidaron una expectativa legítima del régimen que pretenden beneficiarse. (SL 4392 de 2020, SL 4165 de 2020, SL 2985 de 2021, SL 3685 de 2021 y SL 2414 de 2022).

En el caso bajo estudio no está en discusión que la demandante goza de una pensión de jubilación por aportes reconocida por la UGPP en cuantía de \$ 863.064 a partir del 01 de octubre de 2011 (*pág. 13 a 20 archivo "003Demanda"*), por lo tanto, la inconformidad de la parte actora radica en que debe ordenarse a la UGPP la reliquidación de la

pensión de vejez reconocida pero conforme con los requisitos del Decreto 758 de 1990 con una tasa de remplazo del 81% del IBL de los últimos 10 años de cotización.

Tal como se explicó en líneas precedentes, para que los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se les pueda estudiar la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, sumando tiempos públicos y privados para acceder a la pensión de vejez, así como su reliquidación, se requiere que el afiliado o pensionado se haya afiliado o realizado cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Para el caso de **PRISCILINA ROSA CUADRADO FERNANDEZ**, de la documental obrante en el expediente se desprende que realizó cotizaciones a CAJANAL entre el 02 de junio de 1969 al 30 de diciembre de 1985 y se afilió al ISS hoy Colpensiones el 02 de marzo de 2000 (pág. 35 a 38 *archivo "003Demanda"*) donde cotizó un total de 299,16 semanas.

Por tanto, al no realizar cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no consolidó una expectativa legítima para acceder a la pensión de vejez conforme con los presupuestos del citado Acuerdo, lo que descarta el planteamiento realizado en la alzada, al afirmar que la Corte Suprema de Justicia permite aplicar de manera ultractiva el Decreto 758 de 1990, no siendo la actora destinataria de las reglas de decisión contenidas en las sentencias citadas en la apelación y alegatos de conclusión, pues en los casos analizados por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, las personas se habían afiliado antes del 1° de abril de 1994 al ISS.

Las anteriores razones son suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**TERCERO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 19 2016 00558 01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por YAMILE TORO DAZA y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia del 03 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró que AURA MARÍA SILVA DE JUNCA tiene derecho al pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre dependiente de su hijo Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) a partir del 03 de septiembre de 2013, junto con su retroactivo pensional, condenó a YAMILE TORO DAZA a reintegrar las sumas de dinero recibidas por concepto de pensión de sobrevivientes que le fue reconocida e impuso costas a cargo de COLPENSIONES (*Min. 53:47 archivo “69.1 Audiencia”*).

## I. ANTECEDENTES

### DEMANDA

**AURA MARÍA SILVA DE JUNCA** y **JAIME JUNCA BERNAL** (q.e.p.d.) presentaron demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se declare que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en calidad de padres dependientes económicamente del afiliado Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.), por lo que solicitan se condene a COLPENSIONES a pagar la pensión a partir del 03 de septiembre de 2013, junto con intereses moratorios, indexación, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento factico señalaron que su hijo Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) nació el 27 de septiembre de 1962, contrajo matrimonio el 03 de diciembre de 1983 con YAMILE TORO DAZA y fruto de esa relación procrearon 2 hijos; que su hijo y YAMILE TORO DAZA se separaron de hecho el 15 de noviembre de 1998, que eran beneficiarios en salud y compensación familiar como padres del afiliado quien lamentablemente falleció el 03 de septiembre de 2013; que eran beneficiarios en salud y dependían económicamente de su hijo, quien cotizó un total de 901 semanas en toda su vida laboral, de las cuales más de 50 semanas fueron en los últimos 3 años anteriores a la muerte.

Manifestaron que YAMILE TORO DAZA le solicitó a COLPENSIONES la pensión de sobrevivientes el 08 de octubre de 2013 en calidad de cónyuge supérstite, entidad que mediante Resolución GNR54794 del 24 de febrero de 2014 le negó la prestación; que YAMILE TORO DAZA interpuso recurso de reposición contra la citada resolución y ellos el 10 de junio de 2014 presentaron ante el mismo fondo de pensiones solicitud de pensión de sobrevivientes en calidad de padres del causante; informaron que COLPENSIONES a través de Resolución GNR 223301 del 16 de junio de 2014 le concedió pensión

de sobrevivientes a YAMILE TORO DAZA a partir del 03 de septiembre de 2013; posteriormente, el 22 de septiembre de 2014 radicaron ante COLPENSIONES recurso de apelación contra ese acto administrativo, entidad quien ordenó realizar una investigación administrativa; que COLPENSIONES resolvió el recurso mediante Resolución VPB 3624 del 23 de enero de 2015 donde revocó la Resolución GNR 223301 del 16 de junio de 2014, por cuanto no se acreditó el requisito de convivencia.

Indicaron que después de la separación de hecho, YAMILE TORO DAZA inició una nueva relación sentimental, fruto de la cual tuvo dos hijos gemelos, y en el FOSYGA figura como beneficiaria de su compañero sentimental; que al momento del fallecimiento su hijo no tenía vida marital con nadie y sus hijos ya era mayores de 25 años, y que los padres eran los que dependían económicamente del afiliado (*pág. 1 a 13 archivo "004Demanda"*).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento y fallecimiento del causante, la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes por semanas, las solicitudes de pensión presentadas y los actos administrativos que negaron y concedieron la prestación pensional, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de intereses moratorios e indexación y la innominada o genérica (*pág. 1 a 9 archivo "013ContestacionDeDemanda"*).

**YAMILE TORO DAZA** fue vinculada mediante auto del 03 de octubre de 2017, en calidad de litisconsorte necesario (*pág. 1 y 2 archivo "025AutoVinculaOtrosAccionados"*), y en su escrito de

contestación se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. De los hechos aceptó la fecha de nacimiento y fallecimiento del causante, la celebración de matrimonio el 03 de diciembre de 1983, el reconocimiento pensional efectuado a su favor y el acto administrativo mediante el cual COLPENSIONES le pidió la autorización para revocar la Resolución GNR 223301 del 16 de junio de 2014, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. Es su escrito de contestación la litisconsorte no formuló excepciones de fondo y tampoco elevó ninguna pretensión contra el derecho objeto de litigio (*pág. 1 a 3 archivo "037ContestacionDeDemanda"*).

Mediante comunicación del 15 de noviembre de 2017, el apoderado actor informó sobre el deceso del demandante JAIME JUNCA BERNAL (q.e.p.d.) ocurrido el 1° de noviembre de 2017 (*archivo "029SolicitudDePronunciamientoDeLasPartes"*).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 53:47 archivo "69.1Audiencia"*)

El 03 de diciembre de 2021, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** DECLARAR que la señora Aura María Silva de Junca, que se identifica con la cédula 41.383.400 tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su hijo señor Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) a partir del 03 de septiembre de 2013. **SEGUNDO:** CONDENAR a la Administradora Colombiana De Pensiones COLPENSIONES a continuar realizando el pago de la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora Aura María Silva de Junca, quien se identifica con la cédula 41.383.400 con ocasión al fallecimiento de su hijo señor Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) conforme la resolución la SUB 89899 del 06 de abril de 2018, esto es en una cuantía igual al 100% del SMLMV en adelante con los respectivos reajustes legales, valor que deberá ser debidamente indexado a la fecha efectiva del pago, autorizando expresamente a dicha entidad pagadora realizar los descuentos de ley a salud conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO:** CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la señora Aura María Silva de Junca, con cédula 41.383.400 con ocasión del fallecimiento de su hijo señor Héctor Alfonso Junca Camargo (Q.E.P.D) el retroactivo de la pensión de sobrevivientes desde el 03 de septiembre de 2013 hasta el aquí 01 de abril de 2018 fecha última en la que se

reconoció la pensión a la demandante. **CUARTO:** CONDENAR a la señora Yamile Toro Daza, identificada con la cedula 51.737.012 a reintegrar a la Administradora Colombiana De Pensiones COLPENSIONES los dineros recibidos por concepto de la pensión de sobrevivientes la cual le fue reconocida con ocasión al fallecimiento de Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) debido a las resultas del proceso. **QUINTO:** DECLARAR probada la excepción de inexistencia de los intereses de mora y no probadas las demás excepciones propuestas por Colpensiones en particular la de prescripción conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEXTO:** COSTAS están a cargo de Colpensiones en favor de la señora Aura María Silva de Junca, líquidense por la secretaria del despacho. **SÉPTIMO:** REMITIR el expediente a la Sala de decisión Laboral del tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el eventual caso de que no la apelara para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada Colpensiones, bajo el artículo 69 del CPTSS”.

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si los demandantes tenían derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de padres del afiliado fallecido o si por el contrario la litisconsorte YAMILE TORO DAZA tenía derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite, delimitación que no fue objeto de reproche por ninguna de las partes.

Para resolver, el *a quo* indicó que existían inconsistencias respecto de la convivencia de YAMILE TORO DAZA por cuanto en el interrogatorio de parte indicó que nunca se separó del causante pero en la investigación administrativa, encargada por COLPENSIONES, señaló que se había separado del causante por un “desliz” del cual habían nacido dos gemelos y se fue a vivir al barrio Bosa La Paz con León Omar; que del testimonio de Carmen Alicia Martínez no era posible establecer con certeza la convivencia por cuanto la testigo visitaba la casa la casa de la cónyuge supérstite cada 3 o 6 meses; del informe investigativo No. 82342015 tomó el testimonio de Luz Marina Díaz Lozano, quien le arrendó al causante el apartamento 403 del Conjunto Residencial los Alelíos desde el 17 de marzo de 2012 al 03 de septiembre de 2013 y el mismo contrato fue anexado y firmado por éste.

Afirmó que Héctor Junca vivió en una habitación del barrio La Estrada en casa de Luz Marina López Bayona desde mayo de 2009 a

febrero de 2012, lo cual dedujo resultaba acorde con lo declarado por los testigos Plutarco Barrera y Yamile Anzola, por lo que concluyó que de la totalidad de las pruebas recaudadas y allegadas no se encontró acreditada por parte de YAMILE TORO DAZA la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión debatida, por cuanto no logro demostrar una convivencia ininterrumpida durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

Frente a la calidad de beneficiaria de AURA MARÍA SILVA DE JUNCA indicó que estaba acreditada su dependencia económica en calidad de madre del causante, por lo que le concedió la pensión de sobrevivientes, ordenando que se continúe pagando la mesada conforme la Resolución SUB 89899 del 06 de abril de 2018.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **YAMILE TORO DAZA** presentó recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad el fallo de primera instancia y en su lugar reconozca la pensión de sobrevivientes en favor de su prohijada. Para sustentar indicó que la sentencia de primera instancia es violatoria del artículo 48 Constitucional, de los artículos 46 y 47 literal a y 74 de la Ley 100 de 1993 y lo establecido en sentencias de tutela T-190 de 1993, C-389 de 1996, C-081 de 1999, C-1176 de 2001, entre otras (*Min. 57:47 archivo "69.1 Audiencia"*). Si bien el apoderado judicial indicó que iba a presentar la sustentación respectiva, la misma no fue reseñada en el acto, por lo que, con la sola oposición a la decisión de primer grado, la normatividad aludida y el referente jurisprudencial citado, no es suficiente para dar trámite a la apelación, siendo viable revisar la situación de esta parte a través del grado jurisdiccional de consulta, conforme se explicará más adelante.

Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación. Para sustentar indicó que no les asiste derecho a los pretendientes pues la norma aplicable es la vigente al momento de la ocurrencia del siniestro, y al analizar el caso en concreto se pudo

evidenciar en la Resolución GNR 223301 del 16 de junio de 2014 que el causante acredita 6.275 días laborados equivalente a 896 semanas, en dicha resolución se estableció que a YAMILE TORO DAZA se le reconoció una pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge o compañera permanente y se le negó a los señores JAIME JUNCA BERNAL (q.e.p.d.) y AURA MARÍA SILVA DE JUNCA toda vez que éstos no acreditaron su dependencia económica con el causante.

Señaló que si bien al momento del reconocimiento pensional YAMILE TORO DAZA aportó registro civil de matrimonio sin notas marginales con el fin de acreditar su derecho, siendo este excluyente frente a los derechos de los padres del causante, lo cierto es que durante el trámite del recurso de apelación allegaron registro civil de nacimiento del menor Diego Andrés León Toro, siendo padre José Omar León Bachiller y cuyo nacimiento se dio después de la separación de hecho de los señores YAMILE TORO DAZA y HÉCTOR ALFONSO JUNCA CAMARGO (q.e.p.d.), la cual según declaraciones se efectuó el 15 de noviembre de 1998, es decir mucho antes de la fecha de fallecimiento, incumpliendo así con lo preceptuado en el artículo 13 literal a de la Ley 797 de 2003 pues no acreditó la convivencia por lo menos 5 años continuos con anterioridad a su muerte,

Y finalmente, reiteró que no se evidencia la dependencia económica del causante con sus padres y no había lugar a la condena en costas que se le impuso a COLPENSIONES, puesto que éstas son contrarias a las previsiones del artículo 48 Constitucional. (*Min. 59:59 archivo "69.1Audiencia"*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de Colpensiones le sustituyó poder al doctor Elkin Fabián Castillo Cruz, identificado con CC 80.282.676 y T.P. 261.451 del C.S.J., a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos

solicitó se revoque el fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Las demás partes no presentaron alegatos de conclusión.

## **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue adversa a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y que la garante de dichas condenas es la NACIÓN, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia de primera instancia. En el mismo sentido, como la sentencia de primera instancia fue desfavorable para YAMILE TORO DAZA, procede el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

## **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales evidencia la Sala que, a pesar de lo indicado en providencia del 22 de mayo de 2022, si bien el apoderado de YAMILE TORO DAZA interpuso recurso de apelación, no individualizó los motivos concretos de inconformidad contra la sentencia de primera instancia, por tanto, no existen puntos de reproche concretos que deba entrar a analizar el Tribunal, careciendo de sustentación el recurso, pues en el mismo el apoderado se limitó a mencionar normas sustanciales y sentencias de la Corte Constitucional, situación que conlleva a declararlo desierto. En su lugar, como se indicó, procede el grado jurisdiccional de consulta.

Así las cosas, la Sala conforme lo disponen los artículos 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación de COLPENSIONES y los que no en el grado jurisdiccional de consulta.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si le asiste derecho a YAMILE TORO DAZA al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge sobreviviente o si por el contrario la beneficiaria de la prestación es AURA MARÍA SILVA DE JUNCA en calidad de madre del afiliado Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.), así mismo determinar si es procedente la condena en costas en contra de COLPENSIONES.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) nació el 27 de septiembre de 1962, es hijo de Jaime Junca Bernal (q.e.p.d.) y Aura María Camargo (*pág. 14 archivo “004Demanda”*) y falleció el 03 de septiembre de 2013 (*pág. 16 a 17 archivo “004Demanda”*); **ii)** COLPENSIONES mediante Resolución GNR 54794 del 24 de febrero de 2014 negó la pensión de sobrevivientes a YAMILE TORO DAZA (*pág. 26 a 30 archivo “004Demanda”*); **iii)** COLPENSIONES a través de Resolución GNR 223301 del 16 de junio de 2014 negó la pensión de sobrevivientes a JAIME JUNCA BERNAL (q.e.p.d.) y AURA MARÍA SILVA DE JUNCA y concedió pensión de sobrevivientes a YAMILE TORDO DAZA en cuantía de \$589.500 a partir del 03 de septiembre de 2013 (*pág. 33 a 41 archivo “004Demanda”*); **iv)** JAIME JUNCA BERNAL (q.e.p.d.) y AURA MARÍA SILVA DE JUNCA presentaron recurso de apelación contra el citado acto administrativo (*pág. 42 a 47 archivo “004Demanda”*), desatado en Resolución VPB 3624 del 23 de enero de 2015, donde la demandada le solicitó a YAMILE TORO DAZA el consentimiento para revocar directamente la Resolución GNR 223301 del 16 de junio de 2014 (*pág. 53 a 62 archivo “004Demanda”*); **v)** Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) afilió a JAIME BERNAL JUNCA (q.e.p.d.) y AURA MARÍA SILVA DE JUNCA a CAFAM, en calidad de padres dependientes, el 24 de marzo de 2012 (*pág. 68 archivo “004Demanda”*) y a la EPS CAFESALUD el 22 de marzo de 2012 (*pág.*

69 a 70 archivo “004Demanda”); **vi)** Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) y YAMILE TORO DAZA contrajeron matrimonio el 03 de diciembre de 1983 (pág. 6 archivo “037ContestacionDeDemanda”); **vii)** COLPENSIONES en Resolución SUB-89899 del 06 de abril de 2018 reconoció pensión de sobrevivientes a AURA MARÍA SILVA DE JUNCA en cuantía de \$781.242 a partir del 01 de abril de 2018 (pág. 2 a 7 archivo “042Prueba”); **viii)** AURA MARÍA SILVA DE JUNCA presentó recurso de apelación contra la referida Resolución, solicitando el pago del retroactivo y COLPENSIONES por medio de la Resolución DIR 14995 del 14 de agosto de 2018 la confirmó en todas y cada una de sus partes (pág. 9 a 22 archivo “042Prueba”).

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

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

Ahora, las pensiones de sobrevivientes que se rigen por la Ley 797 de 2003, la cual modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, consagran como beneficiarios de la prestación a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común. Dicha norma consagra al cónyuge y compañero permanente supérstite como beneficiarios de la prestación, siempre y cuando acrediten el periodo mínimo de convivencia de 5 años. Al respecto, la misma Corte sostiene que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que el compañero permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso (SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras).

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

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

## **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio, se constata que el afiliado Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) falleció el 03 de septiembre de 2013 (*pág. 16 a 17 archivo "004Demanda"*), razón por la cual la norma aplicable es la Ley 100 de 1993 en sus artículos 46 y 47 modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que le corresponde a la Sala determinar si YAMILE TORO DAZA, en calidad de cónyuge sobreviviente, logró acreditar el requisito de cinco años de convivencia en cualquier tiempo con anterioridad al fallecimiento del afiliado, lo que excluiría de facto la reclamación de la demandante, aclarando que no se encuentra en discusión que el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues así lo reconoció el mismo fondo de pensiones en los diferentes actos administrativos.

Verificado los documentos aportados por las partes, es claro que el causante Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) y YAMILE TORO DAZA contrajeron matrimonio por el rito católico el 03 de diciembre de 1983 (*pág. 6 archivo "037ContestacionDeDemanda"*), documento que no contiene notas marginales sobre disolución o liquidación de la sociedad conyugal, de lo que se infiere que el vínculo y la sociedad conyugal se encontraban vigentes al momento del fallecimiento.

Frente a la convivencia entre YAMILE TORO DAZA y Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) encuentra la Sala que existen incongruencias respecto a que la misma se haya mantenido de manera ininterrumpida hasta el 03 de septiembre de 2013. Lo anterior por cuanto según investigación administrativa No. 8251 del 28 de enero de 2015 (*pág. 1 a 9 archivo "DJT-INF-AD-2014\_7870532-20190828", subcarpeta "CC-79263223-4", carpeta "65.1 Anexos"*) el causante vivió en la Carrera 69i No. 66-49 en casa de propiedad de Luz Marina López Bayona, desde el año 2009 a 2012, situación que hace imposible que el causante estuviera conviviendo con YAMILE TORO DAZA en el

barrio San Mateo en Soacha (C). Además, conforme con la consulta de fecha 27 de octubre de 2011, ante el consultorio jurídico de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA (pág. 65 a 66 archivo “04.Demanda”), el causante indicó lo siguiente:

*“...De la unión conyugal se procrearon 2 hijos hoy mayores de edad, nos separamos con ella voluntariamente hace 13 años de la casa o bien social dentro de la sociedad conyugal quiero hacer o disponer para los hijos de lo que legalmente me corresponde...”*

Así mismo, en Investigación Administrativa No.8234 del 28 de enero de 2015 (pág. 1 a 10 archivo “DJT-INF-AD-2014\_1914803-20190828”, subcarpeta “CC-79263223-4”, carpeta “65.1 Anexos”) en la entrevista realizada por el técnico investigador, YAMILE TORO DAZA le indicó lo siguiente:

*“...Quiero informarle a COLPENSIONES que en el año 1999, me separé temporalmente de mi esposo Héctor Junca por un desliz que tuve de cuyo hecho nacieron 2 hijos gemelos Diego y David León Toro debido a esto me fui a vivir con León Omar en el barrio Bosa la paz (Kra 82HN° 62-46...”*

Así se logra desvirtuar lo manifestado por los testigos Lady Alejandra Junca Toro (01:30:10 archivo 48.1Audiencia) y Jonathan Jaimes Junca Toro (12:58 archivo “65.2Audiencia”) quienes indicaron que la pareja había convivido hasta el momento del fallecimiento, que nunca se habían separado. Del testimonio de Carmen Alicia Martínez (01:18:23 archivo 48.1Audiencia) tampoco se puede extraer que la convivencia entre los cónyuges haya sido hasta el momento del fallecimiento, atendiendo que la declarante visitaba con poca frecuencia la casa ubicada en el barrio San Mateo en Soacha.

Por ende, no se acreditó en este proceso que la cónyuge supérstite haya convivido con el afiliado durante los últimos cinco años antes de su fallecimiento. Sin embargo, debe recordar la Sala que, para los vínculos matrimoniales con sociedades conyugales

vigentes no disueltas, el requisito de convivencia mínima (5 años) se pueden acreditar en cualquier tiempo, siendo necesario analizar si YAMILE TORO DAZA demostró este periodo, trayendo a colación los siguientes medios de prueba:

En el interrogatorio de parte AURA MARÍA SILVA DE JUNCA (10:22 *archivo "48.1Audiencia"*) indicó que su hijo Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) tenía una esposa y se habían separado hace 18 años, que de dicha unión habían procreado dos hijos, que cuando se separaron el hijo mayor tenía 12 años y la niña tenía 11 años, que la esposa se había ido con otra persona con quien procreó dos hijos gemelos, que el causante había dejado una casa en el barrio San Mateo pero que él vivía en el barrio La Estrada; que su hijo la apoyaba económicamente y la tenía afiliada a salud y caja de compensación, además que el causante atendió la dieta de los gemelos de YAMILE TORO DAZA, los visitaba y les llevaba una muda de ropa.

Plutarco Barrera (45:58 *archivo "48.1Audiencia"*) en su testimonio indicó que reside en el barrio La Estrada hace 40 años, que conoció al causante y a YAMILE TORO DAZA, quienes después se casaron, pero no le costa la convivencia de los cónyuges porque ellos vivían en San Mateo, que la pareja tuvo dos hijos y vivían con ellos antes de separarse, que después de la separación no los volvió a ver, que en los últimos 5 años Héctor vivía en el barrio La Estrada y que apoyaba económicamente a sus padres.

