

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA LILIA ARIAS ORJUELA
CONTRA SOLUCIONES EN RED S.A.S. Y CODENSA S.A. E.S.P. Rad. 2017
00279 01 Juz 02.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARTHA LILIA ARIAS ORJUELA demandó a **SOLUCIONES EN RED S.A.S. Y CODENSA S.A. E.S.P.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 6 a 8 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital.

- Contrato de trabajo realidad con Servicios Parra y Hernández Asociados S.A.S. hoy Soluciones en Red S.A.S.
- Salarios.
- Prestaciones sociales y vacaciones.
- Indemnización por despido sin justa causa
- Indemnización Moratoria.
- Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.
- Costas y agencias en derecho.

Y subsidiariamente responsabilidad solidaria de Codensa S.A. E.S.P. en el pago de tales pretensiones.

Los hechos se describen a fls. 2 a 6 y 119 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital.

Suscribió con la empresa Servicios Parra y Hernández Asociados S.A.S. hoy Soluciones en Red S.A.S. en Paime – Cundinamarca un contrato de prestación de servicios con vigencia a partir del 1º de enero de 2001 sin fecha de terminación, la labor que desempeñaba era la de recaudo de dinero proveniente del pago de facturas del servicio público de energía suministrado por Codensa, lo cual desempeño hasta el 31 de diciembre de 2015 y a partir del 1º y hasta el 24 de enero 2016 efectuó el pago del

programa de Familias en Acción. Recibía órdenes de su jefe inmediato Servicios Parra y Hernández Asociados S.A.S. y siempre estuvo bajo la vigilancia y control de Codensa. Laboraba en un local comercial de atención al público de su propiedad, para lo cual le pagaba \$100.000 mensuales por concepto de salarios y arriendo de local equivalente a \$502.000 mensuales para la finalización del contrato. Laboraba desde las 7:00 AM hasta la 2:00 PM en atención al público de domingo a viernes todas las semanas. La demandada no le pago salarios de manera completa, así como nunca le pago prestaciones sociales y vacaciones, ni la afilió al sistema general de seguridad social, ante lo cual cuando sufrió un accidente de trabajo tuvo que cubrir los gastos de atención con dinero de su propio peculio. Le fue terminado el contrato de forma unilateral y sin justa causa el 24 de enero de 2016.

Actuación Procesal

Mediante auto del 5 de julio de 2017 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a los demandados, quienes contestaron de la siguiente manera: **CODENSA S.A. E.S.P.** como aparece a folios 152 a 167 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital, quien a su vez llamó en garantía a las aseguradoras Axa Colpatria, Seguros Generales Suramericana S.A. y Mapfre Seguros Generales de Colombia y **SOLUCIONES EN RED S.A.S.** como aparece a folios 540 a 551 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital. Así mismo las llamadas en garantía contestaron de la siguiente manera: **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** como aparece a folios 574 a 586 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital, **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** como aparece a folios 652 a 675 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital y **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** como aparece a folios 720 a 734 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso DECLARAR que entre la demandante y la demandada SERVICIOS PARRA Y HERNÁNDEZ ASOCIADOS S.A.S. hoy SOLUCIONES EN RED S.A.S. existió un contrato de trabajo vigente entre 1º de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2015. Y como consecuencia condenó a SOLUCIONES EN RED S.A.S. y solidariamente a CODENSA S.A. E.S.P. a reconocer y pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos: \$3.878.964 por salarios, \$6.671.977 por cesantías, \$97.443 intereses a las cesantías, \$885.570 por prima de servicios, \$930.364 por vacaciones debidamente

indexada, \$965.212 por indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada, \$21.478 diarios por 24 meses desde el 01 de enero de 2016 al 01 de enero de 2018 y a partir del 02 de enero de 2018 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera por indemnización moratoria, aportes al sistema general de seguridad social en pensión por toda la vigencia de la relación laboral teniendo como IBC el salario mínimo legal previo calculo actuarial que elabore la entidad a la cual este afiliada la demandante.

Así mismo condenó a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. a responder por las obligaciones que le corresponden a CODENSA S.A. E.S.P. por el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 2010 al 31 de marzo de 2017 y a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., por las obligaciones que le corresponden entre el 01 de abril de 2014 y el 01 de abril de 2020, según amparos y topes definidos en las pólizas respectivas.

Llegó a tal decisión luego de establecer que se demostró que la demandante prestó sus servicios a favor de Servicios Parra y Hernández Asociados S.A.S. hoy Soluciones en Red S.A.S. en el municipio de Paime – Cundinamarca con la finalidad de recaudar el valor de facturación generada por Codensa y que si bien había suscrito varios contratos de prestación de servicios lo cierto es que la demandante no gozaba de autonomía para ejercer las labores de recaudo pues las condiciones para realizarlas las imponía Codensa conforme los contratos que había celebrado con Soluciones en Red S.A.S. para efectuar tal recaudo, quien además le impuso las condiciones físicas del local donde se recaudaba el dinero así como un horario en el cual se debía hacer tal tarea, lo cual se vio ratificado por la prueba testimonial, además de que esta última empresa suministraba dotación a la demandante y un equipo de cómputo para poder ejercer sus funciones. Sumado a que las demandadas hacían auditorias constantes al local donde laboraba la demandante sin que pudiera ceder el contrato para que lo ejerciera otra persona. Consideró que están prescritos todos los derechos causados con anterioridad al 9 de marzo de 2014 excepto las cesantías. Frente a las aseguradoras consideró que las pólizas contratadas por Soluciones en Red S.A.S. a favor de Codensa cubren las obligaciones impuestas en contra de las demandadas ante lo cual deberán responder conforme los amparos respectivos.

Recurso de Apelación

El apoderado de la **demandante** interpuso recurso de apelación solicitando que conforme las facultades oficiosas del juez laboral se imponga condena por concepto de pensión sanción conforme el artículo 267 del C.S.T. cuyos requisitos cumple la demandante, pues laboró durante 15 años y fue despedida sin justa causa.

El apoderado de la **demandada Soluciones en Red S.A.S.** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, alegando que contrario a lo considerado por la juez no se demostró que esa empresa ejerció subordinación sobre la demandante durante la vigencia de los contratos de prestación de servicios que se celebraron entre las partes. Agrega que no se tuvo en cuenta que a la demandante se le aplicaron los efectos de la inasistencia a la audiencia del artículo 77 del C.P.T.S.S. lo cual implicaba tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en los cuales se indicó que nunca existió contrato de trabajo, sumado al hecho que se desconoció que la demandante confesó en el interrogatorio de parte que solo laboraba dos semanas al mes y por tanto resultan desproporcionadas las condenas pues partieron de la base de que la demandante laboraba 30 días al mes, también confesó que desarrollaba sus labores en su casa y no en sedes de la empresa, que no era necesario que ella desempeñara la labor directamente sino que otra persona lo podía hacer como sucedió cuando sufrió una fractura y envió a otra persona para que la reemplazara, lo cual no es propio de un contrato de trabajo. Se debe tener en cuenta que esa empresa siempre actuó de buena fe y bajo el convencimiento que entre las partes existía un contrato de naturaleza civil ante lo cual se debe revocar la indemnización moratoria, así como todas las demás condenas.

El apoderado de la **demandada Codensa S.A. E.S.P.** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, alegando que contrario a lo considerado por la juez el dinero recibido de la prestación de servicio de energía eléctrica no es indispensable para el desarrollo del objeto central del negocio de Codensa, pues su objeto social es la generación y distribución de energía eléctrica, por lo tanto el recaudo de la facturación por ese servicio lo puede desempeñar cualquier tercero por no ser un actividad del giro ordinario de sus negocios, sumado al hecho de que no se demostró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y Soluciones en Red y por tanto no pueden proferirse condenas en su contra como responsable solidario.

