

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 POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.
CONTRA COLMENA SEGUROS S.A. Rad. 2019 00155 02 Juz 12.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de julio 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

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. demandó a **COLMENA SEGUROS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3 a 4 del archivo denominado *001ExpedienteEscaneado* del expediente digital.

- La ARL Colmena Seguros S.A. debe reembolsar las prestaciones asistenciales y/o económicas reconocidas por la demandante a favor Socorro Jerez Vargas.
- Intereses moratorios o Indexación.
- Uso de facultades Ultra y Extra Petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 1 a 3 del archivo denominado *001ExpedienteEscaneado* del expediente digital.

La señora Socorro Jerez Vargas se afilió a la ARL Positiva el 1º de abril de 2015 estando afiliada con anterioridad a esa fecha a la ARL Colmena Seguros S.A. El 22 de agosto de 2016 se emitió dictamen de origen de patologías en el cual se determinó que padece de Síndrome del Túnel Carpiano Bilateral, Epicondilitis Lateral Bilateral y Tenosinovitis de Estiloides Radial Bilateral así mismo la entidad demandante en dictamen emitido el 16 de febrero de 2017 estableció una pérdida de capacidad laboral del 22,05%, lo cual generó que Positiva le reconociera prestaciones asistenciales por valor de \$1.272.808 y la suma de \$99.113.049 por incapacidad permanente parcial. La ARL Colmena Seguros S.A. debe reembolsarle tales valores, pues son producto de patologías que se derivaron de una exposición al riesgo durante el tiempo que Socorro Jerez Vargas estuvo afiliada a esa ARL.

Actuación Procesal

Mediante auto del 29 de mayo de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada, **COLMENA SEGUROS S.A.** contestó como aparece a folios 191 a 247 del archivo denominado *001ExpedienteEscaneado* 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 condenar a COLMENA SEGUROS S.A. a reembolsar a Positiva Compañía la suma de \$49.261.796 por incapacidad permanente parcial pagada a la afiliada Socorro Jerez Vargas el cual deberá ser indexado desde el 19 de abril de 2017 hasta la fecha de su pago efectivo. Llegó a tal decisión luego de establecer que se demostró que la afiliada Socorro Jerez Vargas estuvo expuesta al riesgo que derivó en enfermedades laborales, desde el 16 de agosto de 2013 fecha en que comenzó a laborar como Juez de Familia de Cúcuta y hasta el 22 noviembre de 2016 cuando se estructuró la Incapacidad Permanente Parcial, siendo obligación de Colmena Seguros S.A. asumir el 49.70% del pago de las prestaciones económicas otorgadas a la asegurada por la exposición al riesgo de la afiliada en el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 2013 y la fecha de finalización de la afiliación y a Positiva Compañía de Seguros S.A. el 50,30% por la exposición al riesgo comprendida desde 1º de abril de 2015 fecha de afiliación a esa entidad y el 22 noviembre de 2016 fecha de estructuración. Negó el reembolso de las prestaciones asistenciales al considerar que Positiva no demostró su pago efectivo y el pago de intereses moratorios pues no se probó que previo a la presentación de la demanda se haya reclamado formalmente el reembolso de las prestaciones.

Recurso de Apelación

El apoderado de la **entidad demandante** interpuso recurso de apelación solicitando que se debe acceder al reembolso de las prestaciones asistenciales ya que se debe dar validez a las certificaciones expedidas por esa entidad y por el revisor fiscal donde da fe del pago de las facturas expedidas por servicios prestados a favor de la afiliada y porque según el artículo 257 de C.G.P. se presumen auténticos todos los documentos públicos y así lo han determinado varias Salas de Decisión de este Tribunal en múltiples sentencias. Agrega que se debe acceder al pago intereses moratorios pues si bien no se hizo una reclamación previa a la presentación a la demanda si se intentaron varios acercamientos con esa aseguradora y no fue posible lograr que los escucharan, así mismo a condenar en costas a la demandada pues hubo una oposición a las pretensiones y salió vencida.

La apoderada de **Colmena Seguros S.A.** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, alegando que contrario a lo

considerado por el juez no se demostró la exposición al riesgo ocupacional de la trabajadora durante el tiempo que estuvo afiliada a la ARL Colmena lo cual no se puede presumir por el hecho de la afiliación, pues estuvo afiliada a esa entidad en menos de 2 años y venía de la ARL Positiva, sumado al hecho que las enfermedades que padece la afiliada fueron calificadas con posterioridad a la desvinculación de la ARL Colmena época en que también se presentaron los síntomas, derivado de un indebido control del riesgo que debió hacer Positiva. No se pueden proferir condenas con base en un dictamen que no pudo ser controvertido por esa entidad y del cual no se tiene conocimiento que estuviera en firme. Agrega que no se puede tener por cierto el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial. Finaliza indicando que se debe modificar la fecha de indexación pues previo a la presentación de la demanda la accionante no había elevado reclamación y por tanto tampoco se tenía conocimiento de tales prestaciones, sumado al hecho de que no hay certeza del pago de la indemnización.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 05AlegatosDdaColmena.pdf y 07AlegatosPositiva.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 son procedentes las condenas emitidas en contra de Colmena Seguros S.A. así como el reembolso de las prestaciones asistenciales reconocidas por la ARL demandante a favor de Socorro Jerez Vargas, intereses moratorios y costas del proceso.

Acción de repetición o recobro por pago de prestaciones asistenciales y económicas derivadas de una enfermedad profesional

Al respecto se debe resaltar que el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 776 de 2002¹ señala que cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos

¹ **ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES.** Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-Ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

profesionales que asume las prestaciones podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador en caso de haber tenido periodos sin coberturas en concordancia, norma que se debe interpretar de manera íntegra con lo consagrado en los artículos 2.2.4.4.5 y 2.2.4.4.6 del Decreto 1072 de 2015² que compilo lo establecido en el Decreto 1771 de 1994.

Conforme a lo anterior es claro para esta Sala que la afiliada Socorro Jerez Vargas padece de Síndrome del Túnel Carpiano Bilateral, Epicondilitis Lateral Bilateral y Tenosinovitis de Estiloides Radial Bilateral patologías las cuales fueron calificadas como de origen laboral en dictamen emitido por la EPS Cafesalud el 22 de agosto de 2016 (fls. 70 a 75 del archivo denominado *001ExpedienteEscaneado* del expediente digital), las cuales le generaron una pérdida de capacidad laboral de 22.05% con fecha de estructuración del 22 de noviembre de 2016 según lo determinó la entidad demandante en dictamen del 16 de febrero de 2017 (fls. 149 a 153 del archivo denominado *001ExpedienteEscaneado* del expediente digital), dictámenes que contrario a lo manifestado por la apoderada de la ARL demandada si le son oponibles, pues si bien en el momento en que se emitieron no le fueron notificados, tal situación se debió a que no existía la obligación legal de hacerlo pues la señora Jerez Vargas ya no se encontraba afiliada a esa entidad y por tanto la forma de controvertirlos era mediante un dictamen pericial presentado con la contestación de la demanda, conforme el

Para enfermedad profesional en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.

La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivadas de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.

Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento. Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.

² **ARTÍCULO 2.2.4.4.5.** Reembolsos entre entidades administradoras de riesgos laborales. Las prestaciones derivadas de la enfermedad laboral serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos laborales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación.

La entidad administradora de riesgos laborales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad laboral, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en función de la causa de la enfermedad.

La entidad administradora de riesgos laborales que asuma las prestaciones económicas, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la presión de invalidez o de sobrevivientes.

(Decreto 1771 de 1994, art. 5)

ARTÍCULO 2.2.4.4.6. Procedimiento para efectuar los reembolsos. La base para efectuar el reembolso será el valor pagado en caso de incapacidad temporal o permanente parcial.

Tratándose de pensiones, la base será el capital necesario entendido como el valor actual esperado de la pensión de referencia de invalidez o de sobrevivientes, según el caso, que se genere en favor del afiliado o su núcleo familiar desde la fecha del fallecimiento, o del momento en que el dictamen de invalidez quede en firme, y hasta la extinción del derecho a la pensión.

El capital necesario se determinará según las bases técnicas y tablas de mortalidad contenidas en las Resoluciones 585 y 610 de 1994 de la Superintendencia Financiera o en las normas que las modifiquen o sustituyan.