Yamile Corredor Anzola (01:00:31 *archivo "48.1Audiencia"*) en su declaración indicó que conoció a Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) porque es vecina de Aura y Jaime, que conoció a YAMILE TORO DAZA el día que se casó con Héctor; que cuando el causante visitaba a sus padres iba junto con Yamile y sus hijos pequeños, que en los últimos 5 años antes de fallecer el causante vivió en el barrio La Estrada, que le consta que Héctor Alfonso llevaba más de 15 años separado porque él le conto en una cafetería, también le contó que

YAMILE había tenido unos gemelos de otra persona y él los visitaba los apoyaba económicamente y ellos lo querían como su padre.

De las documentales, encuentra la Sala que en el hecho 2 y 3 de la demanda Aura María Silva de Junca y Jaime Junca (q.e.p.d.) indicaron que su hijo contrajo matrimonio con YAMILE TORO DAZA el 03 de diciembre de 1983, fruto de esta unión procrearon dos hijos y que se separaron el 15 de noviembre de 1998, situación soportada igualmente en la declaración realizada por el causante en el consultorio jurídico de la Universidad Autónoma de Colombia (*pág. 65 a 66 archivo "04.Demanda"*), en las declaraciones rendidas ante la Notaría 70 del Círculo de Bogotá por Plutarco Barrera el 04 de febrero de 2014 (*pág. 22 archivo "04.Demanda"*), por Yamile Corredor Anzola el 04 de febrero de 2014 (*pág. 23 archivo "04.Demanda"*), y por Pablo Benedicto Silva Zambrano (*pág. 24 archivo "04.Demanda"*).

Además, la convivencia se demuestra con la Investigación Administrativa No.8234 del 28 de enero de 2015 (*pág. 1 a 10 archivo "DJT-INF-AD-2014\_1914803-20190828", subcarpeta "CC-79263223-4", carpeta "65.1 Anexos"*), donde el investigador en la conclusión No. 4.3 indicó que *"el causante estaba separado de su esposa Yamile Toro Daza, desde mayo del 2009 hasta el día del fallecimiento del causante ocurrido el 03 de septiembre de 2013"*.

Por todo lo anterior, es un hecho pacífico, aceptado tanto por los testigos y las partes, así como por el mismo causante, que YAMILE TORO DAZA convivió con Héctor Alfonso Junca Camargo (q.e.p.d.) desde el año 1983, fecha de su matrimonio, hasta por lo menos el año 1998, fecha a partir de la cual, a raíz de una infidelidad, Héctor Alfonso se separó de hecho de su cónyuge, pero mantuvieron una buena relación de amistad y apoyo, tanto así que el causante apoyaba económicamente a su cónyuge por los gemelos que no eran sus hijos biológicos.

Así, se concluye que YAMILE TORO DAZA acredita que convivió con el afiliado durante 15 años aproximadamente, es decir, más de 5 años en cualquier tiempo, en calidad de cónyuge supérstite, por lo que cumple la condición para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, contrario a lo señalado por el *a quo*, quien no tuvo en cuenta en precedente jurisprudencial, lo que también descarta el planteamiento expuesto por el recurrente, motivo por el cual se revocará la sentencia de primera instancia para, en su lugar, conceder la pensión de sobrevivientes a favor de aquella.

No se discute que la señora AURA MARÍA SILVA DE JUNCA Y JAIME JUNCA BERNAL (q.e.p.d.) dependían económicamente de su hijo fallecido, ya que dicha situación fue mencionada por todos los testimonios recepciones en el proceso. Sin embargo, al existir cónyuge beneficiaria, se excluye a los padres para ser beneficiarios de esta prestación (literal e) artículo 47 Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 Ley 797 de 2003).

**- Sobre excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez, esto ocurre frente a cada mesada. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

En este caso, la señora YAMILE TORO DAZA recibió el pago de la pensión de sobrevivientes hasta el 31 de marzo de 2018, según Resolución SUB 86514 de 02 de abril de 2018 (*archivo "GRF-AAT-RP-2018\_4149882-20180413014617", subcarpeta "CC-79263223-1", carpeta "65.1Anexos"*), donde COLPENSIONES le ordenó el reintegro del 100% de los valores pagados. Además, el juzgado mediante auto del 21 de mayo de 2018 le tuvo por contestada la demanda (*archivo*

“*autoquetieneporcontestada*”), es decir, la intervención en este proceso fue realizada antes de que transcurrieran 3 años desde la suspensión de los pagos, razón por la cual no hay lugar a la prescripción de las mesadas retroactivas.

Por el resultado del estudio, las demás excepciones formuladas por COLPENSIONES se tendrán por no probadas.

- **Sobre el retroactivo pensional**

COLPENSIONES le pagó a YAMILE TORO DAZA la pensión de sobrevivientes a partir del 03 de septiembre de 2013 hasta el 31 de marzo de 2018 y a partir del 01 de abril de 2018 le viene reconociendo la prestación en un 100% a AURA MARÍA SILVA DE JUNCA, en virtud de la Resolución SUB-89899 del 06 de abril de 2018 (*pág. 2 a 7 archivo “042Prueba”*).

Frente a tal circunstancia, es claro que la administradora del fondo de pensiones pública, a pesar de que tenía pleno conocimiento de las múltiples decisiones en su contra por la aplicación del precedente jurisprudencial frente al requisito de convivencia de cinco años en cualquier tiempo de los cónyuges separados de hecho, sin disolución de la sociedad conyugal, y que en sus actos administrativos e investigaciones corroboró la convivencia por un tiempo superior a ese periodo, decidió revocar la prestación y concederla a la madre del causante.

Además, también podía, con ocasión del conflicto de beneficiarios que se presentó, suspender el pago de las mesadas mientras se resolvía el derecho en favor de alguna de las partes, para proteger los dineros del fondo común, lo que genera que se presente una situación particular por cuanto las mesadas pensionales se han venido pagando a una persona diferente a la beneficiaria reconocida en esta acción. Por ello, la cónyuge beneficiaria no puede verse

afectada en el pago del retroactivo pensional de la pensión de sobrevivientes por falencias atribuibles a COLPENSIONES.

Bajo este análisis, la falencia administrativa conlleva a que el 100% del retroactivo pensional, que deberá indexarse mesada por mesada al momento del pago, que se cause a favor de YAMILE TORO DAZA, a partir del 1° de abril de 2018 hasta la fecha en que sea incluida en nómina de pensionados, lo deba asumir COLPENSIONES. No obstante, para salvaguardar la estabilidad financiera del sistema pensional, dicha entidad cuenta con la posibilidad de ejercer las acciones administrativas o judiciales correspondientes contra AURA MARIA SILVA DE JUNCA, con el fin de recuperar los dineros pagados en exceso, esto es, los correspondientes a los cancelados por concepto de pensión de sobrevivientes, en la forma señalada en el acto administrativo de reconocimiento pensional, sin perjuicio de las demás acciones que estime pertinentes.

Frente a la condena en costas, se precisa que éstas corren por ministerio de la ley contra la parte vencida en el proceso, conforme con las disposiciones del artículo 365 del CGP, motivo por el cual al ser COLPENSIONES la obligada a corregir su actuación, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de YAMILE TORO DAZA, en principio debería asumir también los costos derivados por este concepto.

Sin embargo, no se puede desconocer que ninguna de las pretensiones elevadas por la parte demandante AURA MARIA SILVA DE JUNCA tuvieron vocación de prosperidad y la vinculación de YAMILE TORO DAZA se generó de forma oficiosa por parte del juzgado de instancia, cuya situación jurídica, a pesar de no elevar ninguna pretensión contra COLPENSIONES, se resolvió en virtud de lo señalado en el artículo 61 del CGP y la fijación del litigio señalada por el *a quo*, por lo que, dadas las cuestiones singulares que se presentaron en este asunto, para la Sala no se causaron costas procesales ni a favor ni en contra de ninguna de las partes.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que **YAMILE TORO DAZA**, identificada con cedula de ciudadanía No.51.737.012 tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en su condición de cónyuge supérstite, por la muerte del afiliado HECTOR ALFONSO JUNCA CAMARGO (q.e.p.d.) a partir del 03 de septiembre de 2013, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a favor de **YAMILE TORO DAZA** el retroactivo pensional causado a partir del 1° de abril de 2018 en cuantía de un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente hasta la fecha en que sea incluida en nómina de pensionados, mesadas retroactivas que deberán ser indexadas desde su causación hasta que se produzca su pago efectivo, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. **PRECISAR** que, para salvaguardar la estabilidad financiera del sistema pensional, **COLPENSIONES** cuenta con la posibilidad de ejercer las acciones administrativas o judiciales correspondientes contra **AURA MARIA**

**SILVA DE JUNCA**, con el fin de recuperar los dineros pagados en exceso, esto es, los correspondientes a los cancelados por concepto de pensión de sobrevivientes, en la forma señalada en el acto administrativo de reconocimiento pensional, sin perjuicio de las demás acciones que estime pertinentes.

**CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por **COLPENSIONES**.

**QUINTO: SIN COSTAS** en las instancias.

**SEXTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con salvamento de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

### **SALVAMENTO DE VOTO:**

DEMANDANTE: AURA MARIA SILVA DE JUNCA y otro

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2016 00558 01

A continuación, se exponen las razones por las que se presenta salvamento de voto:

El proceso inició por la demanda instaurada por los señores AURA MARÍA SILVA DE JUNCA y JAIME JUNCA con el objeto de reclamar la pensión de sobreviviente por la muerte de su hijo HECTOR ALFONSO JUNCA, quien para la fecha de la muerte tenía económicamente a su cargo a los padres como se constata en los documentos obrantes en el proceso.

La sentencia de primera instancia condenó al reconocimiento de la pensión a favor de los padres y absolvió respecto de la cónyuge, y en esta instancia se revocó dicha decisión para conceder la pensión a la cónyuge separada de hecho.

De los elementos de prueba se observa que para la fecha del fallecimiento del afiliado, este se había separado de hecho de la cónyuge y había destinado que la parte de los bienes que le correspondía por la sociedad conyugal pasara a sus hijos; esto es, existió una disolución de la sociedad conyugal.

Si bien no se desconoce que la jurisprudencia ha señalado que la cónyuge debe demostrar una convivencia con el afiliado separado fallecido de cinco años en cualquier momento de la relación y no necesariamente al momento de la muerte, es de anotar que respecto de la misma se ha indicado que deben existir los lazos de solidaridad y afecto que permitan señalar que ese cónyuge separado continua siendo parte del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca.

De los elementos de prueba obrantes en el proceso, tales como la certificación de la EPS que señala que la cónyuge hace parte del grupo familiar como compañera permanente del padre de sus hijos JOSE OMAR LEON, es un hecho indicativo que la cónyuge no hacía parte del grupo familiar del afiliado fallecido, lo cual se corrobora con el hecho de que el afiliado tenía como sus beneficiarios ante la Caja de Compensación y la EPS a sus padres como dependientes (archivo 4. Demanda pág. 68 y 69).

Adicionalmente, al observarse que las declaraciones presentadas por la cónyuge al proceso y en la actuación administrativa no son totalmente coincidentes con la situación real de la ex pareja, ya que se pudo corroborar en el expediente que ella no convivió con el afiliado durante los cinco años previos a la muerte, contrario a lo expuesto por las declaraciones arrojadas en las diligencias administrativa y

procesal. Lo anterior se asevera porque recuérdese que es la persona que le arrendó el inmueble al afiliado la que indicó que para la fecha del fallecimiento el vivía solo y tenía una novia, siendo esto totalmente contrario a lo expuesto por la cónyuge en sus declaraciones que señaló una convivencia hasta la fecha del fallecimiento.

Esas circunstancias de declaraciones contrarias a los hechos reales, generan dudas en relación con las declaraciones que señalan que el afiliado fallecido le colaboraba con los hijos extramatrimoniales e hijos del compañero permanente con el que convivía la cónyuge, cuya convivencia se deduce de la certificación de la EPS que se reitera indicó que la cónyuge hace parte del grupo familiar del señor JOSE OMAR LEON.