La apoderada de la **llamada en garantía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se absuelva a las demandadas y por ende a la llamada en garantía, alegando que la juez ignoró en sus consideraciones lo manifestado por la misma demandante en el interrogatorio de parte y por los testigos de los cuales se concluye que no se reunieron los elementos de un contrato de trabajo, al respecto ella manifestó que siempre prestó sus servicios en Paimé – Cundinamarca, que manejaba libremente su tiempo y organizaba su trabajo como quería, además que utilizaba su tiempo para otras labores como el pago de

familias en acción. Se desconoció que la testigo manifestó que nunca estuvo presente cuando le daban órdenes a la demandante y que cuando no había recaudo la demandante cerraba el local, además se probó que cuando estuvo incapacitada la demandante otra persona la reemplazo. Alega que no hay solidaridad de Codensa frente a las condenas impuestas en contra de la empresa Soluciones en Red pues en la actividad principal e inherente de Codensa no se encuentra el recaudo de facturación y por tanto las funciones desempeñadas por la demandante no eran conexas con el objeto de Codensa y al no existir solidaridad no puede ser afectada la póliza. Agrega que la póliza que ordenó afectar la Juez no puede ser generadora de responsabilidad para esa aseguradora, ya que no se demostró para la cuál de los contratos que estaban asegurados la demandante presto sus servicios, pues existió una pluralidad de contratos, sumado al hecho de que las obligaciones a las cuales se está condenando no coinciden con la vigencia de la póliza y que tenían como lugar de ejecución la ciudad de Bogotá y no Paimé.

El apoderado de la **llamada en garantía Seguros Generales Suramericana S.A.** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se absuelva a las demandadas, ya que no se demostraron los elementos de un contrato de trabajo pues la demandante podía delegar en otra persona la prestación de los servicios, no se probó la subordinación y por el contrario tenía plena autonomía para prestar sus servicios, por lo que se diluye también la solidaridad declarada en contra de Codensa y por ende la obligación a cargo de esa aseguradora. Agrega que se debe declarar probada la excepción de prescripción frente al reajuste salarial. Indica que se demostró la buena fe con que actuaba la empresa demandada pues siempre presumió la legalidad del contrato civil suscrito con la demandante y más cuando guardo silencio durante tantos años sin expresar alguna inconformidad y por tanto se le debe exonerar del pago de indemnización moratoria, buena fe con la cual también actuó Codensa. Finaliza alegando que el riesgo inicio previo a la suscripción de la póliza y por ende no es posible a esa aseguradora responder por los amparos.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 11AlegatosDte.pdf, 13AlegatosSeg.pdf, 15AlegatosSoluc.pdf, 17AlegatosMapfre.pdf, 19AlegatosCod.pdf, 21AlegatosSura.pdf del expediente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35

de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si existió contrato trabajo entre las partes, si es procedente el reconocimiento de la pensión sanción establecida en el artículo 267 del C.S.T., la indemnización moratoria así como la condena en solidaridad proferida en contra de Codensa.

Existencia de la Relación Laboral

Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*".

El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio.

Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que "*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado.

Acorde al sustento normativo, corresponde a La Sala examinar el material probatorio allegado al proceso y así determinar si se logró establecer la relación laboral. Dentro de las pruebas practicadas se encuentran como relevantes los testimonios de Luz Necty Cadena Herrera quien indicó conocer a la demandante desde que eran niñas pues también vive en Paima-Cundinamarca donde tiene un hotel. Le consta que la Martha era quien recaudaba los recibos de la luz durante 13 o 14 años porque los pagaba en ese lugar, así como también hacia los pagos de familias en acción, ella vive a 3 cuadras, la jornada de la demandante era de 7:00 AM a 2:00 PM, de lunes a viernes y a veces los domingos y ella le comento que tenía autorización de sus jefes para abrir los

domingos porque había gente del campo y ellos venían al pueblo ese día. Nunca se percató que se ausentara, a veces veía gente de Codensa para recibir los reclamos, la oficina estaba en su misma casa. Nunca vio el contrato que celebró la demandante con Soluciones en Red, ni presencié que le dieran órdenes, todo eso se lo comentaba la demandante. En el tiempo en que la demandante estuvo incapacitada por una fractura de su brazo fue su esposo quien la reemplazó. Martha tenía un uniforme con zapatos y portaba un carnet, en la casa había un letrero. Los periodos en los cuales no se recaudaba el dinero de los recibos la demandante permanecía en su casa y cerraba el local.

Por su parte el señor Orlando Cárdenas Caicedo manifestó que trabaja en el municipio de Paima hace 36 años, tiempo desde el cual conoce a Martha Lilia y la cual de un tiempo para acá viene haciendo el recaudo de los recibos de la luz y lo sabe porque paga varios recibos en ese lugar que es la casa de la demandante, la cual también hacía pagos de Familias en Acción. Cuando ella atendía la oficina tenía un chaleco y un carnet, siempre abría en horario de oficina y cerraba después de la 2 porque tenía que hacer las consignaciones antes de que cerraran el Banco, nunca vio algún representante de Codensa o de la empresa Parra Hernández en la oficina de la demandante. Iba regularmente a la casa de ella a visitar a sus hijos, no tiene conocimiento de cuanto le pagaban y del contrato que tenía con la empresa demandada. Casi siempre la atendió la señora Martha a veces estaba en compañía de su esposo, pero era ella quien recibía la plata y colocaba el sello de recibido. La demandante se ausentó durante un tiempo que sufrió una fractura y ese periodo su esposo atendió la oficina. La demandante casi nunca cerraba el local porque estaba en su misma casa, pero cuando no recaudaba los recibos se dedicaba a las labores del hogar como ama de casa.

Se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien relato que inicio a laborar como recaudadora del punto de pago de Codensa en el municipio de Paima – Cundinamarca a partir del 1º de enero de 2001 hasta el 24 de diciembre de 2015, cuando a las 12:30 le dieron la orden de no recibir más y continuo con la función del pago de familias en acción hasta el 24 de enero de 2016, de lo cual se le quedo adeudando el sueldo de diciembre y enero, pero no le dieron ninguna razón o motivo para esa decisión. Tenía la oficina dentro de la casa, las funciones era recaudar la facturación de energía y luego le anexaron la función de pagar familias en acción, suscribió contrato de trabajo con Parra y Hernández. Recibía instrucciones del jefe de la empresa señor Néstor Parra, pero primero fue don Edilberto Hernández y Carlos Parra, le daban ordenes de que pagara los recibos, aunque también recibía auditorias de Codensa a su oficina. Los recaudos los hacía de lunes a viernes de 7:30 de mañana a 3:00 tarde, pero donaba o prestaba con autorización de la empresa los días domingos

ya que ese día era de mercado e iba la gente del campo y se recaudaba los recibos con fecha del siguiente día, tenía que estar pendiente por si llegaban a necesitarla. Los usuarios de Codensa tenía plazo para su pago de 20 días iniciales más 3 días adicionales después de vencidos los recibos y el restante tenía que quedarse ahí en la casa pues ahí tenía la oficina. Llamó a la empresa a reclamarle sus derechos, pero nunca le contestaron, inclusive nunca fueron a llevarse los equipos ante lo cual como necesitaba el local traslado la oficina para un cuarto de la casa y todavía la tiene. Suscribió un contrato de prestación de servicios y un contrato de arrendamiento con Soluciones en Red. No tenía que cancelar la seguridad social, aunque tampoco se la pago la demandada. Maneja su tiempo porque laboraba en su casa. Cerraba el local solo cuando finalizaba el horario de trabajo, la adecuación de la oficina o local la hizo por orden de la demandada, quienes le llevaron todo lo que necesitaba la oficina, escritorio, computador, lector de código de barras, el internet, el aviso, papelería. Ella compró un plan de internet que costaba \$50.000, de los cuales la empresa le pagaba \$30.000 y ella pagaba el resto. Si salía de la oficina tenía que pedir permiso, aunque nunca lo hizo, después del horario de oficina cerraba y hacia sus vueltas, solo se ausento durante 4 meses en el año 2014 cuando se fracturó una mano, tuvo que venir a Bogotá e incurrió en muchos gastos, periodo en el cual envió como su reemplazo a su marido, ella propuso que continuara él porque como siempre le colaboraba en la oficina, pero a él no le pagaron nada porque no estaba afiliada a nada. Periódicamente cada mes o cada 2 meses Codensa instalaba una carpa fuera de su local para atender quejas y reclamos. La atención de su fractura se hizo por medio del Sisben.