En caso de cesación o disminución del grado de invalidez que implique la extinción o la disminución de la pensión, la entidad administradora de riesgos laborales restituirá a las demás entidades administradoras, la porción del capital necesario que les corresponda.

Los reembolsos a que se refiere este artículo se harán dentro del mes siguiente a aquel en que se soliciten, término dentro del cual podrán ser objetados por motivos serios y fundados.

(Decreto 1771 de 1994, art. 6)

artículo 227 y sts del C.G.P. lo cual no se hizo así, pues de forma inoportuna la demandada buscó que se practicara dentro del trámite procesal y esa fue la razón por la cual el juez A quo negó tal prueba pericial en auto del 6 de julio de 2020, decisión que fue confirmada por esta Sala en providencia del 26 de marzo de 2021 (fls. 12 a 16 del archivo denominado *012DecisionTribunal* del expediente digital).

Exposición al Riesgo de la afiliada Socorro Jerez Vargas

Claro lo anterior, lo primero que se debe resaltar es que en el presente asunto se busca el recobro de valores pagados por la ARL demandante por concepto de prestaciones asistenciales y económicas reconocidas a la señora Socorro Jerez Vargas, concebidas por la atención y diagnóstico de las patologías; Síndrome del Túnel Carpiano Bilateral, Epicondilitis Lateral Bilateral y Tenosinovitis de Estiloides Radial Bilateral, las cuales le generaron una pérdida de capacidad laboral del 22.05% con fecha de estructuración del 22 de noviembre de 2016 (fls. 149 a 153 del archivo denominado *001ExpedienteEscaneado* del expediente digital), por lo tanto, habrá de determinarse que factores las generaron y desde cuando estuvo expuesta a esos riesgos, los cuales en todo caso finalizan el 22 de noviembre de 2016 con la estructuración de las patologías que fueron remuneradas por la ARL demandante y que se están recobrando a la demandada.

Al respecto encuentra la Sala que conforme el dictamen emitido por la EPS Cafesalud el 22 de agosto de 2016 (fls. 70 a 75 del archivo denominado *001ExpedienteEscaneado* del expediente digital) la Sra. Socorro Jerez Vargas estuvo expuesta a riesgos ergonómicos que finalmente le generaron las patologías reseñadas desde el mismo momento que comenzó a prestar servicios para la Rama Judicial esto es el 16 de agosto de 2013 vinculación que se encontraba activa para el 22 de noviembre de 2016 fecha de estructuración de esas patologías, exposición al riesgo que según esa misma documental y contrario a lo manifestado por la apoderada de la ARL, se manifestó durante el tiempo que estuvo afiliada a esa entidad (entre el 25 de agosto al 12 de septiembre de 2009 y entre el 16 de agosto de 2013 al 31 de marzo de 2015) pues en ese dictamen se evidencia que la afiliada empezó a consultar ante la EPS desde el mes de abril de 2014 por dolencias todas asociadas por labores propias de su cargo de Juez de Familia, en especial la de digitación en el computador, funciones que se reitera venía ejecutando desde el 16 de agosto de 2013, exposición a riesgos que fue ratificada por la misma ARL demandante en dictamen del 16 de febrero de 2017 (fls. 149 a 153 del archivo denominado *001ExpedienteEscaneado* del expediente digital) sin que desvirtuó su causación por el hecho de que la pérdida de capacidad laboral se estructuró en vigencia de la afiliación a la ARL demandante, pues se reitera la exposición a los riesgos viene desde el mismo momento en que se afilió a la ARL Colmena.

Por lo tanto, se concluye que las patologías que padece la afiliada Jerez Vargas y que causaron las prestaciones que hoy se recobran fueron generadas por una exposición a

riesgos ergonómicos padecidos desde el 16 de agosto de 2013 y hasta el 22 de noviembre de 2016, periodo en el cual estuvo afiliada a Colmena Seguros S.A. desde 16 de agosto de 2013 al 31 de marzo de 2015 y a Positiva Compañía de Seguros S.A. desde el 1° de abril de 2015 y hasta 22 de noviembre de 2016 y por el cual deberá responder cada entidad en su respectiva proporción, como bien lo determinó el Juez A quo, lo cual conllevara a confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

Prestaciones asistenciales

Frente a las prestaciones asistenciales las cuales la parte demandante tasa en un valor de \$1.272.808 debe indicar esta Sala que contrario a lo considerado por el Juez en el presente asunto, si se demostró su pago, pues no solo obra certificación emitida por la entidad demandante (fl. 77 del archivo denominado *001ExpedienteEscaneado* del expediente digital) si no que a folios 79 a 145 del archivo denominado *001ExpedienteEscaneado* del expediente digital se aportaron una serie de facturas y ordenes que sustentan tales pagos, así mismo y contrario a lo alegado por la apoderada de la parte demandante también aparece acreditado el pago de incapacidad permanente parcial pues además de la certificación también emitida por la ARL demandante (fl. 78 del archivo denominado *001ExpedienteEscaneado* del expediente digital) obra constancia de la reclamación efectuada por la afiliada así como la comunicación mediante la cual le reconocen tal prestación (fls. 146 a 147 del archivo denominado *001ExpedienteEscaneado* del expediente digital) por lo tanto también resulta justificado su recobro.

No obstante frente a las prestaciones asistenciales referidas, su pago también deberá hacerse en la proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado, que como ya se definió, en el caso de la demandada ARL Colmena correspondió al periodo comprendido entre el 16 de agosto de 2013 al 31 de marzo de 2015, equivalente al 49.70% de todo el periodo de exposición y por tanto le corresponderá a la demandada reembolsarle a la ARL Positiva la suma de \$632.585,57, lo cual conllevara a modificar la sentencia.

Intereses moratorios e Indexación

Frente al reconocimiento de intereses moratorios debe aclarar la Sala que como bien lo señalo el juez A quo los mismos solo se causan a partir de vencimiento del plazo establecido en la ley para el pago de dineros recobrados, a partir claro está de su reclamación y como en el presente asunto la ARL demandante no acreditó que previo a la presentación de la demanda hubiera solicitado el reembolso de lo aquí pretendido, es la razón por la que no resulta posible proferir condena por ese concepto. Por lo cual resulta razonable que el dinero que se está ordenando reembolsar se pague de manera indexada, no obstante, tal indexación procede desde la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia, pues se reitera solo fue como consecuencia del presente proceso que la demandada tuvo conocimiento de

las obligaciones que hoy se está ordenando reembolsar a la Positiva Compañía de Seguros, lo cual conllevará a modificar la sentencia en este sentido.

Condena en Costas en contra de Colmena Seguros S.A.

Frente a la censura frente a la no condena por concepto de costas en contra de la ARL Colmena Seguros S.A., es de indicar que en efecto las costas son una consecuencia de la oposición a las pretensiones a las cuales claramente se opuso la demandada, por lo tanto, resulta proporcional esa condena y por tanto se revocará parcialmente la sentencia frente a este aspecto.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de modificarse la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se revocan quedaran a cargo de la demanda Colmena Seguros S.A. Sin costas en el recurso alzada ante su no causación.

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 (3º) de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 23 de febrero de 2022, el cual quedara así:

"TERCERO. - CONDENAR a la demandada **COLMENA SEGUROS S.A.** a pagar a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** los siguientes valores y por los siguientes conceptos:

- **\$49.261.796** por pago proporcional de la indemnización por incapacidad permanente parcial reconocida a Socorro Jerez Vargas.
- **\$632.585,57** por pago proporcional de prestaciones asistenciales reconocidas a Socorro Jerez Vargas

Valores que se deberán pagar debidamente indexados teniendo como IPC inicial el de la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído."

SEGUNDO. – REVOCAR el sexto (6º) de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 23 de febrero de 2022, en

cuanto absolvió a la demanda COLMENA SEGUROS S.A. del pago de costas para en su lugar condenar a su pago a favor de la empresa demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO. - COSTAS: Las de primera se revocan quedaran a cargo de la demanda Colmena Seguros S.A. Sin costas en el recurso alzada ante su no causación.

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 LIBARDO MONTOYA BERNAL CONTRA
COLPENSIONES Rad. 2019 00833 01 01 Juz 14.**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de julio 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

LIBARDO MONTOYA BERNAL demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 72 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital.