Dado esos elementos de prueba que obran en el expediente, la decisión de primera instancia debió ser confirmada, porque si quedó acreditada la dependencia económica de los padres respecto del hijo fallecido y que la cónyuge no hacía parte del grupo familiar con el que se pretende proteger la pensión de sobrevivientes.

  
**ÁNGELA LUCÍA MYRILLO VARÓN**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.19-2017-00543-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **PARMALAT COLOMBIA LTDA** contra la sentencia proferida el 08 de octubre de 2021 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la pasiva al pago de la indemnización por despido y costas procesales, y absolvió de las demás pretensiones (*min. 26:04*, archivo “35.1Audiencia”).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**EDNA MARGARITA CASTELLANOS BARRAZA** llamó a juicio a **PARMALAT COLOMBIA LTDA** con el fin de que se declare la existencia del contrato de trabajo, que el mismo fue terminado sin justa causa y no se le pagaron las prestaciones sociales, por lo que solicita se condene al pago de la indemnización moratoria, indemnización por despido, indemnización por daño moral, daño emergente y lucro cesante, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se vinculó con PARMALAT COLOMBIA LTDA, a través de un contrato a término indefinido, desde el

04 de febrero de 2016, desempeñando el cargo de Jefe de *Trade Marketing*, devengando inicialmente un salario de \$7.500.000 pero a partir del 1° de abril de 2016 se pactó salario integral; que durante la ejecución de sus labores su jefe era Rhaissa Acosta, Directora de *Marketing*, quien en reuniones del 13 de diciembre de 2016 y 25 de enero de 2017, le hizo comentarios ofensivos y en tono amenazante, por lo que le hizo el reclamo y que el 26 de enero siguiente reportó la situación a recursos humanos.

Manifestó que el 23 de febrero de 2017 su jefe Rhaissa Acosta la llamó para que se presentara con urgencia a una reunión con Fernando Méndez, Director de Recursos Humanos, Carlos Pulido, Jefe de Administración de Personal, y María Borray, Jefe de Control Interno, dado que necesitaban de su ayuda ya que tenían unos inconvenientes con unos bonos Sodexo y que Sodexo Pass había puesto una demanda contra Parmalat; una vez en la reunión les solicitó le dieran detalles de la demanda y le informaron que después le comunicarían; en todo caso, que en la reunión les explicó el proceso respecto del cual tenía alguna incidencia en el manejo de los bonos y les explicó que la Auditora María Victoria Borray tenía conocimiento de una situación que se había presentado con Argelino Gómez a principios del año 2016.

Comentó que el 24 de febrero de 2017, le preguntó a Sandra López, Gerente de Compras, si podía traer los soportes en la tarde, a lo que le contestó que María Victoria Borray, la Auditora, le había informado que no buscara ningún soporte que no los necesitaba y que no dijera que esa reunión había existido; ese mismo día se reunió con Rhaissa y María Victoria, les entregó los soportes en físico y otros por correo electrónico, quienes le dijeron que cuando volviera de vacaciones presentara el resto de soportes; que cuando regresó de vacaciones le solicitó a Rhaissa el *back up* del computador de Jorge Hernández pero no recibió los soportes de compra, tampoco el *back up* requerido ni el acta de reunión del 23 de febrero de 2017.

Posteriormente, que el 13 de febrero de 2017 (sic) Fernando Méndez le entregó una citación a descargos para el día siguiente; que el 14 de marzo de 2017 a las 8:30 AM rindió descargos sobre unas supuestas

inconformidades respecto de unos bonos *Sodexo* y ese mismo día el Jefe de Administración de Personal le informó que la empresa había decidido dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa, por revelar información confidencial (pág. 1 a 11, archivo "007EscritoDeSubsanacion").

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**PARMALAT COLOMBIA LTDA** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo, el cargo desempeñado, el salario integral, la jefa directa de la demandante, la rendición de descargos, la presentación de inconformidad de la actora en recursos humanos, la reunión del 23 de febrero de 2017 y la terminación del contrato de trabajo. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación de pagar indemnización por despido injusto por cuanto el contrato de trabajo se terminó por justa causa*, falta de causa para demandar, pago, compensación, prescripción y buena fe, (pág. 1 a 19, archivo "016. ContestaciónDeDemanda").

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 26:04, archivo "35.1Audiencia")

El 08 de octubre de 2021, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"(...) PRIMERO: DECLARAR que entre EDNA MARGARITA CASTELLANOS BARRAZA identificada con C.C. 52.396.639 y PARMALAT COLOMBIA LTDA identificada con Nit 800.245.795-0 existió una relación laboral vigente entre el 04 de enero de 2016 y el 14 de marzo de 2017, desempeñando como último cargo el de Jefe de Trade Marketing con una última remuneración de un salario integral de \$9,590,321, conforme a lo motivado. SEGUNDO: CONDENAR a PARMALAT COLOMBIA LTDA con Nit 800.245.795-0 a pagar a favor de la aquí demandante EDNA MARGARITA CASTELLANOS BARRAZA C.C. 52.396.639 la suma de \$8,311,611 por concepto de indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del CST. TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la aquí demandante. CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de pago, que fue propuesta por la demandada*

*PARMALAT COLOMBIA LTDA y no probadas las demás, conforme a la parte considerativa de este proveído. **QUINTO: CONDENAR** a la demandada PARMALAT COLOMBIA LTDA en las costas en favor de la aquí demandante, se ordena que sean tasas por la secretaría del despacho. (...)*”.

El Juzgado de primera instancia fijó como problema jurídico establecer cuál era el salario devengado por la demandante, el motivo de la terminación del contrato, si fue con o sin justa causa, y si había lugar a las indemnizaciones solicitadas.

La Juez indicó que no hubo discusión sobre la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales, el cargo y el horario que tenía la demandante. Sobre el salario declaró que el último que devengó la actora fue la suma de \$9.590.321, salario integral. Frente a la forma de terminación del contrato señaló que era la demandada quien debía acreditar la justa causa, por lo que del acervo probatorio dedujo que no había un acto o soporte que indicara el deber específico de confidencialidad de la información que reveló la demandante, y del estudio del contrato de trabajo y del Reglamento Interno de Trabajo no fue posible deducir con especificidad la información que reviste ese carácter, por lo que condenó a la demandada al pago de la indemnización, negando las demás pretensiones.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN.**

El apoderado de **PARMALAT COLOMBIA LTDA** interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y se declaren probadas las excepciones propuestas.

Adujo que en el proceso quedó debidamente comprobada la justa causa que condujo a la compañía a dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante, pues si bien no existe prueba documental de que lo que se trató en la reunión del 23 de febrero de 2017 fuera de carácter confidencial, el despacho no valoró los testimonios de la parte demandada Fernando Méndez y María Victoria Borray, quienes estuvieron en esa reunión y manifestaron que la información que se

estaba comunicando por los funcionarios de Parmalat era confidencial, dado que se estaba iniciando una investigación sobre un supuesto fraude en virtud a una falsificación de unos bonos *Sodexo*, y los testigos dijeron que ese carácter se le había puesto de presente a la demandante; que además hubo confesión de la parte actora en el interrogatorio al aceptar que si divulgó esa información. Y que al estar calificada como grave esa conducta en el Reglamento Interno de Trabajo, el operador judicial no tiene competencia para determinar sobre la gravedad de estas, conforme lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia (*min. 28:21, archivo "35.1Audiencia"*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de **PARMALAT COLOMBIA LTDA** solicitó revocar la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

La parte demandante en su intervención manifestó que, ante la vulneración de sus derechos fundamentales, se debe mantener la decisión recurrida.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si la sociedad empleadora acreditó la justa causa para terminar el contrato de trabajo de la demandante y si procedía el pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el 04 de enero de 2006, la demandante **EDNA MARGARITA CASTELLANOS BARRAZA** y **PARMALAT COLOMBIA LTDA** suscribieron contrato de trabajo a término indefinido para ocupar el cargo de Jefe de *Trade Marketing*, pactándose a partir del 1° de abril de 2016 una remuneración integral (pág. 11 y 12, archivo “004Demanda”); **ii)** y que el 14 de marzo de 2017 el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente aduciendo justa causa (pág. 16 archivo “004Demanda”).

### - **Sobre la terminación del contrato de trabajo con justa causa.**

El artículo 62 CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 CST.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada (SL Rad. 33535 de 2008 y SL4547 de 2018, entre otras).

De otra parte, la alta Corporación ha indicado frente a la causal del numeral 6 del literal a) del artículo 62 CST, esto es, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículos 58 y 60 CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, que dicha norma consagra dos supuestos, por tanto, si se trata de la primera hipótesis de violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso,

mientras que si se trata de una conducta que las partes previamente calificaron de grave al Juez solo le es dable verificar si se dio o no la conducta enrostrada (SL Rad. 35105 de 2012, SL Rad.38855 de 2012 y SL1920-2018).

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia condenó a **PARMALAT COLOMBIA LTDA** al pago de la indemnización por despido, absolvió a la pasiva de las demás pretensiones y la condenó en costas.

Para resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandada, debe recordarse que el empleador tiene la carga de acreditar en el juicio las justas causas invocadas a su contraparte o las razones que adujo al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, no pudiendo alegar válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

En la carta de terminación del contrato (*pág. 16, archivo "004Demanda"*) el empleador alegó que las justas causas en que incurrió **EDNA MARGARITA CASTELLANOS BARRANZA** son las señaladas en el numeral 8 del artículo 62 del CST y en el literal N de la cláusula sexta del contrato de trabajo.

Debe recordarse que la SL CSJ ha reiterado que la exigencia del Parágrafo del artículo 62 CSJ se satisface o con la invocación de la causal legal, convencional o reglamentaria, o con la indicación de los motivos o hechos que inspiran la terminación unilateral del contrato, o con ambos.

Por lo tanto, al identificarse las causales que originaron la finalización del vínculo contractual, una causa legal y una convencional contenida en el contrato de trabajo, es deber del Juez del trabajo verificar su ocurrencia, conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En la alzada se dice que en el expediente se probó con suficiencia las justas causas invocadas y que el juzgado de instancia valoró

indebidamente las declaraciones de Fernando Méndez y María Victoria Borray y las confesiones realizadas por la demandante en el interrogatorio, motivo por el cual la Sala se remitirá a estos aspectos para resolver la controversia.

El día 23 de febrero de 2017 se llevó a cabo una reunión donde fue citada **EDNA MARGARITA CASTELLANOS GARCIA** y se le indagó acerca de algunos temas y situaciones acaecidas en la compañía. En dicha reunión, dice el empleador, se le informó a la demandante que los temas tratados en la misma eran de carácter confidencial (*citación a descargos de fecha 13 de marzo de 2017, pág. 4, archivo "018ContestaciónDeDemanda"*).

En el acta de descargos celebrada el 14 de marzo de 2017 (*pág. 8 y 9 y 171 y 172, archivo "01. Cuaderno Principal"*), **EDNA MARGARITA CASTELLANOS GARCIA** aceptó que en esa reunión se le pidió el favor de que no le contara a nadie de la compañía, también que al día siguiente llamó a la empresa de Sodexo con el fin de buscar los soportes solicitados en la reunión y allí le indagaron que cual era la razón por la que estaba pidiendo este soporte (*pág. 6 a 13, archivo "018ContestacionDeDemanda"*).