Igualmente se recaudaron como pruebas documentales relevantes, las siguientes: contratos denominados "*de prestación de servicios*" suscritos entre la demandante y la empresa Servicios Parra y Hernández Asociados S.A.S. con fechas de los meses de enero de 2001, 31 de agosto de 2002, 01 de marzo de 2003 y 01 de marzo de 2004 los cuales tienen como objeto la "*recaudación de los pagos por servicio de energía facturados por CODENSA S.A. E.S.P. en las áreas rurales del municipio según las instrucciones dadas por el CONTRATANTE en documento adjunto que forma parte de este contrato*" en los cuales también se observa que se pactó como precio la suma \$200.000 por factura recaudada (fls.553 a 560 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital), copia del contrato de arrendamiento de inmueble celebrado entre la demandante y la empresa Servicios Parra y Hernández Asociados S.A.S. el 27 de septiembre de 2012 por un Local Comercial ubicado Carrera 3 No. 0-48 del Municipio de Paima- Cundinamarca de propiedad de la demandante y cuyo canon de arrendamiento se pactó en la suma de \$480.000 mensuales (fls. 561 a 563 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital), extractos bancarios de una cuenta de ahorros de propiedad de la demandante del banco

Davivienda entre los meses de noviembre de 2011 a noviembre de 2013 y entre enero de 2014 a abril de 2016 en los cuales aparecen múltiples consignaciones por valor de \$480.000 en varias mensualidades (fls. 22 a 74 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital), carta de terminación del contrato de prestación de servicios dirigida al demandante en la cual Servicios en Red le comunica que lo da por finalizado a partir del 31 de diciembre de 2015 (fl. 75 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital), actas de entrega de dotación y/o EPP de fechas 5 de diciembre de 2013 y 10 de septiembre de 2015, donde consta que a la demandante le fue entregado un chaleco, zapatos, camisa y pantalón (fls. 76 a 78 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital), acta de entrega de un computador a la demandante de fecha 30 de octubre de 2015, por parte de la empresa Soluciones en Red S.A.S. (fl. 80 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital).

Así mismo se aportaron copias de los contratos de prestación de servicios celebrados entre Codensa S.A. E.S.P. y Servicios Parra y Hernández Asociados S.A.S. hoy Soluciones en Red S.A.S. cuyo objeto era el suministro de servicios de recaudo de pagos de facturas de clientes de Codensa y actividades complementarias con fechas de suscripción 28 de febrero de 2005, 29 de enero de 2010, 25 de febrero de 2010 y 27 de diciembre de 2013 (fls. 176 a 344 y 360 a 529 del archivo denominado *01ExpedienteDigitalizado* del expediente digital).

Valoración Conjunta De Las Pruebas

Al respecto, se debe precisar que contrario a lo considerado por la Juez A quo y lo manifestado por la parte actora en la demanda, de las pruebas recaudadas y en especial la prueba testimonial, no se concluye con certeza la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la empresa Servicios Parra y Hernández Asociados S.A.S. hoy Soluciones en Red S.A.S., pues lo primero que encuentra la Sala es que no existe evidencia de la prestación de los servicios en los extremos, días y horarios señalados por la parte actora en la demanda y en los cuales se declaró en la sentencia de primera instancia, ya que si bien se demostró que la demandante suscribió un contrato de prestación de servicios con esa empresa para efectuar el recaudo de las facturas del servicio público de energía suministrado por Codensa, para lo cual le entregaron unos elementos y le arrendaron un local comercial de su propiedad, lo cierto es que no hay una sola prueba de que la demandante en efecto prestara sus servicios de manera constante de domingo a viernes en un horario de 7:00 AM a 2:00 PM, pues nótese que no se allegó planilla o relación de prestación de servicios que constaten dichos hechos, sin que tal falencia se pueda subsanar con lo manifestado por los testigos porque ellos solo pudieron dar certeza de algunos días en que asistieron al

local que atendía la demandante a pagar las facturas y cuando la visitaban, sin que esto ocurriera todos los días, tampoco se puede deducir de los extractos bancarios que la demandante aportó, en los cuales además de que solo se allegaron desde el año 2011 en adelante, en los mismos no se puede identificar el consignatario, así como tampoco el concepto específico de lo pagado, pues en la mayoría aparece consignaciones por un valor de \$480.000 que corresponden al canon pactado en el contrato de arrendamiento suscrito el 27 de septiembre de 2012.

Igualmente, tampoco hay certeza que la demandante estuviera subordinada a la empresa Servicios Parra y Hernández Asociados S.A.S. hoy Soluciones en Red S.A.S. pues, aunque tanto en la demanda como el interrogatorio de parte manifestó que tenía que abrir el local en ciertos días y en un horario específico, no hay ninguna prueba que la empresa demandada le haya impuesto tal horario y menos aún que la sancionara o llamara la atención sino lo cumplía, por el contrario según lo confesó en el interrogatorio de parte, fue ella la que sugirió abrir el local también los domingos porque era día de mercado y venía la gente del campo a pagar sus recibos, así como también fue quien dispuso que su esposo ejecutara sus funciones durante los 4 meses que estuvo incapacitada por una fractura, autonomía en sus labores que también se ve representada en el hecho de que la demandante cerraba el local los días en que había finalizado el periodo de recaudo impuesto por Codensa en sus facturas o eventualmente no ejecutaba ninguna labor tendiente a efectuarlo en esos días y por el contrario se dedicaba a las labores propias de su hogar, como expresamente lo manifestaron los testigos Luz Necty Cadena Herrera y Orlando Cárdenas Caicedo.

Subordinación que contrario a lo considerado por la Juez A quo no se puede presumir o concluir del contenido de los contratos de prestación de servicios que suscribieron entre Codensa S.A. E.S.P. y la empresa Servicios Parra y Hernández Asociados S.A.S. hoy Soluciones en Red S.A.S., pues si bien en los mismos esta empresa de energía le exigía unas condiciones específicas con las cuales debería efectuar las labores de recaudo, lo cierto es que no se demostró que la esta última empresa las cumpliera al pie de la letra y/o se las impusiera a Martha Arias.

De conformidad con lo anotado y valoradas las pruebas recaudadas, encuentra la Sala que estos elementos probatorios no son suficientes para declarar la existencia de un contrato de trabajo y por el contrario se concluye que se desvirtuó la presunción del artículo 24 del C.S.T. en cuanto a que lo que existió entre las partes fue vínculo de carácter comercial, libre de subordinación y dependencia. Ante lo cual la Sala se abstiene de estudiar los demás motivos de inconformidad ya que se derivaban del contrato de trabajo que esta Sala no encontró probado.

Resultan suficientes los anteriores razonamientos para revocar la totalidad de la sentencia impugnada y como consecuencia absolver a las demandadas y las aseguradoras llamadas en garantía de todas las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS

Sin lugar a ella en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN

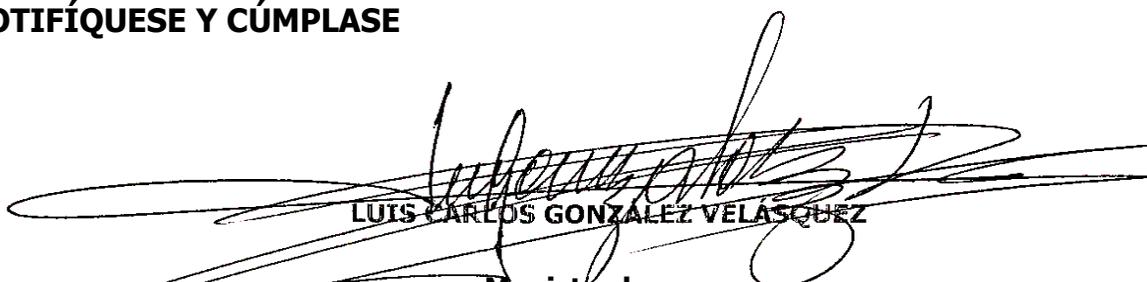
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 19 de enero de 2021, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas **SOLUCIONES EN RED S.A.S. Y CODENSA S.A. E.S.P.** de todas las pretensiones formuladas en su contra por la demandante, de conformidad a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS. Sin lugar a ellas en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA ELVIA BURGOS DE BURGOS CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP Rad. 2018 00333 01 Juz 33.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARIA ELVIA BURGOS DE BURGOS demandó a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 4.