- Pensión de Vejez.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a folios 64 a 65 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital.

Nació el 17 de julio de 1949 cumpliendo los 60 años el mismo día y mes del año 2009. Es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Presto servicio militar entre el 23 de enero de 1968 al 30 de diciembre de 1969 equivalente a 101 semanas. Solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 23 de octubre de 2012 la cual le fue negada por Colpensiones mediante la Resolución GNR 086173 del 2 de mayo de 2013 con el argumento de que no contaba con los requisitos, omitiendo los servicios prestados para el Ejército Nacional, decisión contra la cual interpuso los recursos de reposición y apelación los cuales fueron resueltos confirmando la resolución inicial. Cotizó como independiente entre febrero y abril del 2003 pero quedo en mora por los demás periodos de esa anualidad los cuales pagó el 16 de julio de 2019, continuó

cotizando como independiente entre el año 2004 y el año 2012. El 24 de julio del año 2019 solicitó la corrección de la historia laboral solicitando tener en cuenta los pagos de los periodos en mora a lo cual no accedió Colpensiones argumentando que no mediaba afiliación para esos aportes.

Actuación Procesal

Mediante auto del 28 de enero de 2020 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada COLPENSIONES, quien contestó como aparece a folios 87 a 96 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* 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 absolver a la demandada. Llegó a tal conclusión luego de establecer que el demandante no cumplió con los requisitos exigidos por la Ley 71 de 1988 antes del 31 de diciembre de 2010 fecha de la extinción del régimen de transición ya que si bien era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 no lo conservó en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005 pues no había cotizado más de 750 semanas para su entrada en vigencia, ya que los periodos en mora que pago en el mes de julio del año 2019 solo son valederos para periodos futuros o posteriores a esa fecha y no es posible imputarlos de manera retroactiva a los meses de mayo a diciembre de 2003 como lo pretendió hacer el actor, así como tampoco reunió los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 797 de 1993.

Recurso de Apelación

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia ya que el demandante reúne los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez ya que los aportes en mora que efectuó el demandante de manera extemporánea son válidos teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional que han señalado que después de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 es posible hacer estos pagos de manera retroactiva y se le debe dar validez e imputarlos al periodo correspondiente, además de que se presentó un allanamiento a la mora pues la demandada nunca refutó o negó el pago de los aportes que hizo el actor.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 05AlegatosColpensiones.pdf y 07AlegatosDte.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 determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez al actor.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución GNR 086173 del 2 de mayo de 2013 (fls. 7 a 9 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital), donde se afirma que la demandante solicitó el 23 de octubre de 2012 el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Cotizaciones a Colpensiones y Régimen de Transición

Recordemos que el principal fundamento bajo el cual la demandada ha negado la pensión de vejez, es que el actor no probó que tuviera la densidad de semanas suficientes para lograr el reconocimiento pensional, ya que, si bien era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no lo conservó en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, pues para el 25 de julio de esa anualidad no había cotizado 750 semanas (fls. 11 a 14 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital).

Al respecto no se controvierte que el demandante es beneficiario del régimen de transición, pues nació el 17 de julio del año 1949 (fl. 27 del archivo denominado *01ExpedienteEscaneado* del expediente digital) luego para su entrada en vigencia contaba con más de 40 años de edad, además se encontraba afiliado al ISS desde el 1º de enero de 1967, ante lo cual se deberá verificar si cumple con los requisitos para ser acreedor a la pensión consagrada en la Ley 71 de 1988 como se pretende o conforme el Acuerdo 049 de 1990 que según los nuevos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia permite acumular tiempos públicos y privados para su acreditación.

Previo al verificar las semanas cotizadas por el actor se debe precisar que si bien dentro del conteo general de tiempos cotizados y/o laborados se deben tener en cuenta las cotizaciones efectuadas por el actor el 17 de julio de 2019 correspondiente a 8 meses o 34,28 semanas, contrario a lo alegado por la apoderada del demandante las mismas

no se pueden validar de forma retroactiva para los meses comprendidos entre mayo a diciembre de 2003 como lo pretende, ya según los artículos 28 del Decreto 692 de 1994 y 35 del Decreto 1406 de 1999, los trabajadores independientes deben cotizar “*por períodos mensuales y en forma anticipada*” y por tanto las “*novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente*” ante lo cual se concluye que las cotizaciones realizadas extemporáneamente si bien deben ser eficaces, no se pueden tener en cuenta para períodos retroactivos, con independencia de que la entidad administradora los haya recibido, pues el allanamiento a la mora en el caso de los trabajadores independientes no surte los mismos efectos que en materia de trabajadores dependientes. Así lo ha interpretado en su jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de forma reiterada entre las cuales se puede consultar la sentencia SL3445-2019 del 26 de junio de 2019 con Radicación 72683 cuyo magistrado ponente fue el Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán¹, criterio el cual acoge esta Sala al margen de que en sentencias proferidas con otras Altas Cortes se haya razonado de manera distinta.

Claro lo anterior encuentra la Sala que el demandante para el 17 de julio de 2009 fecha en que cumplió los 60 años de edad tan solo había acreditado 924,86 semanas de las cuales 268,15 se efectuaron dentro de los 20 años anteriores (17/07/1989 al 17/07/2009), por lo tanto es claro que para esa fecha no acreditaba los requisitos establecidos en la Ley 71 de 1988 o en el Acuerdo 049 de 1990, por lo tanto debe verificar si con las cotizaciones posteriores satisfizo tales requisitos, encontrando al respecto que según la historia laboral expedida el 25 de enero de 2021 (archivo denominado *GRP-SCH-HL-66554443332211_1906-20210125080645* contenido dentro de la carpeta denominada *03CDFolio70ExpedienteAdministrativo* del expediente digital) y lo considerado en precedencia se concluye que el demandante cotizó en toda su vida laboral (hasta el 17/07/2019) un total de 1.096 semanas incluyendo claro esta los servicios

¹ “El tribunal estimó que no era posible contabilizar los aportes de enero y febrero de 2007, por corresponder a pagos extemporáneos que fueron realizados como trabajador independiente sobre mensualidades ya causadas, y por tanto no era dable reconocer la pensión de vejez a favor del actor, al no cumplir con la densidad mínima de cotizaciones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En cuanto al tema de discusión, vale recordar que conforme al artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, las novedades de los trabajadores independientes «que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente», lo que significa que los pagos realizados en períodos vencidos no se desperdician o desestiman, sino que se imputan a los meses subsiguientes. Al respecto, en sentencia SL12503-2016, la Sala explicó:

El Tribunal para arribar a su decisión, asentó que las cotizaciones realizadas por la demandante en el mes de junio de 2006 para los ciclos comprendidos entre octubre de 2005 y junio de 2006, así como los efectuados en el mes de mayo de 2007, para el período de noviembre de 1997 a diciembre de 2000, no podían contabilizarse a efectos de determinar si la demandante había o no reunido el número de semanas necesarias para ser merecedora de la pensión consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en atención a que los mismos se habían realizado de manera extemporánea.

Con la inferencia anterior, el ad quem pasó por alto que las cotizaciones canceladas en forma posterior al período al que se pretendían imputar, para el caso de los trabajadores independientes como lo fue la aquí demandante, no pierden validez, sino por el contrario, se deben aplicar a períodos posteriores al pago, tal como lo señaló esta Corporación en sentencia de casación CSJ SL 5634 2016, que reiteró las sentencias CSJ SL 13077 2014 y SL 5081 2015.

De conformidad con lo anterior, fue errado el juicio realizado por el Tribunal cuando le restó validez a las cotizaciones realizadas por la accionante, pues en verdad, lo que debió hacer fue contabilizarlas a períodos posteriores a su pago, situación con la que además, vulneró las disposiciones denunciadas.

Así las cosas, se advierte que el colegiado pasó por alto que las cotizaciones canceladas en forma posterior al ciclo que se pretendía cubrir, no podían ser excluidas del haber de cotizaciones del afiliado, sino por el contrario, debieron ser imputadas a períodos posteriores al pago.”

prestados con el Ejército Nacional entre el 23 de enero de 1968 y el 30 de diciembre de 1969.