En el interrogatorio rendido por la demandante aceptó la participación en la reunión del 23 de febrero de 2017, donde estuvieron presentes tanto ella como Carlos Pulido, Fernando Méndez y María Victoria Borray para analizar unas falsificaciones bonos Sodexo; comentó que María Victoria Borray le dijo que nadie de la compañía podía saber de esa reunión; que al otro día llamó a Sodexo a Camila Mondragón, ejecutiva de esa compañía, y le pidió unos soportes de unos cambios de unos bonos y que Camila le dijo "*pero porque me lo pides la que lo debe pedir es la especialista, la persona de compras, le dije pues por la denuncia, me dijo cual denuncia, porque ella no me iba a dar el soporte, me dijo cual denuncia, pues porque ustedes pusieron una denuncia hacia Parmalat, me dijo no existe tal denuncia...*"; e indicó que sobre los temas que fueron debatidos en la reunión del 23

de febrero le había contado al novio (*min:32:30, archivo "32.1Audiencia"*).

En el interrogatorio rendido por el representante legal de **PARMALAT COLOMBIA LTDA**, quien a su vez actuó como apoderado judicial de la empresa demandada, señaló que se citó a descargos a la trabajadora para respetar el debido proceso, porque divulgó información de carácter confidencial a terceras personas, conducta según la cual estaba expresamente prohibida en el Reglamento Interno de Trabajo, artículo 58, numeral 7 y en el Código Sustantivo de Trabajo. No obstante, de acuerdo con su relato, el representante no estuvo presente al momento de la reunión, por lo que es evidente que toda la información que entregó sobre la misma provino de terceros y no por percepción directa (*min:09:22, archivo "32.1Audiencia"*).

El testigo Fernando Méndez Cuy, quien manifestó estar vinculado con PARMALAT en el cargo de Gerente de Administración de Personal, señaló que supo de la reunión del 23 de febrero de 2017, pero no estuvo durante el transcurso de la misma y solo acudió cuando ya estaban finalizando, y que conoció toda la situación porque realizó el proceso de los descargos y la carta de terminación del contrato de trabajo (*min: 02:00:34, archivo "32.1Audiencia"*).

Y María Victoria Borray Chaparro, en su declaración, relató que es la Jefe de Control Interno de PARMALAT, que a finales del mes de enero de 2017 la gerente de operaciones de Sodexo, Olga Lucia Salcedo, le informó que habían tenido unas irregularidades por unos bonos falsificados, con enumeración interna de Parmalat, los cuales ya habían circulado 4 veces, situación que comunicó a la dirección de la compañía y a recursos humanos; por lo que luego de su aprobación, el 23 de febrero de 2017 se reunieron algunas personas, si bien fue una reunión informal se hizo con la mayor confidencialidad dado que iban a iniciar una auditoría y verificación de todo el proceso en la compañía; que en esa reunión estuvo EDNA MARGARITA, Carlos Pulido y Sandra López, que era la encargada de atender las solicitudes

de compra del área de *Trade* y Marlon Torres; que en esa reunión se le dijo a la demandante, que, por tratarse de presuntos fraudes *Sodexo*, los asuntos allí ventilados eran de carácter confidencial, y esa fue la instrucción del jefe de recursos humanos. Y como resultado de esas auditorias, concluyeron que no había suficiente información para determinar si el falsificador estaba dentro de la compañía y así mismo se lo manifestaron a *Sodexo* (*min: 01:03:44, archivo "32.1Audiencia"*).

Con el anterior material probatorio, debe precisarse que **PARMALAT COLOMBIA LTDA** tenía la carga de acreditar en el juicio las causas justificativas de terminación del contrato, pero no todas aquellas que consideraran aplicables al caso de la demandante, sino únicamente las que fueron referidas en la comunicación que le notificó a la accionante la finalización de su vínculo contractual. Por eso, para la Sala no son de recibo los argumentos planteados en la alzada frente a que las conductas cometidas por la trabajadora se encuentran calificadas como graves en el Reglamento Interno de Trabajo de la compañía, puesto que esa mención brilla por su ausencia en la carta de terminación del 14 de marzo de 2017, no pudiéndose alegar válidamente causales o motivos distintos posteriormente. Por ende, el Tribunal se releva de la verificación y estudio del citado Reglamento.

La primera causal alegada como infringida por **EDNA MARGARITA CASTELLANOS BARRANZA**, es la señalada en el numeral 8 del artículo 62 del CST, que establece:

*"8. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa."*

Dicha causal contiene dos presupuestos. El primero que haya fuga de información relacionada con los secretos técnicos o comerciales de la empresa o divulgación de asuntos de carácter reservado, por causas imputables al trabajador. Y el segundo, que con esa revelación realizada por el trabajador se cause un perjuicio a la empresa, que debe ser objetivo, comprobable y medible.

En el asunto bajo estudio no hay prueba de que la trabajadora haya incurrido en esta conducta. La falta que se le atribuyó fue compartir una información que se dice se calificó con el carácter de confidencial en la reunión del 23 de febrero de 2017, con ocasión de unos presuntos fraudes con bonos *Sodexo*, aspecto que no se enmarca en la causa legal citada por la demandada en la carta de terminación del contrato de trabajo, pues no se trató de secretos técnicos o comerciales. De aceptarse que atañe a asuntos de carácter reservado, **PARMALAT COLOMBIA** no demostró ni acreditó que haya sufrido algún perjuicio por la conducta de su empleada.

Y al tratarse de una causal objetiva de carácter legal era deber del juez de primer grado calificar la gravedad de la conducta, como en efecto ocurrió. Siendo ello así, se descarta el planteamiento del recurrente.

Y frente a la segunda causal contenida en citada comunicación del 14 de marzo de 2017, es de aquellas de índole convencional al estar contenida en el contrato de trabajo, siendo obligación del juez del trabajo, según la jurisprudencia citada, verificar si se dio o no la conducta enrostrada.

El literal N) de la cláusula sexta del contrato de trabajo suscrito entre las partes el 04 de enero de 2016 (*pág. 1 y 2, archivo "018ContestaciónDeDemanda"*) dice lo siguiente:

*"N) Revelar información de la compañía obtenida a través del sistema o cualquier otro medio a terceros o a la competencia"*

Para darle validez a esta justa causa de terminación del contrato de trabajo convencional era necesario que se determinara, si quiera de forma sumaria, en la comunicación del despido cuál era la información revelada por la trabajadora que configuró la calificación como grave de la conducta para que pudiera el juez laboral verificar su ocurrencia, en cumplimiento del parágrafo del artículo 62 del CST. Si se revisa el documento en mención "*pág. 1 y 2, archivo*

“018ContestaciónDeDemanda”) no se desprende del mismo a qué tipo de información se está haciendo referencia, tampoco se deduce de su contenido que esta determinación corresponda a la calificación de los descargos realizados a la trabajadora el mismo día o que tenga relación con los hechos mencionados en la citación a descargos.

Sobre el particular, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que el despido no tiene carácter sancionatorio, por lo que, para adoptar una decisión de esta índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa. Pero, dice la Corte, no significa que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues dicha Corporación ha venido reconociendo garantías del «*derecho de defensa*» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral, entre ellas “*La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior*” (SL SL15245 de 2014, SL 1981-2019 y SL2351 de 2020, entre otras.

Con base en el referente jurisprudencial, la carta de terminación del contrato de trabajo bajo estudio adolece de los motivos y razones concretos por los cuales se dio por terminado el contrato de trabajo, por lo que sería razón suficiente para confirmar el fallo recurrido.

Con todo, de aceptarse como válida la sola incorporación de la justa causa invocada en la carta de terminación del contrato, sin los motivos y razones concretos que llevaron a esa determinación, para la Sala tampoco estaría plenamente demostrada en el presente juicio.

Lo anterior, por cuanto no está acreditada que la información entregada a la demandante en la reunión del 23 de febrero de 2017 haya

tenido el carácter de reservada únicamente para el ámbito interno de la empresa o para terceros. En la contestación de la demanda y en la teoría del caso que defiende dicha parte, se indicó que EDNA MARGARITA no podía divulgar la información ni en la empresa ni a terceros. La única prueba que soporta esa afirmación es la declaración de la testigo María Victoria Borray Chaparro, quien estuvo presente en la mencionada reunión pero que, en todo caso, no logró precisar al alcance de aquella restricción. Por su parte, la actora, tanto en la diligencia de descargos como en el interrogatorio, se ratificó en que le pidieron el favor de no contarle a nadie en la compañía, pero no a terceros.

Además, en la forma como está redactada la cláusula contractual se debía precisar con certeza a qué tipo de información se está haciendo referencia, aspecto que resultaba relevante en el presente juicio puesto que la información compartida por la trabajadora no la hizo a cualquier tercero, sino a *Sodexo*, empresa que estaba adelantando la investigación conjunta con Parmalat para encontrar el origen de la irregularidad presentada por la falsificación de bonos, y cuya finalidad fue la de obtener soportes para dar alcance a la reunión del 23 de febrero de 2017.

Por tanto, al no establecerse el alcance de la restricción de la información confidencial y reservada y al no precisarse en el contrato a qué tipo de información hace referencia la causal invocada, limita a la Sala realizar un análisis diferente, puesto que con dicho escenario la causal convencional alegada no ocurrió ni se estructuró, no siendo de recibo los argumentos elevados en el recurso.

Al no presentarse objeción alguna sobre el monto de la indemnización reconocida, la Sala se releva de su estudio, motivo por el cual se confirmará la sentencia.

Sin costas en esta instancia.

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

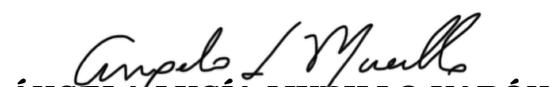
**RESUELVE**

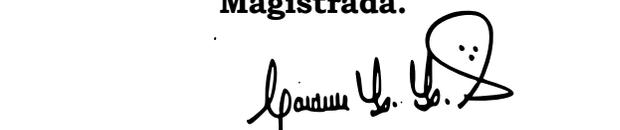
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.20-2019-00466-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por **CINDY JULLIET PIRAGAUTA NIÑO** contra la sentencia del 06 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se absolvió al demandado de todas las pretensiones y condenó en costas a la parte actora en cuantía de  $\frac{1}{2}$  SMLMV (*min. 43:20, archivo "11001310502020190046600.AUDIENCIA.FALLO-2021-07..."*)

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**CINDY JULLIET PIRAGAUTA NIÑO** llamó a juicio a **ANYUL VELASCO ORTEGA** con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido de dirección, manejo y confianza desde el 27 de julio de 2015 al 31 de julio de 2018, terminado sin justa causa por parte del empleador, teniendo como último salario la suma de \$3.000.000, en consecuencia, solicita que se condene al demandado a pagar las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, aportes a seguridad social, indemnización por terminación de contrato de trabajo sin justa causa,

indemnización por mora, indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización por el no pago de intereses a las cesantías, indemnización por perjuicios morales por la suma de 30 SMLMV, costas procesales y condenas ultra y *extra petita*.

Como fundamento fáctico indicó que desarrolló con **ANYUL VELASCO ORTEGA** un contrato verbal a término indefinido desde el 27 de julio de 2015 al 31 de julio de 2018, desempeñando el cargo de abogada asesora, sin pactó exclusividad, con un salario \$2.750.000, aumentado a partir del 01 de mayo de 2018 a \$3.050.000; que en el salario pactado se incluyeron primas de éxito que no fueron pagadas, el último lugar de prestación del servicio fue en la Calle 19 No. 4-74 oficina 1902 edificio Coopava en Bogotá, donde el demandado le suministró computador de escritorio marca Lenovo, impresora, papelería, internet y demás herramientas de trabajo, con un horariolaboral comprendido de lunes a viernes de 08:00 AM a 05:30 PM y que el beneficiario de la labor era el extremo pasivo.