- Pensión de Sobrevivientes por el fallecimiento de Jose Néstor Burgos Burgos.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Costas y agencias en derecho.
- Facultades Ultra y Extrapetita.

Los hechos se describen a fls. 3 a 4.

Convivio de forma continua e ininterrumpida con Jose Néstor Burgos Burgos desde el 11 de agosto de 1963 cuando contrajeron matrimonio católico hasta el 4 de febrero de 2017 cuando falleció, fruto de esa relación nacieron cinco hijos. La UGPP mediante la Resolución No. 12935 del 31 de mayo de 2002 le había reconocido la pensión de vejez al causante. Al solicitar la sustitución pensional le fue negada por existir concurrencia de peticionarios.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta ciudad, se dispuso vincular al proceso a Rosa María Vásquez Bonilla como tercera Ad Excludendum como compañera del causante, quien contestó como aparece a folios 78 a 84 del expediente.

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** contestó como aparece a folios 36 a 42 del expediente.

Rosa María Vásquez Bonilla tercera Ad Excludendum en escrito aparte presentó demanda de reconvención en la cual elevó las declaraciones y condenas contenidas a fls. 102 vto y 103 del expediente.

- Pensión de Sobrevivientes por el fallecimiento de Jose Néstor Burgos Burgos.
- Retroactivo.
- Indexación.
- Intereses moratorios.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 103 a 104 del expediente.

Convivio de forma continua e ininterrumpida, compartiendo como pareja con Jose Néstor Burgos Burgos desde el mes de enero de 1987 y hasta su fallecimiento acaecido el 4 de febrero de 2017. Si bien su difunto compañero se casó con la señora Maria Elvia Burgos el 11 de agosto de 1963 habían dejado de convivir desde diciembre de 1986. La UGPP mediante la Resolución 12935 del 31 de mayo de 2002 le había reconocido la pensión de vejez al causante. Mediante la Resolución RDP 015874 del 18 de abril de 2017 le fue reconocida la sustitución pensional, no obstante su pago le fue suspendido debido a la reclamación de María Elvia, la cual en su petición manifestó que había convivido con el causante hasta el 10 de julio de 1993.

Demanda que fue contestada por la señora **MARIA ELVIA BURGOS DE BURGOS** y por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** como aparece a folios 127 a 138 y 151 a 157 del expediente respectivamente.

Sentencia de Primera Instancia

Al respecto se debe aclarar que si bien el proceso fue inicialmente tramitado por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, fue el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio quien puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso condenar a la UGPP a reconocer y pagar la sustitución pensional que dejo causada Jose Néstor Burgos Burgos así: el 63.52% a favor de Maria Elvia Burgos de Burgos y el 33.48% a favor de Rosa María Vásquez Bonilla, a partir del 4 de febrero de 2017. Autorizó descontar del retroactivo correspondiente los aportes a salud, así como del valor que le corresponde a Rosa María Vásquez Bonilla lo ya pagado por la UGPP antes de que se le suspendiera el pago de la pensión. Llegó a tal conclusión luego de establecer que se

demonstró con la prueba testimonial que María Elvia Burgos de Burgos, convivió con el causante desde el 11 de agosto de 1963 y hasta su fallecimiento y tuvo por probada la convivencia entre la tercera Ad Excludendum Rosa María Vásquez Bonilla y el causante con lo decidido por la UGPP en la resolución que le reconoció la pensión de sobrevivientes, la cual se dio entre 1986 y hasta su fallecimiento, ante lo cual consideró que les corresponde un retroactivo de \$58.677.261 y \$33.698.778 respectivamente, liquidado hasta el 30 de septiembre de 2021, del cual la demandada podrá descontar los aportes a salud. Declaró probada la excepción de compensación propuesta por la demandada respecto a Rosa María Vásquez Bonilla y en consecuencia autorizó descontar del retroactivo pensional reconocido a su favor, las mesadas pagadas hasta el periodo en el cual fue suspendido el pago de la prestación. Consideró que si bien no proceden los intereses moratorios se deben pagar las mesadas de manera indexada.

Recurso de Apelación

La apoderada de la **UGPP** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia ya que la juez ignoró que María Elvia Burgos de Burgos manifestó en el interrogatorio de parte que para el momento del fallecimiento del causante no era beneficiaria suya en salud y que, si bien lo estuvo al inicio de la relación, de un tiempo para acá la había desafiado. Agrega que se debe tener en cuenta que si bien ella tenía la condición de cónyuge no se demostró una convivencia efectiva, real y material por el término que exige la ley además de una ayuda mutua, como lo exige la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, sin que sirva para tal fin lo manifestado por los testigos pues no les consta de manera directa la convivencia. Alega que del mismo modo no probó la convivencia Rosa María Vásquez Bonilla con el causante, pues la juez la tuvo por probada por el hecho de que esa entidad ya le había reconocido la pensión de sobrevivientes y desconoció que no se le puede dar validez al testimonio del señor Jorge Nixon Cárdenas Vázquez quien es su hijo, testimonio que fue tachado de sospechoso, así como tampoco puede tener como valedero lo manifestado a su favor por las demás testigos ya que no les consta tal convivencia.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos de conclusión los días 20 y 23 de marzo del 2022.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a determinar si resultan procedentes las condenas proferidas por la Juez A quo por

concepto de sustitución pensional por el fallecimiento de Jose Néstor Burgos Burgos. Se conocerá igualmente el grado jurisdiccional de consulta respecto de los puntos en los que fue condenada la UGPP y que no fueron apelados.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de las Resoluciones RDP 015874 del 18 de abril y RDP 036306 del 20 de septiembre de 2017 (fls. 90 a 93 y 96 a 28 del expediente), donde se afirma que tanto Maria Elvia Burgos de Burgos como Rosa María Vásquez Bonilla, solicitaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de Jose Néstor Burgos Burgos, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Pensión de Sobrevivientes

Debe la Sala precisar que por la fecha del fallecimiento del causante (04/02/2017), las normas que gobernaban la sustitución pensional eran las contenidas en el Art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003¹, norma que en su artículo 47 consagra que requisitos debe acreditar quien pretenda recibir la pensión de sobrevivientes que dejo causada un pensionado². La cónyuge y/o compañera permanente deberá acreditar que; *"estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte"* y en caso de que el causante haya convivido primero con la cónyuge y luego con una compañera permanente, manteniendo vigente la unión conyugal y con separación de hecho con la cónyuge, la pensión podrá dividirse entre estas en proporción al tiempo de convivencia.

A lo que se agrega que según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y contrario a lo considerado por la Juez A quo y la apoderada de la UGPP, el cónyuge supérstite separado de hecho tiene derecho a sustituir su pensión, siempre y cuando acredite que la convivencia perduro por más de cinco años, sin importar la época en que se presentó.

¹ **"ARTÍCULO 46. Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:**
1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,"

² **ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

(...)

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;'

Se debe resaltar por parte de La Sala, que no se controvierte que la demandante Maria Elvia Burgos de Burgos contrajo matrimonio con el causante el día 11 de agosto de 1963 (fl. 23) vinculo que para el momento del fallecimiento se encontraba vigente, del mismo modo tampoco es objeto de discusión que mediante la Resolución RDP 015874 del 18 de abril de 2017 la UGPP le reconoció a la señora Rosa María Vásquez Bonilla la pensión de sobrevivientes a partir de su fallecimiento del causante y en proporción del 100% de la pensión que en vida recibía el Néstor Burgos, bajo la condición de compañera permanente, cuyo pago le fue suspendido mediante la Resolución RDP 036306 del 20 de septiembre de 2017 por haber multiplicidad de peticionarias (fls. 90 a 93 y 96 a 28 del expediente).