Por otro lado, se de aclarar que el Congreso de Republica al expedir el Acto Legislativo 01 de 2005, reguló expresamente la situación de los beneficiarios del régimen y determinó que su aplicación solo iría hasta el 31 de julio de 2010 o hasta el 2014, siempre y cuando el afiliado hubiere cotizado para la entrada en vigencia de dicha normativa (25/07/2005) por lo menos 750 semanas. Esto último para las personas que estando en el régimen de transición para el 31 de julio de 2010, no hubieren cumplido con los requisitos mínimos exigidos en la ley para alcanzar su pensión, pues en principio dicho régimen solo se podía aplicar hasta esa fecha.

Al respecto en el presente asunto se encuentra que el actor al 31 de julio de 2010 había cotizado un total de 978,15 semanas de las de las cuales se reitera 268,15 se efectuaron dentro de los 20 años anteriores, por lo tanto, es claro que tampoco para esa fecha había acreditado los requisitos para alcanzar la pensión según las citadas normas, sin que sea posible extenderle hasta el 31 de diciembre de 2014 el régimen de transición ya que para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 tan solo había cotizado 724,43 semanas, conteo dentro del cual no es posible contabilizar de forma retroactiva los periodos pagados por el actor el 17 de julio de 2019 y por tanto no es posible aplicar las normas que se pretenden, como bien lo concluyó la juez A quo.

Ante la imposibilidad de aplicar la Ley 71 de 1988 o el Decreto 758 de 1990, es preciso definir que la norma aplicable al actor es el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003², la cual exige actualmente el cumplimiento de 1.300 semanas cotizadas y 62 años de edad, requisitos que tampoco cumple al actor pues si bien cumplió los 62 años de edad en el año 2011, en toda su vida laboral cotizó y/o presto servicios en una densidad 1.096 semanas.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

² ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

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

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.
A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Un Millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

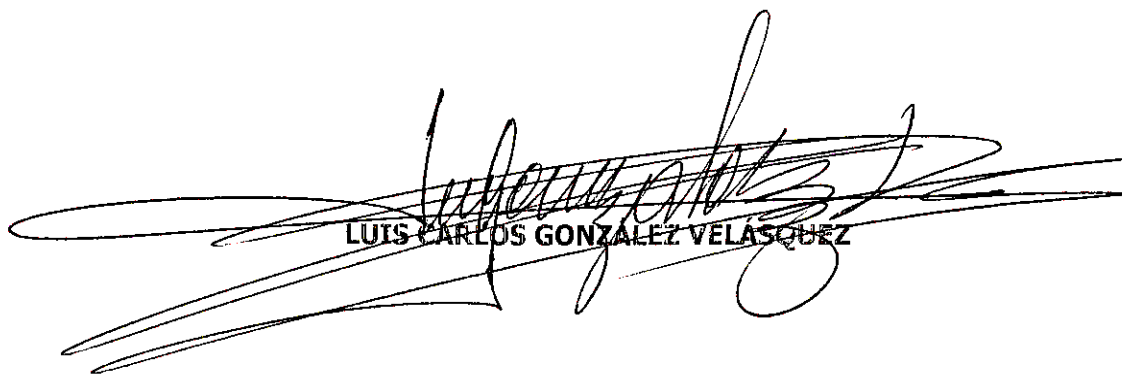
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

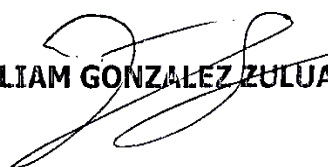
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Un Millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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 JOSE ALBERTO DRAGO RODRÍGUEZ
CONTRA EDIFICAR ESTRUCTURAS S.A.S. Y FUENTES Y RECURSOS EN
CONSTRUCCIÓN S.A.S. FUREC S.A.S. Rad. 2017 00686 01 Juz 17.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de julio 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

JOSE ALBERTO DRAGO RODRÍGUEZ demandó a **EDIFICAR ESTRUCTURAS S.A.S. Y FUENTES Y RECURSOS EN CONSTRUCCIÓN S.A.S. FUREC S.A.S.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 7 del expediente.

- Contrato de trabajo.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- Indemnización Moratoria.
- Prestaciones sociales y vacaciones.
- Sanción Moratoria por no consignación de las cesantías.
- Responsabilidad del empleador en el accidente de trabajo acaecido el 10 de octubre de 2016.
- Perjuicios materiales.
- Perjuicios morales.
- Solidaridad entre las demandadas.
- Ultra y Extra Petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 7 a 11 del expediente.

Fue contratado por la empresa Edificar Estructuras S.A.S. el día 23 de agosto de 2016, para desempeñar el cargo de oficial de construcción, devengando un salario de \$45.000 diarios, laborando de lunes a sábado en un horario de 7:00 am a 6:00 pm, fue afiliado

al sistema general de seguridad social. La empresa demandada que se dedica a la construcción había suscrito un civil de obra para la construcción del proyecto Bosque Verde ubicado en la Calle 131 No. 78A-61 de esta ciudad en el cual laboró el actor. El 10 de octubre de 2016 estando en la ejecución de sus labores sufrió un accidente de trabajo, cuando al estar armando un muro se desprende un talud de tierra que le aprisiona del cuello para abajo el cual le produjo como secuelas fracturas de la columna vertebral, vértebras T12-L1, lesiones que le generaron una pérdida de su capacidad laboral que fue establecida por la ARL Positiva en el 17% de origen laboral en dictamen del 22 de abril de 2017 decisión que fue apelada ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, del mismo modo le generó incapacidades continuas desde el día del accidente hasta el 21 de febrero de 2017, siéndole terminado el contrato de trabajo el día siguiente, fecha desde la cual la empresas demandadas no le han pagado prestaciones sociales y vacaciones. Según investigación de las causas del accidente de trabajo efectuado por el COPASST, el mismo se produjo porque el muro no tenía enmallado o señalización o demarcación del área de seguridad.

Actuación Procesal

Mediante auto del 22 de enero de 2018 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a las demandadas, quienes contestaron de la siguiente manera: **EDIFICAR ESTRUCTURAS S.A.S.** como aparece a folios 189 a 198 del expediente y **FUENTES Y RECURSOS EN CONSTRUCCIÓN S.A.S. FUREC S.A.S.** como aparece a folios 252 a 254 del expediente.

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 el demandante y la demandada EDIFICAR ESTRUCTURAS S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre 23 de agosto de 2016 al 26 de febrero de 2017 y que es responsable en la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por el actor el 10 de octubre de 2016. Y como consecuencia condenó a Edificar Estructuras S.A.S. a reconocer y pagar al demandante a las siguientes sumas y conceptos: \$460.00 por cesantías, \$6.891.478 por lucro cesante pasado, \$83.589.579 por lucro cesante futuro, \$10.000.000 por perjuicios morales subjetivados y \$8.000.000 por daños a la vida en relación, todo debidamente indexado hasta el momento de su pago.

Llegó a tal decisión luego de establecer que se demostró que entre el demandante y la demandada Edificar Estructuras S.A.S. existió un contrato de trabajo indefinido que se celebró de manera verbal y que estuvo vigente entre el 23 de agosto de 2016 al 26 de

febrero de 2017, del cual el empleador le canceló todas las prestaciones sociales excepto las cesantías. Así mismo consideró que existió culpa del empleador Edificar Estructuras S.A.S. en el accidente sufrido por el demandante el 10 de octubre de 2016 y que le ocasiono una incapacidad permanente parcial y que según el dictamen emitido por la ARL correspondió a 17%, pues se demostró que la empresa no tomó las medidas de prevención suficientes para evitar el accidente, pues no tenía instaladas mallas que evitaran los deslizamientos de tierra, no tenía establecidas unas medidas de prevención que evitaran la ocurrencia del accidente ni suministró al actor los elementos de protección que evitara su ocurrencia, ante lo cual debe responder por los perjuicios causados al actor en su salud, los cuales liquidó teniendo en cuenta la PCL establecida por la ARL y según la expectativa de vida, por perjuicios morales consideró que resultaba razonable la suma de \$10.000.000 y \$8.000.000 por daños a la vida en relación.

Recurso de Apelación

El apoderado **del demandante** interpuso recurso de apelación alegando su inconformidad con el monto de las condenas pues el juzgado omitió que a folios 342 a 352 del expediente obra dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en el cual se resolvió el recurso de apelación en contra del dictamen emitido por la ARL Positiva, en el cual se determinó que el actor tiene un porcentaje del 23.30% de PCL el cual se debe tener en cuenta para liquidar las condenas.