Expresó que **ANYUL VELASCO ORTEGA** le asignó correo corporativo y durante la relación laboral contestó y atendió más de mil correos, consultas, conceptos, demandas y demás funciones del cargo; que el demandado ejercía subordinación, le terminó el contrato el 31 de julio de 2018 sin justa causa y no le ha reconocido las acreencias laborales; señaló que presentó derecho de petición al demandado el 02 de agosto de 2018 solicitando el pago de acreencias laborales, quien en comunicación del 29 de agosto de 2018 negó el pago de las mismas; y que a raíz de la terminación del contrato ha padecido enfermedad física y emocional (*pág. 1 a 18 archivo "2019-466 FL615 C"*).

- **CONTESTACIÓN ANYUL VELASCO ORTEGA**

**ANYUL VELASCO ORTEGA** se opuso a las pretensiones, aceptó la reclamación presentada por la demandante, la respuesta negativa a la misma y afirmó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. Formuló las excepciones de *inexistencia de la relación*

*laboral dependiente, prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y buena fe (pág. 372 a 383 archivo “2019-466 FL615 C”).*

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

*(Min. 43:20, archivo “11001310502020190046600.AUD...”)*

El 06 de julio de 2021, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** ABSOLVER al demandado señor ANYUL VELASCO ORTEGA de todas y cada una de las pretensiones de la demandante CINDY JULLIET PIRAGAUTA NIÑO. **SEGUNDO:** CONDENAR en costas a la parte demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a ½ SMLMV. **TERCERO:** CONSULTAR la presente decisión con el superior en caso que no sea apelada, teniendo en cuenta que fue adversa a las pretensiones de la trabajadora demandante”.

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si entre CINDY JULLIET PIRAGAUTA NIÑO y ANYUL VELASCO ORTEGA se ejecutó un contrato de trabajo como empleada de dirección manejo y confianza entre el 27 de junio de 2015 al 31 de julio de 2018, si se terminó sin justa causa, el valor del salario y si la demandante tenía derecho a las acreencias deprecadas.

Para resolver indicó que la demandante desplegó actividades como profesional del derecho a su favor y en favor del demandado ANYUL VELASCO y que de la prueba testimonial se extrae que a ellos no les constaba la clase de vínculo que tenían las partes, por lo que concluyó que no se cumplieron los elementos para que se declarara la existencia del contrato de trabajo y por tanto consideró que quedaba desvirtuaba la presunción legal del artículo 24 del CST.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque en su

integridad y en su lugar se accedan a las pretensiones. Para sustentar indicó que sí existió prestación de servicio, nunca fue una empresaria independiente pues constituyó su empresa en febrero de 2019 después de la terminación del contrato con ANYUL VELASCO ORTEGA; dice que con las pruebas aportadas se demuestran los extremos temporales; refirió que el testimonio de Paula Sofia Bravo Hidalgo se encuentra parcializado porque el demandado es su actual empleador, pero que de dicho testimonio se extrae que le impartía órdenes, que le tenían asignado un computador; que del testimonio de la señora Aida no se demuestra nada, que todos los testigos declararon que ella atendía parte de las consultas como apoderada pero nunca reconocieron que haya actuado como una profesional independiente.

Manifestó que todos los correos eran copiados a ANYUL, que existe prueba de que le daba órdenes a la asistente, que existe una certificación laboral emitida por ANYUL donde dice que trabajó como asociada y reconoce los extremos temporales, que cuando ANYUL no estaba en la oficina ella era la encargada de pagar los servicios públicos; considera que las pruebas aportadas al proceso dan fe de la subordinación, de la prestación personal del servicio, que no existió exclusividad y que el demandado no logró desvirtuar la presunción de existencia del contrato de trabajo (*min. 45:44, archivo "11001310502020190046600.AUDIENCIA.FALLO-2021-07..."*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante solicitó revocar el fallo y se accedan a las pretensiones, indicó que hubo una falta de apreciación o apreciación errónea de las pruebas testimoniales y documentales y que se cumplen con los requisitos de existencia del contrato de trabajo.

Por su parte, el demandado solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si procede declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y, en caso afirmativo establecer sus extremos temporales, salario y procedibilidad o no de condenar al pago de las acreencias e indemnizaciones laborales reclamadas, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## **VII. CONSIDERACIONES**

- **Acerca del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas y el contrato realidad.**

El artículo 53 Constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 del CST indicó que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al respecto, el artículo 24 del CST consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme

la anterior norma, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL728 de 2021, entre otras.

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL4444-2019, entre otras.

**- Sobre los indicios de relación de trabajo subordinada consagrados en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).**

Sobre este punto, la Recomendación 198 de 2006 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, referida a la relación de trabajó<sup>1</sup>, exhorta a los Estados a *“luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación*

---

<sup>1</sup> La Corte Constitucional, en sentencia SU555 de 2014, reiteró que las recomendaciones, por regla general, no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países.

*de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho". Además, que la existencia de una relación de trabajo "debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes", con la posibilidad de que los estados:*

1. Admitan una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
2. Consagren una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios;
3. Determinen previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.
4. Y consideren la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL1439-2021 y SL3436 de 2021, entre otras, ha insistido que solo algunos de los *indicios* o criterios de configuración de la relación de trabajo subordinada fueron consagrados en el artículo 23 CST (cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos), por tanto, dicho artículo hace una mención enunciativa y no taxativa de los mismos, muchos de los cuales fueron recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, usando la Corte varios de ellos para resolver los conflictos donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo.

La anterior regla jurisprudencial ha sido ratificada en las sentencias SL3345 de 2021, SL3695 de 2021 y SL3777-2022, entre otras. En dichas providencias, la H. CSJ indicó que el artículo 23 CST consagró como “*indicios de determinación de relación subordinada*” el cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos, pero existen otros indicios recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, a saber:

- a) Que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479 de 2020).
- b) La exclusividad (SL460 de 2021).
- c) La disponibilidad del trabajador (SL2585 de 2019).
- d) La concesión de vacaciones (SL6621 de 2017).
- e) Aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555 de 2015).
- f) Cierta continuidad del trabajo (SL981 de 2019).
- g) El cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (SL981 de 2019).
- h) La realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344 de 2020).
- i) El suministro de herramientas y materiales (SL981 de 2019).
- j) El hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (SL4479 de 2020).
- k) El desempeño de un cargo de la estructura empresarial (SL Rad 34.393 del 24 de agosto de 2010; SL2885 de 2019).
- l) La terminación libre del contrato (SL6621 de 2017).
- m) La integración del trabajador en la organización de la empresa (SL4479 de 2020; SL5042 de 2020).

Finalmente, en la sentencias SL3436 de 2021 se analizó el criterio de integración del trabajador en la organización de la empresa, concluyendo la H. CSJ que una empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de un titular, siendo indicio de subordinación que el empresario organice, de manera autónoma, sus procesos productivos e inserte al trabajador, dirigiendo

y controlando su labor en pro de sus fines empresariales, ya que si el colaborador no tiene un negocio propio ni una organización empresarial con una estructura propia, medios de producción, especialización y recursos, se infiere que carece de autonomía propia de quien *realiza libremente un trabajo para un negocio*, siendo que en realidad *aporta su fuerza de trabajo al engranaje de un negocio conformado por otro*.

- **Sobre la indemnización moratoria del artículo 65 CST.**

La H. CSJ ha señalado que debido al carácter sancionatorio de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, su condena procede solo si se acredita la mala fe del empleador al omitir el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, por ende, si el empleador acredita razones objetivas de tal omisión no procede la condena, tal y como se ha señalado en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

**CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio, conforme los antecedentes normativos y jurisprudenciales expuestos, procede la Sala a revisar si con las pruebas documentales, testimoniales o los interrogatorios rendidos por las partes se logró establecer la prestación personal del servicio y de, ser así, si el demandado logró desvirtuar el elemento subordinación.

Del interrogatorio rendido por el demandado ANYUL VELASCO ORTEGA (*min. 48:48* archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020") se extrae que CINDY JULLIET PIRAGAUTA NIÑO prestó personalmente sus servicios entre el año 2015 al 2018, situación que es confirmada por los testigos Paula Sofía Bravo Hidalgo (*01:18:36* archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020"), Juan Felipe Vargas (*01:52:14* archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020"), Mario Gallegos (*02:10:05* archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020") y Gladys Amaya Gámez (*02:29:51*

*archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020"). Además, de la documental aportada por el demandado se extrae que durante los extremos temporales entre el 27 de julio de 2018 al 30 de abril de 2018 a CINDY JULLIETH PIRAGAUTA NIÑO se le pagó mensualmente la suma de \$2.750.000 (pág. 400 a 463 archivo "2019-466 FL615 C") y entre el 01 de mayo de 2018 al 31 de julio de 2018 devengó la suma de \$3.050.000 pesos (pág. 464 a 471 archivo "2019-466 FL615 C").*

Al demostrarse la prestación del servicio, al igual que la remuneración, se activa la presunción legal de existencia del contrato de trabajo descrita en el artículo 24 del CST y le correspondía a la parte demandada desvirtuar el elemento subordinación.

Al proceso se allegaron, entre otras, además de las citadas anteriormente, las siguientes pruebas:

- a.** Carta de autorización de trámite de afiliación ante Porvenir S.A (pág. 20 *archivo "2019-466 FL615 C"*).
- b.** Historia clínica de Cindy JULLIET Piragauta Niño (pág. 41 a 55 *archivo "2019-466 FL615 C"*).
- c.** Correos electrónicos entre la demandante, el demandado y las empresas asesoradas (pág. 63 a 168 *archivo "2019-466 FL615 C"*).
- d.** Correos electrónicos entre la demandante y Paula Sofía Bravo (pág. 170 a 204 *archivo "2019-466 FL615 C"*).
- e.** Correos electrónicos entre la demandante y el demandado (pág. 206 a 224 *archivo "2019-466 FL615 C"*).
- f.** Cuentas de cobro y recibo de pago de honorarios (pág. 227 a 352 *archivo "2019-466 FL615 C"*).
- g.** Contrato de prestación de servicios (pág. 384 a 386 *archivo "2019-466 FL615 C"*).
- h.** Correo de fecha 31 de julio de 2018 (pág. 387 *archivo "2019-466 FL615 C"*).
- i.** Cuentas de cobro y recibos de pago de honorarios (pág. 400 a 471 *archivo "2019-466 FL615 C"*).

En la audiencia del artículo 80 del CPTSS se recibió el interrogatorio de ANYUL VELASCO ORTEGA quien indicó que con la abogada CINDY PIRAGAUTA se celebró un contrato de prestación de servicios como resultado de una alianza estratégica para atender ciertos asuntos que atañen a su condición de asesor legal de varias empresas, sin embargo, que dentro de ese tiempo no hubo una ejecución continua ni permanente de la actora respecto al objeto del contrato, ella tenía una oficina propia de asesoría legal en la cual emitía información a sus propios clientes; la alianza estratégica consistió en que CINDY tenía sus propios clientes como abogada y dueña de su propia firma de asesoría legal y al mismo tiempo, a través de un contrato de prestación de servicios, se comprometió a elaborar asesoría jurídica en el área laboral para unas empresas que tienen un contrato con él, por eso dice que la abogada era autónoma, nunca se habló de exclusividad, le ofreció a ella recibir correspondencia en su oficina, y que entre el año 2015 a 2018 no recibió ningún tipo de valor por arriendo. Aceptó que es dueño del dominio velascoabogados.com (*min. 48:48* archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020").