Al respecto la demandante Maria Elvia Burgos de Burgos, buscó probar la convivencia con los testimonios de Ernesto Estepa Carvajal, Vicente Abril Benavidez y Olegario Díaz Gómez, que al unisonó manifestaron conocer a la demandante como esposa del causante ya que en su mayoría eran conocidos o vecinos y los vieron juntos, compartían como pareja, tuvieron 5 hijos, el señor Burgos trabajaba como celador en la UPTC, aun después de pensionarse siguió trabajando en ese lugar y casi no lo veían porque el salía a trabajar o a la finca. La señora Elvia se dedicaba al hogar, aunque en algún tiempo trabajó como vendedora ambulante y luego lavaba ropa hasta que no pudo hacerlo porque se enfermó, la casa de la pareja quedaba en la Calle 6 # 21 – 42 de Sogamoso, el causante murió en una finca de su propiedad. No les consta si tuvieron problemas de pareja o se separaron, pues los veían juntos.

Por su parte Rosa María Vásquez Bonilla buscó probar la convivencia con los testimonios de Rosalba Avella de Álvarez, Carmen Molano y Jorge Nixon Cárdenas quienes coincidieron en manifestar que conocieron a Rosa Maria como esposa del causante ya que en su mayoría eran conocidos o vecinos, con excepción del señor Cárdenas que es hijo de ella, la pareja compró un lote en 1988, más o menos hace 30 años y allí construyeron una casita, donde vivieron hasta el día en que falleció, allí vivían junto con los tres hijos de Rosa, nunca vieron que se separaron. El causante trabajaba como celador en la UPTC hasta que se pensionó luego de eso solo se dedicaba a estar en la casa y a una finca que tenía, falleció de un infarto. En el caso específico Jorge Nixon indicó que conoció al causante cuando tenía 4 años que él se fue a vivir con su mama en el año 1987 o 1988, que vivió junto con ellos en la misma casa hasta su fallecimiento, lo llevaba en ocasiones en la moto hasta la finca para que revisara los cultivos. Los demás hijos del causante lo fueron a visitar varias veces a su casa. Los gastos funerarios los cubrió un plan exequial y él ayudo con lo que faltaba.

Del mismo modo se recibió el interrogatorio de parte de la demandante Maria Elvia Burgos de Burgos, quien indico que convivió con el causante desde que contrajeron matrimonio hasta su fallecimiento, que se casó cuando tenía 15 años e inicialmente vivieron unos años en Soata y luego se fueron a vivir a Sogamoso inicialmente pagando arriendo y luego compraron un lote donde construyeron una casita en la calle 6 # 21 – 42, tuvieron 5 hijos, en Soata el causante trabajaba en el campo, ya en Sogamoso consiguió trabajo en un colegio. Que nunca se

separaron, aunque cuando a él le pagaban se iba y se perdía todo el fin de semana o hasta tres o 4 días, lo cual empezó a hacer como 10 años antes de su fallecimiento, nunca le dio explicaciones de que hacía, solo decía que eso era problema de él, a pesar de eso nunca se separaron ni de bienes ni de cuerpos. Después de laborar en el colegio comenzó a trabajar en la UPTC donde finalmente se pensionó, después de eso se dedicaba a la finca que estaba en la vereda Pedregal Alto ubicada a dos horas de Sogamoso, la cual compró para repartirle a los hijos, precisamente el día que falleció estaba haciendo las labores de repartición de ese lote para lo cual había citado al señor del arado para que le ayudara. El causante empezó a gallinacear cuando aún trabajaba en la UPCT y la gente si comenzó a comentar y decirle que cuidado Elvia que Jose tenía otra mujer, entonces ella decía que había que dejarlo, porque no podía hacer más y no se opuso, pensaba que con tal de que la deje en paz y sus hijos que haga de su vida lo que quiera. Refiere que conoció a Rosa Maria por una de sus hijas y se enteró que era con ella que su esposo se perdía, pero nunca le reclamo nada. Su esposo siempre llevo comida y una muda de ropa cada año. Estuvo afiliada al servicio de salud por el señor Burgos y recibía los servicios, pero después se los quitaron cuando sus hijos aún estaban pequeños no se acuerda bien la fecha, pero ella no dijo nada. Finalmente señala que no es cierto que se haya separado del causante desde el año 1993 como aparece en una declaración extrajuicio que presentó ante la UGPP, pues fue engañada ya que no sabe leer y fue una hija con la cual no tenía una buena relación la que hizo el documento y se lo hizo firmar.

También se recibió el interrogatorio de parte Rosa María Vásquez Bonilla, quien manifestó que conoció al causante en el año 1986 porque ella tenía una tiendita y el causante iba y le compraba, luego le ayudó para ampliar el local y al poco tiempo se fueron a vivir juntos, después compraron una casita en el cual vivieron hasta que falleció, para esa época trabajaba en la UPCT y vivía solo en un apartamento, luego se enteró que era casado, pero ya no vivían juntos, el aun así le seguía pasando lo del subsidio a dos de sus hijos. Después de que quito la tienda y se fueron a vivir juntos, el causante no la dejo trabajar más. No tuvieron hijos, pero el adoptó una hija suya a penas se fueron a vivir, ella tenía dos años de edad, en total ella tuvo tres hijos, pero uno de ellos falleció. Conoció a todos los hijos del causante con Maria Elvia porque iban a visitarlo a su casa cada 8 días y a ella la conoció porque un día cuando estaban haciendo mercado con el causante llego a formarles pelea de porque se había metido con su marido y él le dijo que hacia lo que quería porque vivía solo. El causante inicio trabajando en la UPTC en oficios varios y luego paso a ser el celador, que siempre salía trabajar en el horario respectivo y luego regresaba casa, que si bien salía a tomar con los amigos siempre regresaba a casa. Pasaron más de 11 años desde que se conocieron hasta que le reconocieran la pensión de vejez. Indica que el causante no le colaboraba económicamente a Elvia porque ella estaba con otro señor de nombre Manuel, el invertía lo de su salario y su pensión en el sostenimiento del hogar y ahora que falleció no tiene ingresos y vive de lo que le ayuda su hijo.

Como pruebas relevantes se allegaron Registro Civiles de Nacimiento de los hijos concebidos entre Maria Elvia Burgos y el causante de nombres Bertha Cecilia, Luis Enrique, Carmen

Rosa, Jairo Alfonso y Juan Jose Burgos Burgos con fechas de nacimiento: 3 de diciembre de 1974, 3 de diciembre de 1974, 15 de junio de 1964, 11 de febrero de 1971 y 16 de febrero de 1973 respectivamente (fls. 14, 20, 22, 28 y 34 del archivo denominado *BURGOS BURGOS JOSE NESTOR* obrante dentro de la carpeta denominada *EXP. ADMINISTRATIVO* del archivo magnético obrante a folio 43 del Expediente), registro civil de nacimiento Yuly Yasmith Burgos Vásquez con fecha de nacimiento 10 de marzo de 1984 (fl. 112 del expediente), declaración extrajuicio efectuada por Rosa María Vásquez Bonilla ante Notaria Segunda del Círculo de Sogamoso en la cual declara lo siguiente: *"Manifiesto que estuve conviviendo en Unión Libre durante Treinta y Cuatro (34) años con el señor JOSE NESTOR BURGOS BURGOS (Q.E.P.D.), quien se identificaba con cedula ciudadanía número 9.517.345 de Sogamoso, Unión que fue desde el 8 de Febrero de 1983 hasta el 04 de Febrero de 2017 fecha de su fallecimiento, de cuya unión tuvimos una hija de nombre YULY JASMITH BURGOS VASQUEZ, en la actualidad mayor de edad ..."* (fl. 89 del archivo denominado *BURGOS BURGOS JOSE NESTOR* obrante dentro de la carpeta denominada *EXP. ADMINISTRATIVO* del archivo magnético obrante a folio 43 del Expediente).