El apoderado de la demandada **Edificar Estructuras S.A.S.** interpuso recurso de apelación manifestando su desacuerdo con la tasación de los perjuicios ya que la jurisprudencia ha establecido que para que un perjuicio sea indemnizable debe ser cierto, real y directo lo cual no se cumple en el presente asunto frente al accidente que sufrió el demandante, pues no hay prueba de la magnitud del daño, así mismo alega que el monto de los perjuicios subjetivados es exagerado.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes no presentaron alegatos.

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 correcta la tasación de los perjuicios que efectuó el juzgado y si es proporcional el valor de la condena emitida por concepto de perjuicios morales y daños a la vida de relación.

Contrato de trabajo – extremos

No se controvierte en esta instancia lo relativo a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la demandada Edificar Estructuras S.A.S., ni los extremos temporales fijados por el juez desde el 23 de agosto de 2016 al 26 de febrero de 2017.

Accidente de trabajo

Tampoco se cuestiona la ocurrencia del accidente de trabajo el día 10 de octubre de 2016, el cual ocurrió cuando el demandante estando armando un muro, se desprende un talud de tierra y lo atrapa del cuello hacia abajo. Así se corrobora con el informe del accidente (fl. 21 del expediente), evento que le generó múltiples lesiones entre las cuales se encuentra la fractura de las vértebras T12- L1, ocasionándole una pérdida de capacidad laboral valorada inicialmente por la ARL Positiva en 17.00% con fecha de estructuración 15 de marzo de 2017 y de origen Accidente Laboral (fls. 57 a 59 del expediente), dictamen que al ser controvertido fue modificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca estableciendo una PCL del 23.30% con fecha de estructuración 11 de enero de 2017 y de origen Accidente Laboral (fls. 349 a 351 del expediente).

Indemnización Plena y Ordinaria de Perjuicios

Para condenar al pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, es necesario que se declare la CULPA DEL EMPLEADOR en el accidente de trabajo, la cual debe ser demostrada por el trabajador, a quien le corresponde probar alguno de los factores generadores de culpa: imprudencia, impericia, negligencia o violación de una norma legal, por tratarse de una responsabilidad subjetiva y no objetiva.

Es esta responsabilidad por culpa patronal la que busca endilgarle la parte actora al empleador, cuando afirma que las lesiones que sufrió se generaron por culpa de la demandada, pues el accidente (aplastamiento de su dorso por caída de talud de tierra) se dio porque el empleador no tomo las medidas de prevención necesarias y suficientes para evitar la ocurrencia del accidente, además de que no lo capacitó suficientemente para la ejecución de tales labores.

Considerado así el asunto, es preciso retomar el contenido del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, que establece:

"Culpa del patrono. Cuando exista culpa suficiente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo".

Para el caso que nos ocupa, no se controvierte que existió culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por Jose Alberto Drago Rodríguez el 10 de octubre de 2016, la controversia frente a la demandada va dirigida a que en su concepto el demandante no se demostraron los perjuicios, lo cual no resulta valedero puesto que en el presente asunto es claro el nexo causal entre tal suceso y las lesiones que sufrió el actor, las cuales como ya se advirtió le generaron al actor una pérdida de capacidad laboral equivalente al 23.30% disminución que claramente se constituye en un perjuicio para el actor pues según el Decreto 1507 de 2014 equivale a una incapacidad permanente parcial que afectara su desempeño laboral durante toda su vida e impedirá desempeñarse a plenitud en sus labores y/o perder la oportunidad ejercer ciertas actividades y por tanto es indemnizable. Así lo ha considerado de manera reitera la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos para lo cual se puede consultar la sentencia con radicado No. 43203 del 6 de septiembre de 2012 con ponencia del Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez¹, reiterada en la SL 7513-2016 del 8 de junio de 2016 con Radicado No. 45.997 cuyo magistrado ponente fue el Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz², lo cual conllevara a confirmar la sentencia en este aspecto.

Liquidación de los perjuicios

¹ “Para la Sala, la precitada prueba contiene aspectos determinantes para establecer el lucro cesante, es decir, la fecha de nacimiento del demandante y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, que debieron ser tenidos en cuenta por el juez colegiado para establecer el lucro cesante.

A su vez, cabe señalar, que el apoderado del demandante, mediante oficio radicado en esta Corte el 24 de mayo de 2012, allegó copia del formulario de dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, de fecha 30 de julio de 2010, Número 7222010, así como del dictamen número 912858 del 27 de abril de 2011, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, donde al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el dictamen proferido por la Junta Regional, modifica el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, fijándolo en 39.75, dictámenes que no fueron decretados como prueba, ni por el juez de primera instancia ni por el Ad quem”

² “No obstante lo anterior, la razón no está de lado del recurrente, en tanto que el ad quem, en este caso, sí tuvo justificación para no aplicar los efectos del artículo 216 del CST, puesto que los elementos fácticos que fueron extraídos por el juzgador del acervo probatorio para efectos de establecer la enfermedad profesional sufrida por la actora y la culpa del empleador en su ocurrencia no son suficientes para calcular el lucro cesante, toda vez que, sin perjuicio de que el juez colegiado hubiese tomado como fecha de estructuración de la enfermedad profesional la establecida por la EPS SALUDCOOP, 7 de marzo de 2005, en el concepto emitido el 18 de agosto de 2005, lo cierto es que, en dicha oportunidad, esa entidad no cuantificó la pérdida de capacidad de trabajo, pues, como lo dijo el mismo juzgador de segundo grado, esta solo fue determinada por la ARP SURATEP, en un 14.24%, pero con fecha de estructuración 24 de mayo de 2007.

Así las cosas, no se tiene la certeza de cuánta capacidad laboral había perdido la actora para laborar, al momento de la terminación del contrato de trabajo, lo que sucedió el 26 de julio de 2006, comoquiera que tal información solo fue concretada posteriormente, y no se sabe la magnitud del daño a reparar al momento de la terminación de la relación laboral que vinculó a las partes, sin que pueda tomarse el 14.21% establecido por la ARP, dado que, entre la fecha de retiro de la actora y la fecha de estructuración de este porcentaje, transcurrió aproximadamente un año, tiempo en que se desconocen las actividades que esta desarrolló, de tal suerte que no se puede establecer el nexo causal entre esta pérdida de capacidad laboral y la culpa del empleador a la terminación del contrato, necesario para calcular hasta qué debe responder la empresa por su culpa.

Igual razonamiento cabe para liquidar los perjuicios morales, dado que estos, en todo caso, han de ser proporcionales al daño sufrido por la extrabajadora, cuya delimitación debe hacerse con base en el monto de la pérdida de la capacidad laboral, en vigencia del contrato de trabajo, lo cual no se dio en el sublite, según quedó atrás expuesto.”

Frente a la liquidación de los perjuicios por culpa imputable al empleador es preciso resaltar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia también ha fijado unos criterios claros de como liquidarlos, para lo cual como bien lo dispuso el Juez A quo se debe tener en cuenta entre otros aspectos el porcentaje de pérdida de capacidad laboral sufrido por el trabajador. Así las cosas, como quiera que el Juez tuvo en cuenta para liquidarlos el porcentaje de pérdida de capacidad laboral establecido por la ARL Positiva en dictamen del 22 de abril de 2017 (17%) el cual fue modificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca estableciéndola en 23.30%, es claro que esta liquidación afectó el valor de perjuicios reconocidos a favor de la parte actora, por lo tanto como quiera que no se está controvirtiendo la formula aplicada por el juzgado esta Sala procederá a efectuar una nueva liquidación en los mismos términos, pero reemplazando el porcentaje de PCL aplicado, obteniendo la sumas de; **\$9.445.376³** por lucro cesante pasado y **\$114.566.864** por lucro cesante futuro, valores superiores a los liquidados por el Juez A quo lo cual conllevara a modificar la sentencia apelada en este aspecto.