Se recaudó el interrogatorio de CINDY JULLIET PIRAGAUTA NIÑO, quien indicó que la contratación fue de manera verbal entre el 15 de julio de 2015 al 31 de julio de 2018, estuvo afiliada a seguridad social en calidad de trabajadora independiente en razón a las condiciones pactadas con ANYUL VELASCO ORTEGA, la oficina PRAG ESTUDIO JURÍDICO se constituyó en febrero de 2019, que ejecutó actividades para otras personas naturales y jurídicas en atención a que el acuerdo con el demandado era la oficina, los clientes a atender, las herramientas de trabajo, el correo y que no había problema si ella quiera atender otros clientes en la oficina ya que nunca pactaron exclusividad; que entre el año 2015 a 2018 no era empresaria sino trabajadora y eventualmente, de acuerdo a las cosas que le iban saliendo, atendía algunos procesos y les decía a los clientes que llegaran a la oficina personal del demandado y para el pago de sus honorarios presentaba cuentas de cobro (*min. 01:09:36* archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020").

Paula Sofía Bravo Hidalgo, testigo en común de las partes, indicó que conoce a CINDY JULLIET PIRAGAUTA NIÑO quien trabajó por prestación de servicios en la oficina de ANYUL, desde junio de 2015 a julio de 2018; CINDY ayudaba a contestar los correos electrónicos que llegaban de asesorías, atendía procesos judiciales en los juzgados y reemplazada a ANYUL cuando éste no alcanzaba a llegar a las audiencias; en la oficina la actora solo atendía a sus propios clientes y no a los clientes de ANYUL porque sus clientes no iban presencialmente; CINDY tenía un puesto con un computador Lenovo negro de su propiedad y en ocasiones usaba el computador de propiedad de ANYUL, el internet que usaba CINDY era pagado por ANYUL y a veces la actora imprimía cosas para ANYUL en papel suministrado por éste.

También manifestó que la actora le daba órdenes de algunas cosas del trabajo, las partes fueron quienes la capacitaron sobre sus funciones, la gestión de cartera de la oficina la llevaba ella y CINDY le decía como escribir el correo o a quien escribirle; la demandante no cumplía horario, tampoco sabe que días iba a la oficina, ANYUL nunca le hizo un llamado de atención a CINDY, dijo que la actividad que desplegaba CINDY como asesora de sus propios clientes demandaba en ocasiones la utilización de insumos de la oficina y en ocasiones cuando ella iba a comprar los insumos CINDY le daba para que le comprara algunas carpetas y resmas (*min. 01:18:36 archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020"*).

Juan Felipe Vargas narró en su testimonio que conoce al doctor Velasco pues del año 2014 al 2018 fue abogado y director jurídico de la constructora ORBIMUDO CONSTRUCCIONES E INVERSIONES S.A.S; conoce a Cindy porque ella trabajaba en la oficina del doctor ANYUL, en varias oportunidades fue a reuniones y ella atendía consultas de la constructora se hacían por correo electrónico, por teléfono o de cualquier otra manera; no supo qué clase de vinculo tenían las partes, pero en tres ocasiones que fue a la oficina del doctor Velasco, una vez lo atendió el doctor ANYUL y las otras dos la doctora

CINDY; el contrato de asesoría jurídica estaba suscrito con ANYUL, las consultas realizadas a CINDY se hacían con regularidad mensual o incluso de más tiempo; en virtud de algunos correos, el doctor ANYUL les dijo que las consultas las podían tramitar con CINDY, podían consultarle a CINDY cualquier día del mes y casi siempre se hacían en el horario laboral; refiere que CINDY atendía las consultas de una forma autónoma y no presenciaba la existencia de alguna aprobación por ningún medio del uno hacia el otro (*min. 01:52:14 archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020"*).

Damaso José Romero, en su calidad de testigo, solo le consta la relación profesional que tuvo con CINDY durante 10 días inicialmente y luego para contratar unos manuales, pero no tuvo conocimiento de la forma en que se llevó a cabo la relación existente entre las partes (*min. 01:58:56 archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020"*).

Mario Gallegos, en su declaración, expresó conocer a ANYUL, al ser quien le ha ayudado en la parte laboral de la empresa, los servicios se los ha prestado desde hace 8 o 10 años, le consulta para casos muy puntuales; allí conoció a CINDY porque hablaba con ella en la oficina del doctor ANYUL, pero no sabe qué tipo de relación tenían entre ellos; en virtud del contrato de asesoría con el doctor ANYUL, hacía consultas y CINDY atendía el teléfono y los dos estaban enterados de las cosas, la mayoría de consultas eran con el doctor ANYUL pero CINDY también las atendía, y cuando CINDY absolvía un concepto él hablaba con ANYUL y éste le daba una explicación más amplia (*min. 02:10:05 archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020"*).

Aida Duica Cuervo Martínez, en su testimonio manifestó que tiene una relación de amistad con ANYUL, conoció a CINDY hace años en la oficina del doctor Velasco como su secretaria del 2012 o 2013 tal vez, para el año 2015 se enteró que se había graduado y hasta ahí había estado en ese cargo, desde ese entonces no la volvió a ver en la oficina; dijo que se la encontraba en los juzgados, en alguna oportunidad se encontró a CINDY en el edificio de los juzgados y le

comentó que se había graduado y estaba ejerciendo lo que había estudiado, eso fue a mediados del año 2017, entre el año 2015 a 2018 iba a la oficina de ANYUL con mucha frecuencia, no solo por la amistad sino también por los temas que manejan de seguridad social y accidentes de trabajo (02:20:16 archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020").

Y se recibió la declaración de Gladys Amaya Gámez, quien afirmó ser empleada de TECVAL SAS, conoce a ANYUL porque es el abogado asesor de la empresa y los asesora desde hace 14 años, el contrato de la compañía y ANYUL es fijo y le pagan un salario mínimo mensual y lo llaman dependiendo los casos que salgan, en promedio una vez al mes, las asesorías son por llamada o por correo; conoce a CINDY porque las consultas las remitía al correo del doctor ANYUL y a la doctora CINDY y cuando el doctor ANYUL no contestaba se las contestaba CINDY (min. 02:29:51 archivo "2019-466AUDIENCIA 25-02-2020").

De las pruebas documentales, se resaltan los siguientes correos electrónicos:

Correo de fecha 26 de julio de 2017 (pág. 145, archivo, 2019-466 FL615 C") enviado por Juan Felipe Vargas, director jurídico de Orbimundo Construcciones e Inversiones S.A.S. donde solicita el apoyo jurídico a ANYUL y CINDY para responder dos requerimientos del Sena.

Correo de fecha 12 de febrero de 2018 (pág. 218 archivo "2019-466 FL615 C") enviado por ANYUL VELASCO ORTEGA a CINDY JULLIET PIRAGAUTA NIÑO en el cual le indicó:

*"...Hola Cindy, me ayudas por favor con estos descargos. Mañana cuadramos el horario para hacerlos con la unidad renal..."*

Correo de fecha 20 de febrero de 2018 (pág. 220 *archivo "2019-466 FL615 C)* donde ANYUL VELASCO ORTEGA le dice a la actora lo siguiente:

*"...Hola Cindy, ayúdame con esto contratos para urgencias Veterinarias, Los datos te los envio al Watsapp..."*

Correo de fecha 7 de julio de 2018 (pág. 223 *archivo "2019-466 FL615 C)* donde ANYUL VELASCO ORTEGA, en contestación a un requerimiento de certificación de procesos judiciales realizado por la empresa Nipro Medical Corporation, le pidió a Cindy JULLIET Piragauta Niño y Paula Sofía Bravo lo siguiente:

*"...Hola, por favor me pueden ayudar con esta certificación. Gracias..."*

Al analizar las pruebas en su conjunto, para la Sala el demandado **ANYUL VELASCO ORTEGA** no logró desvirtuar la subordinación.

En efecto, los testimonios presentados por Paula Sofía Bravo, Damaso José Romero y Aida Duica Cuervo Martínez no logran desvirtuar la presunción de existencia del contrato de trabajo, en atención a que Damaso José Romero tan solo le consta que celebró un contrato de prestación de servicios con la demandante, es decir, no le constan los extremos temporales y la forma en que se llevó a cabo la relación contractual entre la demandante y ANYUL VELASCO ORTEGA. La testigo Aida Duica Cuervo, quien es amiga del demandando, no asistía todos los días a la oficina y sus afirmaciones carecen de credibilidad al compararlo con lo manifestado por la testigo Paula Sofía Bravo quien, si bien al rendir su testimonio se puede ver parcializado a favor del demandado, ofrece vestigios en cuanto afirmó Que CINDY JULLIET prestó servicios del 2015 a 2018, era la contestaba los correos que llegaban a la oficina de asesorías, tenía un puesto de trabajo con un computador Lenovo pero que en dicho puesto

también había un computador de ANYUL, el internet y papel era suministrado y pagado por ANYUL y CINDY le daba órdenes de algunas cosas del trabajo.

Y a pesar de que Paula Sofía Bravo en su declaración afirmó sobre algunos horarios que cumplía la actora, lo cierto es que ella misma confirmó que la demandante iba a la oficina, asesoraba los clientes del demandado, trabajaba con insumos de propiedad de la parte pasiva. Prestación del servicio que se presentó de forma continua durante más de tres años, donde incluso los clientes se apoyaban en las asesorías en cualquiera de las dos partes involucradas en este juicio, sin distinción, pues al remitirse las respuestas con logos de la firma de abogados tenían la plena convicción que se trataba de una sola institución.

Ahora, al estudiar los indicios de la relación laboral de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la que ha integrado la Recomendación No.198 de la OIT, se tiene que CINDY JULLIET PIRAGAUTA NIÑO recibía pagos periódicos por la prestación de su servicio, hacia parte de la estructura de la firma del demandado como asesora, tanto que tenía asignado cuenta de correo institucional donde los propios clientes de la pasiva le remitían consultas, prestaba sus servicios en favor y beneficio de ANYUL VELASCO ORTEGA, realizaba el trabajo en lugares definidos por éste, quien además le suministraba a la actora el puesto de trabajo, equipo de computo, papelería y contaba para la prestación de su servicio con la colaboración de la secretaria de la oficina, Paula Sofía Bravo.

Al respecto, se aclara que a pesar de que la propia demandante aceptó que junto con el servicio que le prestaba al demandado podía llevar sus casos de forma independiente, dicha circunstancia no tiene la suficiente fuerza de desnaturalizar la relación de tipo laboral que existió entre las partes, dado que no se demostró la exclusividad en la prestación personal y tampoco se acreditó que aquellas actividades

ajenas para las cuales había sido contratada, tuvieran una dedicación superior o que fueran excluyentes.

Menos aún se probó en el expediente que los servicios prestados por CINDY JULLIETH PIRAGAUTA NIÑO fueran realizados como aporte social o en su calidad de socia de la firma de abogados, que permitiera realizar un análisis diferente. Además, la firma de abogados PRAG ESTUDIO JURIDICO S.A.S., fue constituida por la actora solo hasta el año 2019, fecha posterior a la terminación del contrato de trabajo.

Bajo los anteriores presupuestos, para la Sala el demandado no logró desvirtuar la presunción de existencia del contrato de trabajo, por el tiempo en que la demandante le prestó sus servicios, motivo por el cual se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se declarará la existencia del contrato de trabajo a término indefinido.

Como extremo inicial se tendrá el reclamado en la demanda, esto es, el 27 de julio de 2015 y como extremo final se tendrá el último pago efectuado a la demandante hasta el 31 de julio de 2018, situación que se encuentra soportada en el expediente (*pág. 400 a 463 archivo "2019-466 FL615 C"* y (*pág. 464 a 471 archivo "2019-466 FL615 C"*).