Igualmente se aportó copia de declaración extrajuicio efectuada por Maria Elvia Burgos de Burgos ante Notaria Segunda del Círculo de Sogamoso en la cual declara lo siguiente: *"Manifiesto que estuve casada durante Treinta (30) años con el señor JOSE NESTOR BURGOS BURGOS (Q.E.P.D.), quien se identificaba con cedula ciudadanía número 9.517.345 de Sogamoso, Unión que fue desde el 11 de Agosto de 1963 hasta el 10 de Julio de 1993 fecha en la cual se fue de la casa, de cuya unión tuvimos Cinco hijos de nombres CARMEN ROSA BURGOS BURGOS, BERTHA CECILIA BURGOS BURGOS, LUIS ENRIQUE BURGOS BURGOS, JAIRO ALFONSO BURGOS BURGOS Y JUAN JOSE BURGOS BURGOS, en la actualidad mayores de edad y no conozco otros interesados con igual o mejor derecho que el mío y el de la señora ROSA MARIA VASQUEZ..."* (fl. 90 del archivo denominado *BURGOS BURGOS JOSE NESTOR* obrante dentro de la carpeta denominada *EXP. ADMINISTRATIVO* del archivo magnético obrante a folio 43 del Expediente).

Copia del contrato de prestación de servicios funerarios suscrito entre el causante y Funerales Luz y Paz con fecha 2 de agosto del 2000, donde se registra como dirección del contratante Calle 11 No. 10-35 y como beneficiaria principal la Sra. Rosa Maria Vásquez Bonilla en calidad de esposa (fl. 238 del archivo denominado *BURGOS BURGOS JOSE NESTOR* obrante dentro de la carpeta denominada *EXP. ADMINISTRATIVO* del archivo magnético obrante a folio 43 del Expediente), comunicación de Cajanal dirigida al causante en la cual lo requieren para que se acerque a notificarse de la Resolución 12935 de 2002 mediante la cual le reconocieron la pensión de vejez, en la cual se registra como dirección de notificación la Calle 11 Sur No. 10-35 de Sogamoso (fl. 196 del archivo denominado *BURGOS BURGOS JOSE NESTOR* obrante dentro de la carpeta denominada *EXP. ADMINISTRATIVO* del archivo magnético obrante a folio 43 del Expediente), copia de la reclamación de la pensión de sobrevivientes efectuada por Rosa Maria Vásquez Bonilla en la

cual aparece como dirección de notificación Calle 11 Sur No. 10-35 (fls. 117 a 119 del archivo denominado *BURGOS BURGOS JOSE NESTOR* obrante dentro de la carpeta denominada *EXP. ADMINISTRATIVO* del archivo magnético obrante a folio 43 del Expediente), copia de la comunicación dirigida a la demandante Maria Elvia Burgos de Burgos mediante la cual la UGPP la requiere para que allegue algunas documentales para poder resolver la solicitud de la pensión de sobrevivientes la cual se registra como dirección de Calle 6A No. 21-42 (fls. 144 a 146 del archivo denominado *BURGOS BURGOS JOSE NESTOR* obrante dentro de la carpeta denominada *EXP. ADMINISTRATIVO* del archivo magnético obrante a folio 43 del Expediente), formulario de solicitud de reliquidación pensional suscrito por el causante el 04 de abril de 2005 en la cual se registra como dirección de notificación la Calle 11 Sur No. 10-35 (fl. 230 del archivo denominado *BURGOS BURGOS JOSE NESTOR* obrante dentro de la carpeta denominada *EXP. ADMINISTRATIVO* del archivo magnético obrante a folio 43 del Expediente).

Copia de declaración extrajuicio efectuada por Cristóbal Guarín Jiménez y Plutarco Huérfano Lemus el 8 de febrero de 1991 ante Notaria Primera del Circulo de Sogamoso en la cual declara lo siguiente: "*Manifestamos bajo la gravedad de juramento que conocemos a Jose Néstor Burgos Burgos, hace 5 y 6 años, y nos consta que vive en unión libre con Rosa Maria Vásquez Bonilla, y de esa unión hay una niña de nombre Yuli Yasmin Burgos Vásquez, de 4 años de edad*" (fl. 250 del archivo denominado *BURGOS BURGOS JOSE NESTOR* obrante dentro de la carpeta denominada *EXP. ADMINISTRATIVO* del archivo magnético obrante a folio 43 del Expediente).

De conformidad con lo anotado y valoradas las pruebas recaudadas, encuentra la Sala que, si bien está acreditada la convivencia de Maria Elvia Burgos de Burgos por más de 5 años con el causante, el periodo de convivencia no corresponde al establecido por la Juez A quo pues es claro que no convivieron hasta el fallecimiento del causante y por ende tampoco se puede concluir que hubo convivencia simultanea de Jose Néstor con la demandante y la tercera Ad Excludendum.

Y esto es así porque contrastadas las manifestaciones hechas por la Maria Elvia en el interrogatorio de parte con algunas de las documentales citadas, es claro que para la fecha de fallecimiento del causante ya no convivían juntos, lo cual se extrae primero que todo de la declaración extrajuicio rendida por ella ante Notario y en la cual reconoció que no convivía con el causante desde el 10 de julio de 1993 fecha en la cual se fue de la casa y que no conocía a otros interesados con igual o mejor derecho que el de ella y el de la señora Rosa Maria Vasquez (fl. 90 del archivo denominado *BURGOS BURGOS JOSE NESTOR* obrante dentro de la carpeta denominada *EXP. ADMINISTRATIVO* del archivo magnético obrante a folio 43 del Expediente) de la cual resulta inadmisibles las justificaciones que de tal documento dio en el interrogatorio de parte, pues no se demostró que no sabía leer y por el contrario tal documento se suscribió ante una notaría en la cual, en este tipo de documentos se le

pone de presente el contenido al declarante previo a su firma, a lo que se suma el hecho de que el causante desde muchos años previos a su fallecimiento ya no registraba como dirección de residencia la calle 6 # 21 – 42 de la ciudad de Sogamoso donde convivieron en algún momento con la demandante y por el contrario registraba la Calle 11 Sur No. 10-35 donde se demostró que convivió hasta su fallecimiento con Rosa María Vásquez Bonilla la cual también utilizaba como dirección de notificación esa nomenclatura, así mismo del contrato de servicios exequiales donde el causante relacionó como beneficiaria principal a Rosa María en calidad de esposa, se le adiciona lo confesado por la misma Ana Elvia en el interrogatorio de parte al manifestar que antes del fallecimiento el causante ya la había desafiliado como beneficiaria en salud y bien no dio una fecha exacta de tal hecho, indicó que eso se dio aun cuando sus hijos estaban pequeños lo cual contrastándolos con la fechas de nacimiento de sus hijos (fls. 14, 20, 22, 28 y 34 del archivo denominado *BURGOS BURGOS JOSE NESTOR* obrante dentro de la carpeta denominada *EXP. ADMINISTRATIVO* del archivo magnético obrante a folio 43 del Expediente) se puede concluir que la había desafiliado desde antes de 1990.

En contraste también se demostró que el causante inicio su convivencia con Rosa María Vásquez Bonilla antes de 1990, lo cual se concluye de la declaración extrajudicial rendida por Cristóbal Guarín Jiménez y Plutarco Huérfano Lemus el 8 de febrero de 1991 en la cual indicaron que lo conocían a Jose Néstor hace más de 5 años, que vivía en unión libre con Rosa María y que tenían una hija (fl. 250 del archivo denominado *BURGOS BURGOS JOSE NESTOR* obrante dentro de la carpeta denominada *EXP. ADMINISTRATIVO* del archivo magnético obrante a folio 43 del Expediente), así mismo de lo confesado por Vásquez Bonilla en el interrogatorio de parte al indicar que cuando se fueron a vivir con el causante, él había decidido adoptar su hija Yuly Yasmith que para aquel entonces tenía dos años de edad, lo cual contrastado con la fecha de nacimiento de esta que correspondió al 10 de marzo de 1984 (fl. 112 del expediente) se concluye que convivían desde aproximadamente el año 1987, como en efecto se manifestó en la demanda, fecha para cual ya había dejado de convivir con la demandante Ana Elvia, lo cual es ratificado por los testigos Rosalba Avella de Álvarez, Carmen Molano y Jorge Nixon Cárdenas quienes contrario a lo manifestado por la apoderada de la UGPP conocieron de primera mano la relación de esta pareja y no se encuentran inconsistencias en sus dichos.