Liquidación de Perjuicios morales y por daños en la vida en relación

Frente a la tasación de los perjuicios morales se recuerda que de antaño la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema ha explicado la gran dificultad para hacer una valoración del daño moral, ante lo cual se ha precisado que es el Juez quien a su arbitrio debe hacer una prudente estimación de su valor, pues en principio no puede ser evaluado monetariamente el precio del dolor, lo cual no obsta para que el juez pueda valorarlos pecuniariamente según su criterio. En este caso estima la Sala que por las secuelas que le dejó al accidente de trabajo al actor y la pérdida de capacidad laboral equivalente a 23.30% resulta evidente que el episodio laboral le género perjuicios morales, "pretium doloris" que tasó el juez en la suma de \$10.000.000 el cual resulta prudente y ajustado a la realidad del demandante, el cual evidentemente se ha visto afectado por la disminución de su capacidad laboral y su imposibilidad de reintegrarse a laborar normalmente, criterio que se plasmó en múltiples sentencias entre las que se puede consultar la de fecha 19 de julio de 2005 con Radicación 24.221 cuyo ponente fue el Dr. Camilo Tarquino Gallego, reiterado en la del 16 de octubre de

³ Liquidación del Juzgado:

Salario Base de Liquidación indexado a la fecha de terminación del contrato: \$1.192.297.

PCL: 17%

Expectativa de Vida: 41.7 años.

Lucro Cesante Pasado o Consolidado: \$1.192.297 x 34 meses (Entre la fecha de estructuración de la invalidez y hasta la fecha de la sentencia): \$40.538.098 x 17%: **\$6.891.478.**

Liquidación correcta: \$40.538.098 x 23.30%: **\$9.445.376.**

Lucro Cesante Futuro: \$1.192.297 x 412.4 meses (Desde la fecha de la sentencia y hasta la probabilidad de vida): \$491.703.283 x 17%: **\$83.589.579.**

Liquidación correcta: \$491.703.283 x 23.30%: **\$114.566.864.**

2013 SL 887-2013 con radicación N° 42433 cuyo ponente fue el Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve⁴.

Desde otra arista y frente a la tasación de la indemnización por daños en la vida en relación por los cuales también se está profiriendo condena, se debe indicar que consisten en el menoscabo en la vida de relación social, que afecta la aptitud y disposición a disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales, no sólo la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, sino también del ejercicio de actividades rutinarias, que ya no se pueden realizar o requieren de un esfuerzo excesivo o implican incomodidades y dificultades. Igual que los perjuicios morales, este daño es inestimable objetivamente y por tanto según la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁵ también está sujeto al arbitrio judicial; afectación que se evidencia en el presente asunto pues claramente la pérdida de capacidad laboral del actor genera limitaciones para interactuar con normalidad en sus actividades rutinarias, por lo tanto resulta razonable la imposición que de los mismos hizo el juez en la suma de \$8.000.000, lo cual conllevara a confirmar la sentencia en estos aspectos.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de modificarse la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada Edificar Estructuras S.A.S. Fíjense la suma de Un Millón de Pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

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 " De lo anterior, deduce la Corte Suprema de Justicia que el Tribunal también se equivocó al exigir prueba de los daños morales, pues desde hace muchas décadas ha sido constante la jurisprudencia de la Corporación acerca de que los perjuicios morales derivados de un accidente de trabajo en el que se produce la muerte del colaborador, en principio no hay necesidad de probarlos, pues incuestionablemente la pérdida de un ser querido ocasiona naturalmente en sus deudos un dolor y una aflicción que están dentro de sus esferas íntimas. De ahí que igualmente se ha sostenido invariablemente que su tasación queda al prudente arbitrio del juzgador, ya que se trata de un daño que no puede ser evaluado monetariamente, por ser imposible determinar cuál es el precio del dolor, lo que no obsta, sin embargo, para que el juez pueda valorarlos pecuniariamente según su criterio, partiendo precisamente de la existencia del dolor"

⁵ Sentencia del 22 de enero de 2008 con Radicación 30.621 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas y reiterado en la del 30 de octubre de 2012 con radicación N° 39.631 cuyo ponente fue el Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el literal a) y b) del ordinal (4º) de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 27 de enero de 2020, el cual quedara así:

"a) **\$9.445.376** por lucro cesante pasado o consolidado.

b) **\$114.566.864** por lucro cesante futuro."

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada Edificar Estructuras S.A.S.. Fíjense la suma de Un Millón de Pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

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 MESIAS PATIÑO RENTERÍA CONTRA COLPENSIONES Y PALMAR DEL ORIENTE S.A.S. Rad. 2021 00437 01 Juz 23.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de julio 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

MESIAS PATIÑO RENTERÍA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y PALMAR DEL ORIENTE S.A.S.** para que se profieran las declaraciones y condenas visibles a fls. 3 a 5 del archivo denominado *DemandaAnexos* obrante dentro de la carpeta denominada *01DemandaAnexos* del expediente digital.

- Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones del 24 de marzo de 1977 al 9 de noviembre de 1981 a cargo de Palmar del Oriente S.A.S., previo cálculo actuarial que efectúe Colpensiones.
- Pensión de Vejez a cargo de Colpensiones y solidariamente de Palmar del Oriente S.A.S. conforme el Acuerdo 049 de 1990.
- Retroactivo.
- Intereses Moratorios o Indexación.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos se describen a fls. 1 a 3 del archivo denominado *DemandaAnexos* obrante dentro de la carpeta denominada *01DemandaAnexos* del expediente digital.

Nació el 12 de diciembre de 1947 por lo tanto para la fecha de presentación demanda contaba con más de 72 años de edad. Se afilió al ISS desde el 1º de enero de 1967, trabajó para diferentes empleadores por más de 28 años, no obstante, en la historia laboral solo le aparecen cotizaciones por 16 años, correspondientes a 807 semanas. Prestó sus servicios para la empresa PALMAR DEL ORIENTE S.A.S. entre el 24 de marzo de 1977 y el 29 de julio de 1990. Esta empresa lo afilió al Sistema General de Pensiones solo hasta el 10 de noviembre de 1981, sin que el ISS hoy Colpensiones haya efectuado la gestión de cobro por los aportes adeudados. Solicitó el pago de la pensión de vejez ante Colpensiones la cual fue negada mediante la Resolución GNR 028372 del 7 de marzo de 2012. Después de cotizar

como independiente y con el régimen subsidiado volvió a solicitar la pensión de vejez la cual le fue negada nuevamente en resolución GNR 98247 del 12 de abril de 2018.

Actuación Procesal

Mediante auto del 5 de octubre de 2021 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a las demandadas, **COLPENSIONES** contestó como aparece a folios 1 a 11 del archivo denominado *ContestacionColpensiones* obrante dentro de la carpeta denominada *05ContestacionColpensiones* del expediente digital, **PALMAR DEL ORIENTE S.A.S.** contestó como aparece a folios 1 a 17 del archivo denominado *ContestacionPalmarOriente* obrante dentro de la carpeta denominada *06ContestacionPalmarOriente* 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 CONDENAR a **PALMAR DEL ORIENTE S.A.S.** a reconocer y pagar a Colpensiones el valor del cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones no realizadas por el periodo comprendido entre el 24 de marzo de 1977 y el 9 de noviembre de 1981, teniendo en cuenta un salario mínimo legal vigente previo liquidación que haga Colpensiones, así mismo dispuso CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 12 de diciembre de 2007 en cuantía inicial de un salario mínimo legal y en catorce mesadas anuales, reconocimiento que deberá efectuarse dentro de los 5 días siguientes al pago del cálculo actuarial a cargo de Palmar del Oriente S.A.S., ordenando el pago de la suma de \$39.253.265 por concepto de retroactivo causado desde el 26 de agosto de 2018 y hasta febrero de 2022 del cual autorizó el descuentos de los aportes a salud. Llegó a tal decisión luego de establecer que se demostró que el actor laboró para la empresa entre el 24 de marzo de 1977 y el 29 de julio de 1990 que si bien esa empresa solo lo afilió al ISS el 10 de noviembre de 1981, porque con anterioridad no tenía cobertura en la seccional de Yopal - Casanare, siguiendo el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se deben efectuar los aportes a pensión previos a la afiliación, ya que la falta de cobertura de esa entidad no genera que el empleador se sustraiga de la obligación de pagar los aportes por el tiempo laborado. Agregó que con el tiempo laborado con Palmar del Oriente el actor acredita los requisitos para obtener la pensión conforme el Acuerdo 049 de 1990 lo cual hizo antes del 31 de diciembre de 2014, ya que para esa fecha había cotizado 1014,85 semanas y había cumplido los 60 años de edad el 12 de diciembre de 2007, pensión que líquido conforme el artículo 21 Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los aportes de los últimos 10 años de cotizaciones pero como el valor obtenido es inferior al salario mínimo se debe hacer en al menos en ese valor para esa anualidad. Declaro probada parcialmente la excepción de prescripción de todas las mesadas causadas con anterioridad al 26 de agosto de 2018.