Frente al salario, en las cuentas de cobro y recibos de pago de honorarios, se deduce que entre el 27 de julio de 2015 al 30 de abril de 2018 a la demandante se le pagaba la suma de \$ 2.750.000 (*pág. 400 a 463 archivo "2019-466 FL615 C"*) y que entre el 01 de mayo de 2018 al 31 de julio de 2018 devengó la suma de \$3.050.000 pesos (*pág.464 a 471 archivo "2019-466 FL615 C"*), por lo que estos valores se tendrán en cuenta para todos los efectos.

Establecidos los elementos particulares del contrato, procede la Sala a estudiar la viabilidad de las demás pretensiones solicitadas y las excepciones propuestas.

**- Condenas por concepto de acreencias laborales**

El monto de las condenas por cesantías asciende a \$8.455.556, por intereses a las cesantías \$844.930, por sanción por no pago de intereses a las cesantías \$844.930, por prima de servicios \$8.455.556 y por vacaciones compensadas \$4.227.778, conforme se detalla a continuación:

SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES								
Desde	Hasta	Días	Salario	Cesantías	Intereses a las cesantías	Sanción por no pago de intereses a las cesantías	Prima de Servicios	Vacaciones
27/07/2015	31/12/2015	154	\$2.750.000	\$1.176.389	\$60.388	\$60.388	\$1.176.389	\$588.194
1/01/2016	31/12/2016	360	\$2.750.000	\$2.750.000	\$330.000	\$330.000	\$2.750.000	\$1.375.000
1/01/2017	31/12/2017	360	\$2.750.000	\$2.750.000	\$330.000	\$330.000	\$2.750.000	\$1.375.000
1/01/2018	31/07/2018	210	\$3.050.000	\$1.779.167	\$124.542	\$124.542	\$1.779.167	\$889.583
<b>Total</b>				<b>\$8.455.556</b>	<b>\$844.930</b>	<b>\$844.930</b>	<b>\$8.455.556</b>	<b>\$4.227.778</b>

Por tanto, se condenará al demandado ANYUL VELASCO ORTEGA a pagar las anteriores sumas.

**- Sobre el despido injustificado**

Observa la Sala que en el proceso no se allegó documental o testimonial que acredite la forma en que se dio la terminación del vínculo laboral entre las partes, carga de la prueba que le correspondía demostrar a la parte demandante en virtud de lo señalado en el artículo 62 del CST, motivo por el cual no es procedente la condena por este concepto.

**- Sobre la indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.**

El artículo 65 del CST define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo. Por su parte, el inciso 3 del artículo 99 de la Ley

50 de 1990 establece que cuando el empleador no consigne las cesantías aun fondo de pensiones en un plazo máximo hasta el 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de estas disposiciones, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal condenará al demandado al pago de estas pretensiones, pues por su profesión de abogado, los asuntos que atendía y asesoraba, entre ellos temas de carácter laboral y seguridad social, así como la forma como se desarrolló dicho vínculo, no había duda de la subordinación y por ende la existencia de un contrato de trabajo y la obligación que tenía en el pago de las prestaciones a favor de la trabajadora, no siendo aceptable que se haya utilizado una figura distinta a la laboral para alterar la primacía de la realidad.

Así, al haberse instaurado la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, artículo 65 del CST, se condenará al demandado a pagar la indemnización moratoria causada entre el 1° de agosto de 2018 hasta el 31 de julio de 2020, la cual asciende a la suma de \$73.200.000. A partir del 1° de agosto de 2020, deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta cuando el pago de prestaciones sociales (cesantías, prima de servicios e intereses a las cesantías) se verifique.

Y por concepto de sanción por no consignación de cesantías a un fondo, se condenará al pago de \$83.326.667, discriminados así:

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS A UN FONDO			
Desde	Hasta	Días	Monto
15/02/2016	14/02/2017	360	\$33.000.000
15/02/2017	14/02/2018	360	\$33.450.000
15/02/2018	31/07/2018	166	\$16.876.667
TOTAL			<b>\$83.326.667</b>

Además, para efectos de contrarrestar la pérdida adquisitiva del dinero por los movimientos inflacionarios, se ordenará indexar las sumas objeto de condena por concepto de vacaciones, sanción por no pago de intereses a las cesantías y sanción por no consignación de cesantías a un fondo desde el 1° de agosto de 2018 hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo, conforme al IPC certificado por el DANE.

**- Pago de aportes al sistema de Seguridad Social**

En cuanto la pretensión de pago de aportes, los mismos son imprescriptibles y por tanto deberán ser pagados sobre el valor del salario por parte del demandado a la entidad administradora de pensiones que informe la demandante. En este caso, procede únicamente respecto de este subsistema porque los montos a cotizar, con los valores realmente devengados, servirán para financiar la futura prestación pensional de la trabajadora.

Por tanto, deberán ser cancelados por parte del empleador sobre el valor de \$2.750.000 desde el 27 de julio de 2015 al 30 de abril de 2018 y por la suma de \$3.050.00 para los meses de mayo, junio y julio de 2018. Ahora, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 el demandado responderá por el pago total del aporte, dado que ha sido declarada la existencia de un contrato de trabajo y no demostró que la trabajadora le haya acreditado el pago de los aportes

para el desembolso de los honorarios durante la vigencia de la relación laboral, por lo menos en el plenario no aparecen adosados.

- **Sobre los perjuicios morales**

Reclama la demandante el reconocimiento de perjuicios morales por la terminación intempestiva del contrato de trabajo.

Debe precisar la Sala que la indemnización prevista en el artículo 64 del CST conlleva la indemnización de perjuicios por lucro cesante y daño emergente, pero no los perjuicios morales causados al trabajador por el rompimiento unilateral de la relación laboral.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que la indemnización ante la terminación unilateral del contrato sin justa causa, comprende, únicamente en los términos de su artículo 64 del CST, el lucro cesante y el daño emergente, por lo que es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial, o que el despido realizado de manera injusta y arbitraria trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo, como en lo familiar o social (SL35795-2010, SL1715-2014 y SL4510-2018, entre otras).

Por tal motivo, el trabajador que reclama el pago de este perjuicio moral debe acreditarlo suficientemente en el proceso para acceder a la respectiva compensación.

De las pruebas aportadas y de las recaudadas en este juicio, la parte demandante no logró acreditar perjuicios morales, que determinaran y condicionaran realizar un análisis diferente, puesto que no se puede inferir que existió ese trastorno emocional, ese dolor o la frustración ante la pérdida del empleo, más aún cuando no se

demonstró en este juicio de quien fue la voluntad de poner fin al vínculo contractual.

Ahora, se aportó copia de la historia clínica (pág. 41 a 55 archivo "2019-466 FL615 C") donde reposa que el 18 de marzo de 2019 en valoración médica se estableció respecto de la demandante lo siguiente:

*"...paciente asiste sola a consulta, manifiesta que desde el mes de agosto del año pasado presentando dolores y molestias abdominales, identifica que inició a sentirse de esa manera tras rupturasentimental (relación de 9 años) y finalización de sociedad laboral.Exámenes no arrojan origen orgánico de dicha dificultad. Manifiesta que está presentando cuadro diarreico y dolor estomacal una vez al mes... (pág. 51 archivo "2019-466 FL615 C")."*

Adicionalmente, en la historia clínica aparece que la actora le indicó al profesional de psicología que el origen de sus molestias era debido a la ruptura de la sociedad laboral, así mismo que influyó en ese estado la terminación de una relación sentimental de 9 años, aspectos que descartan el nexo de causalidad entre la terminación del contrato y el estado anímico de la demandante.

Por ende, al no estar demostrados estos perjuicios, no hay lugar a impartir condena.

#### **- Sobre la excepción de prescripción**

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las sentencias que reconocen la existencia de un contrato de trabajo son de naturaleza declarativa y no constitutiva de derechos, tal y como lo reiteró la H. CSJ en las sentencias SL3169-2014, SL20833-2017 y SL4358-2018, sobre tal premisa se resolverá la excepción de prescripción.

Los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para

el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se encuentra probado en este proceso que el contrato de trabajo se terminó el 31 de julio de 2018 y la demandante el 2 de agosto siguiente presentó reclamación escrita solicitando el pago de acreencias laborales e indemnizaciones (*pág. 23 a 30, archivo "2019-466 FL615 C"*), fecha con la que se interrumpió el término trienal conforme los artículos 489 CST y 151 CPTSS, siendo radicada la demanda el 27 de junio de 2019 (*pág. 365, archivo "2019-466 FL615 C"*), esto es, antes del vencimiento del término prescriptivo que volvió a correr.

Por lo anterior, en principio los derechos laborales causados con anterioridad al 03 de agosto de 2015 estarían prescritos, salvo aquellos con reglas especiales, como las cesantías cuyo término de prescripción inicia a la terminación del contrato (SL4260 de 2020 y SL4345 de 2020), vacaciones cuyo término de prescripción inicia al año siguiente de la prestación del servicio (SL1701 de 2021 y SL3345 de 2021) y aportes a seguridad social que son imprescriptibles (SL Rad 35.083 del 06 de mayo de 2010 y SL1272-2016). Sin embargo, al comenzar la relación laboral el 27 de julio de 2015, las primeras prestaciones se hicieron exigibles en diciembre de la misma anualidad, por lo que ninguna de las acreencias laborales reconocidas se encuentran afectadas por prescripción, motivo por el cual se declarará no probado este medio exceptivo.

Tampoco prosperan los demás medios de defensa formulados por el demandado, atendiendo el estudio de la controversia.

Sin costas en segunda instancia. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada ANYUL VELASCO ORTEGA y deberán ser tasadas por el *a quo*.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que entre el demandado **ANYUL VELASCO ORTEGA**, como empleador, y la demandante **CINDY JULLIET PIRAGAUTA NIÑO**, como trabajadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de julio de 2015 al 31 de julio de 2018, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** al demandado **ANYUL VELASCO ORTEGA** a pagar a favor de la demandante **CINDY JULLIET PIRAGAUTA NIÑO** las siguientes sumas de dinero:

- a. Cesantías: **\$8.455.556.**
- b. Intereses a las cesantías: **\$844.930.**
- c. Sanción por no pago de intereses a las cesantías: **\$844.930.**
- d. Prima de servicios: **\$8.455.556.**
- e. Compensación vacaciones: **\$4.227.778.**
- f. Indemnización moratoria: **\$73.200.000.**
- g. Intereses moratorios a partir del 1° de agosto de 2020, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta cuando el pago de prestaciones sociales (cesantías, prima de servicios e intereses a las cesantías) se verifique.
- h. Sanción por no consignación de cesantías a un fondo: **\$83.326.667.**

- i. A la indexación de las sumas contenidas en los literales c), e) y h) desde el 1° de agosto de 2018 hasta la fecha en que se produzca su pago efectivo, conforme al IPC certificado por el DANE.

**CUARTO: CONDENAR** al demandado **ANYUL VELASCO ORTEGA** a pagar a favor de la demandante **CINDY JULLIET PIRAGAUTA NIÑO** los aportes al Sistema General de Pensiones causados durante la vigencia de la relación laboral, en los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que la demandante le informe la administradora de pensiones donde está afiliada, en los términos ordenados en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: ABSOLVER** al demandado **ANYUL VELASCO ORTEGA** de las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO:** Declarar no probadas las excepciones propuestas por el demandado **ANYUL VELASCO ORTEGA**.

**SÉPTIMO: SIN COSTAS** en segunda instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de **ANYUL VELASCO ORTEGA**. Tásense.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.