Así las cosas, si bien no le asiste razón a la apoderada de la UGPP al indicar que ninguna de las reclamantes tiene derecho a la sustitución pensional, es claro para la Sala y contrario a lo considerado por la Juez A quo que no hubo convivencia simultánea del causante con las reclamantes, pues primero convivió con Maria Elvia Burgos de Burgos desde que contrajeron matrimonio el 11 de agosto de 1963 (fl. 23) hasta 1986 correspondiente a un periodo de 23 años y luego con Rosa María Vásquez Bonilla desde 1987 y hasta su fallecimiento acaecido el 4 de febrero de 2017, correspondiente a 30 años, no obstante si bien tales circunstancias deberían llevar a modificar la proporción del reconocimiento que ordenó el juzgado, no se

puede perder de vista que tal aspecto no fue objeto de controversia por alguna de las peticionarias y tal modificación no favorece los intereses de la demandada quien es la única apelante y de cuyas condenas en su contra se está conociendo en el grado jurisdiccional de consulta, por lo tanto se mantendrá incólume la sentencia en cuanto a este aspecto.

Descuento aportes a salud

Sea lo primero señalar, que la UGPP al dar cumplimiento a esta sentencia debe hacer el descuento por concepto de aportes a salud, puesto que las entidades pagadoras de pensiones tienen la obligación de efectuarlos, aun sobre los retroactivos reconocidos judicialmente, ya que si bien estas sumas se pagan tiempo después del periodo en que se causaron, es obligación de todo pensionado aportar para efectos de la financiación del sistema contributivo y además porque de no hacerlo se desconocerían los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de Seguridad Social consagrados en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad³.

Ante lo cual resulta proporcional que la UGPP descunte los aportes a salud sobre el retroactivo que le corresponda a las beneficiarias, como bien lo determinó la Juez A quo, lo cual conllevara a confirmar la sentencia apelada y consultada en este aspecto.

Compensación con lo pagado a Rosa María Vásquez Bonilla

Igualmente resulta proporcional autorizar a la UGPP que del retroactivo que le corresponda a Rosa María Vásquez Bonilla compense y/o descunte el valor de lo ya pagado por concepto de sustitución pensional como bien lo determinó la Juez A quo, esto teniendo en cuenta que se le había reconocido esa prestación mediante la Resolución RDP 015874 del 18 de abril de 2017 y su pago le fue suspendido mediante la Resolución RDP 036306 del 20 de septiembre de 2017 (fls. 90 a 93 y 96 a 28 del expediente), lo cual conllevara a confirmar la sentencia apelada y consultada en este aspecto.

Declaratoria de la excepción de prescripción

Frente a la excepción de prescripción, concluye la Sala de manera diáfana, que la exigibilidad de la pensión se produjo el 4 febrero de 2017 fecha del fallecimiento de Jose Néstor Burgos Burgos. Y como quiera que tanto la demandante como la tercera Ad Excludendum solicitaron

³ Este raciocinio ha sido adoctrinado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias entre las que se puede consultar la SL776-2013 con Radicación No. 54.520 del 6 de noviembre de 2013, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Rigoberto Echeverry Bueno ".....Es lógico pensar que debe el demandante aportar para efectos de la financiación del sistema contributivo, de tal forma que, a pesar de que no hubo prestación del servicio de salud por cuanto en estricto sentido no estaba aún afiliado, mal puede ignorar el sentenciador la carga que a aquél le impone la ley de soportar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, precisamente en razón a su condición de pensionado. Ciertamente, de no efectuarse los descuentos del retroactivo pensional para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no sólo se desconocerían los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de seguridad social consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad, sino también los rectores del servicio público de la seguridad social en salud de que trata específicamente el Decreto 1920 de 1994.

Adicionalmente se advierte que al no efectuarse el descuento de los aportes para salud, podrían verse comprometidos los derechos del demandante de acceder a los servicios de alto costo que requieren un mínimo de semanas cotizadas, conforme lo dispone el artículo de la Ley 164 de la Ley 100 de 1993".

el 24 de abril y 14 de febrero de 2017 respectivamente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y la demanda se presentó el 5 de junio de 2018 (fl. 26) y Rosa María Vásquez Bonilla demandó en reconvención mediante escrito radicado el 13 de diciembre de 2018 (fl. 102), es claro que no transcurrió el término trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S., ante lo cual se confirmara la sentencia en este aspecto.

Indexación

Por otra parte, ante la pérdida de poder adquisitivo de las mesadas causadas y no pagadas y como quiera que no se está condenando a intereses moratorios, resulta proporcional acceder a la indexación que igualmente fue peticionada por las partes. Así las cosas el retroactivo que se cause se deberá indexar desde la fecha de causación de las mesadas, es decir desde el 4 de febrero de 2017, fecha del fallecimiento de Burgos Burgos, hasta cuando se produzca su pago, sumas que se deberán cancelar con base en el IPC certificado por el DANE, para lo cual se deberá aplicar la fórmula determinada por la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral mediante sentencia del 13 de diciembre de 2007, M.P. Dr. Luis Javier Osorio López⁴, como bien lo estableció la juez A quo, lo cual conllevará a confirmar esta condena.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada y consultada, pero por las razones antes expuestas.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada UGPP. Fíjense la suma de Un Millón de Pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho a favor de cada una de las demandantes.

DECISIÓN

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,

⁴ "Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas..."

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá el día 16 de noviembre de 2021, pero por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada UGPP. Fíjense la suma de Un Millón de Pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho a favor de cada una de las demandantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FABIO RESTREPO REINA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y PROTECCIÓN S.A Rad. 2021 - 00196 01. Juz. 15.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente.

SENTENCIA

FABIO RESTREPO REINA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y PROTECCIÓN S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado a Colpensiones de todos los dineros causados en la cuenta de ahorro individual.
- Actualización de la historia laboral del afiliado por parte de Colpensiones.
- Costas del proceso.

Se trasladó al RAIS el 01 de mayo de 2001, pero no se le brindó una información clara y completa de las ventajas y desventajas del cambio de régimen. El 01 de julio de 2019 se trasladó de la AFP PORVENIR a PROTECCIÓN, y los días 26 de febrero y 7 de abril del año 2021 pidió a las AFP la anulación del cambio de régimen pensional.

Actuación procesal

Mediante auto del 09 de julio del 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad admitió la demanda y ordenó su notificación a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR, quienes contestaron como aparece en los archivos 12EscritoContestacioColpensiones.pdf, 15EscritoContestacionPorvenir.pdf, 17EscritoContestacionProteccion.pdf del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso,

"PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada por el señor FABIO RESTREPO REINA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP COLFONDOS el da 01 de junio de 1994 como consecuencia de lo anterior ordenar al fondo ***PROTECCIÓN*** donde actualmente se encuentra afiliado el señor demandante a trasladar las sumas que obran en la cuenta de ahorro individual correspondiente a aportes y rendimientos a la administradora del régimen de prima media ***COLPENSIONES***, a esta que reciba dichos recursos, reactive a afiliación que en alguna época tuvo el señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera traslado al RAIS dada la consecuencia natural de esta ineficacia y conforme se dispuso en la parte motiva.

SEGUNDO: ABSOLVER a PORVENIR de toda y cada una de las pretensiones invocada en la presente acción y frente a la misma declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS a favor y en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva."