Recurso de Apelación

La apoderada de la empresa **Palmar del Oriente S.A.S.** interpuso recurso de apelación alegando que, contrario a lo indicado por el juez no había obligación de hacer el pago del cálculo actuarial, porque en el municipio donde presto servicios el actor no había cobertura del ISS y que así lo respaldó la misma Corte Suprema de Justicia en varios fallos aunque después cambio de posición y que en todo caso se debe tener en cuenta que los aportes al sistema general de seguridad social se deben hacer de manera compartida y el trabajador debería asumir parte del cálculo actuarial.

El apoderado de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación alegando que se debe revocar la condena por concepto de reconocimiento pensional ya que el empleador no pago de manera oportuna los aportes al sistema general de pensiones, ni afilió al actor en la fecha correspondiente y por tanto esa entidad no podía hacer acciones de cobro, más cuando no se demostró la existencia de un contrato de trabajo en los extremos condenados. Agrega que en todo caso el actor no cumplió los requisitos para el otorgamiento de la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, así como tampoco los establecidos por la Ley 797 de 2003.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 09AlegatosDda.pdf, 10AlegatosColpensiones.pdf y 14AlegatosDte.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 determinar si está en cabeza de la empresa Palmar del Oriente S.A.S. la constitución y pago del cálculo actuarial por el periodo laborado por el actor entre el 24 de marzo de 1977 y el 9 de noviembre de 1981, igualmente si resulta procedente el reconocimiento de pensión de vejez a cargo de Colpensiones. Además, se conocerá igualmente el grado jurisdiccional de consulta respecto de los puntos en los que fue condenado Colpensiones y que no fueron apelados.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del escrito obrante a folios 41 a 50 del archivo denominado *DemandaAnexos* obrante dentro de la carpeta denominada *01DemandaAnexos* del expediente digital, que contiene solicitud a Colpensiones para que

haga el cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas al sistema general de pensiones en favor del demandante, por parte de su empleador, Palmar del Oriente S.A.S. así como que se le reconozca la pensión de vejez, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Existencia del contrato de trabajo

Frente la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la empresa demandada Palmar del Oriente S.A.S. contrario a lo manifestado por el apoderado de Colpensiones, el empleador demandado no controvertió la existencia de un contrato de trabajo entre el 24 de marzo de 1977 y 29 de julio de 1990 el cual se corrobora con la certificación laboral (fl. 35 del archivo denominado *DemandaAnexos* obrante dentro de la carpeta denominada *01DemandaAnexos* del expediente digital) y así fue aceptado en la contestación de la demanda.

Obligación de afiliar al extinto Instituto de Seguros Sociales

El artículo 1º del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios para los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y para los trabajadores que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal, obligación que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina mientras el ISS extendió su cobertura en el territorio nacional, la cual inició el 1º de enero de 1967 con la Resolución 831 de 1966 emanada de la Dirección de ese Instituto, en las jurisdicciones que a esa fecha estaban cubiertas por las Cajas Seccionales del ISS, correspondientes a Antioquia, Cundinamarca, Quindío y Valle y por las oficinas locales de Boyacá, Huila, Manizales y Santa Marta; sin que existiera obligación de afiliación en los sitios en donde no había cobertura y consecuentemente, el reconocimiento de las prestaciones continuaban en cabeza del empleador.

En el sub examine tenemos que en la primera parte de la época en que el demandante prestó sus servicios para la compañía Palmar del Oriente S.A.S., no existía obligatoriedad de afiliación al extinto Instituto de Seguros Sociales en el municipio de Villanueva (Casanare), sino a partir del 1º de abril de 1990; por lo que en principio se podría decir que los tiempos laborados por Patiño Rentería, anteriores al 10 de noviembre de 1981 no son computables para una pensión del sistema general, por cuanto no se estableció una afiliación forzosa y no se podría predicar una omisión atribuible al empleador.

No obstante, los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, dispusieron la obligación de efectuar la provisión de capital necesario para el cumplimiento de los aportes al extinto Instituto de Seguros Sociales en los casos en los que la entidad asumiera la obligación pensional, razón por la que pese a que el llamado de afiliación a la seguridad social se hizo de manera

paulatina y en este caso acaeció hasta el 1º de abril de 1990, ello no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, por cuanto lo único que se prorrogó en el tiempo fue la transferencia de las cotizaciones al ISS.

Sobre el particular es del caso señalar que la jurisprudencia de la Máxima Corporación Laboral en recientes pronunciamientos ha sostenido que “*no por el hecho de haberse omitido la afiliación del trabajador a la seguridad social por falta de cobertura dentro de una determinada zona laboral*”, le resulta válido al empleador beneficiado con tal situación, sustraerse de efectuar los aportes correspondientes, porque tal y como lo sostiene la tesis expuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL41745 de 16 de julio de 2014, donde por mayoría se varió el criterio, al empleador se le impone la obligación de pagar el cálculo actuarial en el periodo en el que no se había subrogado al ISS, que fue lo que aconteció en el sub lite.

Este criterio jurisprudencial es el que se mantiene vigente, verbigracia en la SL7251 del 4 de febrero de 2015 Rad. 45.944 y SL8647 de 1º de julio de 2015 radicado 59027 y además hace parte del consolidado por el máximo órgano de cierre, entre otras, en sentencias de Radicación 33.380 de 7 de octubre de 2008, 42.398 de 20 de marzo de 2013, el cual acoge esta Sala al margen de que en sentencias proferidas con anterioridad, ese órgano judicial se apartó de tal razonamiento y consideró que si no había cobertura del ISS en un determinado municipio, no había obligación del empleador de realizar aportes a pensión a favor de los trabajadores correspondientes y por ende, sólo era procedente imponer esta obligación cuando se viera afectado ostensiblemente el derecho pensional.

En ese orden de ideas, así el llamado a inscripción de la compañía demandada se haya hecho solo hasta el 1º de abril de 1990, debía hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello garantizar su derecho a la seguridad social.

Así las cosas, como quiera que la demandada, en virtud del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 estaba obligada a efectuar los aprovisionamientos respectivos a fin de garantizar las cotizaciones a pensión del señor Patiño Rentería, pese a haber sido llamada a inscripción solo hasta el 1º de abril de 1990, esta Sala de decisión **confirmará** la sentencia impugnada, porque los períodos no cotizados no pueden ser obviados, ni considerarse inútiles y menos se le pueden imponer al trabajador para que vea afectado su futuro derecho a la pensión. Pero de ninguna manera significa la asunción de pensión alguna a cargo del empleador y como es Colpensiones la entidad en donde se encuentra afiliado el demandante, es la que debe realizar el cálculo actuarial y recibir el pago por parte de la empleadora, como bien lo dispuso el juez A quo.

Calculo actuarial que se debe pagar por el empleador sobre la totalidad de la proporción de los aportes que se omitieron, porque un pago solo en el porcentaje que le correspondía al empleador afectaría un eventual derecho pensional del actor y en todo caso el empleador

tampoco demostró que no hizo descuentos por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones al trabajador en ese periodo, único escenario donde estaría obligado el demandante a efectuarlos en su respectiva proporción.

Tiempo de cotizaciones, Régimen de transición y aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005

No se controvierte en esta instancia que el demandante es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues nació el 12 de diciembre del año 1947 (fl. 21 del archivo denominado *DemandaAnexos* obrante dentro de la carpeta denominada *01DemandaAnexos* del expediente digital) luego para su entrada en vigencia contaba con 46 años de edad, además se encontraba afiliado al ISS desde el 1° de diciembre de 1969 (fl. 68 del archivo denominado *DemandaAnexos* obrante dentro de la carpeta denominada *01DemandaAnexos* del expediente digital), beneficio que conservó más allá del 31 de julio de 2010, de conformidad con lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005, ya que para su entrada en vigencia (25/07/2005) había cotizado más de 750 semanas, reuniendo hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha de finalización del régimen de transición **1.045 semanas**, claro está incluyendo el periodo laborado para la empresa Palmar del Oriente S.A.S. y por el cual no efectuó cotizaciones (entre 24 de marzo de 1977 y el 9 de noviembre de 1981), equivalente a 238 semanas (807 reconocidas en Resolución GNR SUB 98247 del 12 de abril de 2018 + 238), cumpliendo así todos los requisitos para obtener la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990 el 12 de diciembre del año 2007.