El A quo llego a esa determinación, básicamente porque no se acreditó que, al momento del traslado de régimen pensional, el demandante hubiese sido informado de las ventajas y desventajas de ser parte de uno u otro régimen pensional, conforme lo ha enseñado la jurisprudencia de la SL CSJ, por lo que ordeno únicamente la devolución de los aportes y rendimientos que están en la cuenta de ahorro del demandante. En lo que respecta a los gastos de administración, el juez advirtió que como estos cumplieron con su objetivo, el cual no es otro que financiar la logística de la administración de los recursos, además de ser recaudados en los

dos regímenes pensionales existentes, se abstuvo de ordenar su devolución, suerte que corre los dineros utilizados para el pago de las pólizas y el seguro previsional, los que se destinaron a terceros (*aseguradora*) de buena fe para cumplir con el aseguramiento. También absolvió de la condena en costas, porque Colpensiones no participó en el traslado al RAIS, y las AFP además de estar bajo el convencimiento de que el formulario era válido para la época, las partes en el proceso intentaron conciliarlo en la etapa correspondiente.

Recurso de apelación

DEMANDANTE: Pide se condena en costas a las demandadas conforme lo dispone la Ley dado que todas fueron vencidas en juicio. Si bien se intentó una conciliación, en éste caso Colpensiones no propuso ninguna fórmula de acuerdo y fue necesario agotar todas las etapas procesales para la defensa de sus derechos, hasta llegar a una sentencia.

COLPENSIONES: Pide se revoque la sentencia, teniendo en cuenta que al demandante si se le brindó la información y que, el mismo, tenía conocimiento de las características del régimen escogido de tal manera que se trasladó libre y voluntariamente al RAIS y a diferentes fondos del mismo régimen con el fin de sanear la presunta deficiencia de información brindada al momento del traslado inicial. En cuanto a la negativa del A quo de ordenar la devolución de la totalidad de los dineros causados con la afiliación, expuso que los fondos privados de pensiones deben enviar a Colpensiones todo el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual del afiliado, lo que implica la devolución de los gastos de administración y comisiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 06AlegatosConclusiónDte.pdf, 08AlegatosColpensiones.pdf, 10AlegatosPorvenir.pdf del expediente digital.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo

35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, las consecuencias económicas que se derivan de tal orden, y si hay lugar a imponer condena en costas a cargo de las convocadas a juicio.

Conforme a lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, **no se estudiará el grado jurisdiccional de consulta**, porque en el asunto no existe una decisión adversa a los intereses de Colpensiones donde ésta sea garante.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta al derecho de petición que dio Colpensiones el 19 de febrero de 2021 a la "*solicitud de anulación del traslado al fondo privado*", con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 01 de junio de 1994, cuando solicitó su vinculación a la AFP COLFONDOS. (*Folio 15 archivo 31ContestacionCOLFONDOS*).

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen verifica La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en su derecho pensional.

Al respecto, si bien la parte actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS, el 01 de junio de 1994 (*Folio 15 archivo 31ContestacionCOLFONDOS*),

con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para demostrar que en demandante era conector de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

² “No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional,

En ese orden, se advierte que la decisión del A quo de ordenar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS de BUSTAMANTE BOHÓRQUEZ es acertada, está en consonancia con el material probatorio que reposa en el plenario y con la jurisprudencia de la SL de la CSJ, por lo que tal declaratoria se **CONFIRMA**.

De la condena en costas

El recurso de la parte actora se dirige a que se condene en costas a cada una de las demandadas básicamente porque fueron vencidas en juicio, punto al que el A quo no accedió porque consideró que Colpensiones fue un tercero de buena fe que no intervino en la decisión del cambio de régimen, y las AFP estaban bajo el convencimiento de que el diligenciamiento del formulario era suficiente para la época. Para resolver, La Sala se remite a lo previsto en el artículo 365 del CGP que dispone:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. (...)

Así las cosas, la condena en costas procede por regla general a cargo de la parte que es vencida en juicio, las que en este caso son las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, quienes se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al punto que se surtieron todas las etapas del proceso hasta proferir sentencia en defensa de los intereses del demandante, tal como éste lo alegó en su recurso, aunado a esto, si bien es cierto, que para el año 1994 al momento del traslado del régimen que hizo el actor se verificaba el diligenciamiento del formulario en los términos del Decreto 692 de 1994, esa sola circunstancia no acredita que la AFP encargada de suministrar la información lo hubiese hecho, obligación que como lo ha expuesto la SL CSJ siempre ha existido⁴ (SL 932-2023). En consecuencia, La

⁴ Previamente, conviene precisar que esta Corporación ha considerado que, **desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, que incluyó la creación de las administradoras de pensiones, se estableció a cargo de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de los dos regímenes pensionales** a fin de tomar decisiones informadas (CSJ SL779-2022, CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022).

Lo anterior, comoquiera que el **Decreto 663 de 1993**, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la **obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen**, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que **tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».**

La Sala también ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Entonces, de acuerdo con la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –23 de diciembre de 2004- (f.º 41 del c. principal), la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía **brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.**

En consecuencia, **el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y**

Sala no encuentra valedero el argumento del A quo al indicar que las AFP estaban bajo el convencimiento de que su actuar se ajustó a la suscripción del formato vigente para la época. Además, en el asunto si bien en la etapa de conciliación se hizo alusión a la posibilidad de llegar a un acuerdo, lo cierto es que este no se dio, y por eso se siguió con el curso del proceso, lo que permite concluir a La Sala que la condena en costas procede a cargo de las demandadas, por lo que se ha de **revocar el ordinal tercero** de la sentencia apelada, para en su lugar imponerlas a cargo de cada una de las llamadas a juicio, esto es PROTECCIÓN Y COLPENSIONES, como quiera que conforme el ordinal segundo de la sentencia apelada la AFP PORVENIR fue absuelta ante la demostración de la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Devolución de los gastos de administración

Colpensiones alega que se tienen que devolver los gastos de administración y los rubros destinados al seguro previsional, por lo que para resolver lo pertinente se va a acudir a lo enseñado por la SL CSJ, donde al explicar los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha dicho en muchas oportunidades que esa orden implica que el fondo pensional del RAIS devuelva todos los aportes a pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades. Algunas de las decisiones donde se ha hecho referencia al punto son la SL 4297-2022, SL 610-2023, SL 932-2023, entre otras, última en la que se indicó:

*"La declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, **la devolución** a Colpensiones con cargo a sus propios recursos de los **saldos** obrantes en la cuenta de ahorro individual con sus **rendimientos**; así como de los **gastos de administración**, las **primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, y el **porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, debidamente indexados -al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen"*

desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que **garantiza**, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, **la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen**. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, el juez debió ordenar a la AFP PROTECCIÓN la devolución de todas las sumas de dinero causadas en virtud de la afiliación de Restrepo Reina al RAIS, y que para el caso también comprende los gastos de administración y el seguro previsional, conforme a lo señalado en la jurisprudencia aplicable al caso, pues ésta es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual del demandante y por eso debe asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, pues se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo. Así las cosas, la sentencia se va a **adicionar en estos términos.**

COSTAS

Conforme el art. 365 del CGP, se revoca la absolución de la condena en costas de la primera instancia para en su lugar imponerlas. Las costas de la alzada estarán a cargo de la recurrente Colpensiones, por ser la apelante a la que no le prosperó el recurso. Fíjese el valor de un (1) smlmv para esta anualidad (\$1.160.000) como agencias en derecho para ella.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de septiembre de 2022, el cual quedará así:

"PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada por FABIO RESTREPO REINA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP COLFONDOS el día 01 de junio de 1994, como consecuencia de lo anterior, se ordena a la AFP **PROTECCIÓN** donde actualmente se encuentra afiliado el demandante, que traslade la totalidad de los **saldos** obrantes en la cuenta de ahorro individual de éste con sus **rendimientos**; así como los **gastos de administración**, las **primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, el **porcentaje**

destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el bono pensional a que haya lugar conforme se dispuso en la parte motiva.

SEGUNDO. – MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, así:

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a favor del demandante y a cargo de las demandadas *PROTECCIÓN Y COLPENSIONES, tásense.*

TERCERO. – COSTAS. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fíjese el valor de un (1) smlmv para esta anualidad (\$1.160.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Aclara Voto



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Aclara Voto