Disfrute de la pensión

Frente al disfrute de la pensión es importante tener en cuenta el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990¹, el cual indica que solo se puede disfrutar de la pensión reconocida cuando se acredite el retiro del servicio y como consecuencia del régimen general de pensiones. Conforme a la historia laboral expedida por Colpensiones se tiene que el demandante efectuó su última cotización el 30 de junio de 2003 (fl. 53 del archivo denominado *DemandaAnexos* obrante dentro de la carpeta denominada *01DemandaAnexos* del expediente digital) por lo tanto el reconocimiento pensional procede a partir del 12 de diciembre del año 2007 como correctamente dispuso el juez A quo, lo cual conllevara a confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

Liquidación de la pensión

En cuanto a los parámetros para liquidar la pensión debe precisar la Sala que por ser beneficiario del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993², solo

¹ **ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ.** La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.” (Subrayado fuera del texto)

² La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones

la edad y tiempo de servicios se someterá al Acuerdo 049 de 1990, pero la forma de liquidar el IBL es la regulada en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es que *“el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”*. Así se ha reiterado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, cuando adoctrina que el régimen de transición conservó sólo tres elementos de la normatividad que regía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los cuales son la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y el monto de la prestación. Al respecto se puede consultar las sentencias del 17 de octubre de 2008 con radicado No. 33343³ cuyo ponente fue el Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza y la de fecha 1º de marzo de 2011 con radicación No. 40552 con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve⁴.

El demandante cumplió los 60 años de edad en el año 2007, luego para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, por lo tanto el IBL se debe liquidar teniendo en cuenta los aportes de los últimos 10 años, pues no es posible liquidarla incluyendo toda la vida laboral pues tan solo cotizó **1.045** semanas. No obstante, al verificar el reporte de semanas cotizadas, en los últimos 10 años las hizo con un salario mínimo al cual sí se le aplicara una tasa del 75%⁵ obtendría una mesada inicial inferior a tal monto, pero por disposición legal no es posible reconocer pensión por debajo de tal cuantía por lo que se reconocerá la pensión en una mesada inicial de un salario mínimo del año 2007, en catorce mesadas al año pues se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011 con lo cual cumple los presupuestos del Acto Legislativo No 01 de 2005, inciso 8, parágrafo transitorio No 6⁶, ante lo cual se confirmara la sentencia en cuanto a este aspecto.

y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se requerán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (Subrayado por la Sala)

³ “Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión.”

⁴ “Esta interpretación del Tribunal no es correcta, toda vez que el inciso 3º de la norma en comento, no se refiere para nada a quienes les faltaba más de 10 años para adquirir el derecho, sino al contingente de personas que al momento de entrar a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 “les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho”, caso en el cual el ingreso base de liquidación será “el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

En efecto, al ser un hecho indiscutido que para el 1º de abril de 1994, cuando comenzó en vigor la nueva ley de seguridad social, al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, si se tiene en cuenta que la edad de 60 años la cumplió el 25 de mayo de 2004, por haber nacido el mismo día y mes del año 1944, en definitiva el IBL no era posible determinarlo con los parámetros fijados en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la forma que lo hizo el Juez de apelaciones”

⁵ Aplica el porcentaje de parágrafo 2º del Artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

⁶ “...Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento (...)

Parágrafo transitorio 6º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año...”

Descuento aportes a salud

Sea pertinente señalar, que Colpensiones 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 solidaridad⁷, lo cual conllevará a confirmar la sentencia en este aspecto.

Excepción de Prescripción

Frente a la excepción de prescripción concluye la Sala que la exigibilidad de la pensión se produjo el 12 de diciembre del año 2007 cuando cumplió los 60 años de edad, ya que para esa data había reunido la densidad de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez. Y si bien después de tal fecha había solicitado la pensión en varias oportunidades se debe tener en cuenta que prescripción se interrumpe por una única vez y como dentro del término trienal no se interpuso la demanda respectiva, se tendrá como fecha de interrupción la de la presentación de la demanda, lo cual acaeció día 26 de agosto de 2021 (archivo denominado *02ActaReparto* el expediente digital), ante lo cual es evidente que alcanzo a transcurrir el término trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S. y estaría prescritas todas las mesadas causadas con anterioridad al 26 de agosto de 2018, como bien lo declaró la Juez A quo, fecha a partir de la cual se deberá reconocer la pensión en la suma de \$781.242 correspondiente al salario mínimo mensual de esa anualidad. Ante lo cual resulta oportuno aclarar que la obligación de pago de pensión por parte de Colpensiones se hará exigible una vez el empleador Palmar del Oriente S.A.S. pague el cálculo actuarial a su cargo, pues solo hasta esa oportunidad contará con todos los recursos para su financiación como bien lo dispuso el Juez A quo.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada y consultada.

⁷ . Este raciocinio ha sido adocetrinado 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".

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las demandadas Palmar del Oriente S.A.S. y Colpensiones. Fíjense la suma de Un Millón de Pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada demandada y a favor del 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. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de marzo de 2022, 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 las demandadas Palmar del Oriente S.A.S. y Colpensiones. Fíjense la suma de Un Millón de Pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada demandada y a favor del 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 ANATILDE CORTES DE TORRES CONTRA COLPENSIONES Rad. 2018 00210 01 Juz 26.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de julio 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

ANATILDE CORTES DE TORRES demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 199 del archivo denominado *001Expediente201800210* del expediente digital.

- Restablecimiento del pago de la pensión de vejez reconocida mediante la Resolución GNR 362918 del 13 de octubre de 2014.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Uso de facultades Ultra y Extra Petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 200 a 201 del archivo denominado *001Expediente201800210* del expediente digital.

Mediante la Resolución GNR 362918 del 13 de octubre de 2014 Colpensiones le reconoció la pensión de vejez en cuantía inicial de un salario mínimo legal, no obstante le suspendió su pago mediante la Resolución SUB 95916 del 13 de junio de 2017 sustentado en unas supuestas inconsistencias en la historia laboral, contra esta ultima decisión interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación los cuales fueron negados confirmando la decisión impugnada, decisiones que no le fueron notificadas formalmente. Tal revocatoria le ha generado múltiples perjuicios pues no pudo seguir cumpliendo con sus obligaciones crediticias, así como tampoco costear los quebrantos de salud que padece. Ante la vulneración de sus derechos fundamentales interpuso acción de tutela la cual fue concedida por el Juzgado 22 Administrativo quien en fallo del 22 de octubre de 2017 ordenó el restablecimiento del pago de la pensión de forma inmediata, decisión que fue confirmada mediante sentencia del 12 de diciembre de la misma anualidad por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tutela que

se concedió de manera provisional ordenando a la demandante acudir en un plazo máximo de 4 meses a instaurar acción de nulidad y restablecimiento y solicitar las medidas provisionales ordenadas en el fallo de tutela, la cual al ser impetrada fue rechazada por competencia por el Juzgado 57 Administrativo para que fuera conocida por los Juzgados Laborales, después de tales hechos Colpensiones de manera arbitraria volvió a suspenderle el pago de la pensión en el mes de mayo de 2018.

Actuación Procesal

Mediante auto del 15 de enero de 2020 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada COLPENSIONES, quien contestó como aparece a folios 241 a 249 del archivo denominado *001Expediente201800210* 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 absolver a la demandada. Llegó a tal conclusión luego de establecer que fue correcta la decisión de Colpensiones de revocar el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante pues tal decisión se debió a que no eran valederas las cotizaciones efectuadas con la empresa Helados Alba Ltda en el periodo comprendido entre el 17 de enero de 1971 y 30 de diciembre de 1973 equivalente a 154 semanas, periodos que fueron ingresados de manera irregular a la historia laboral de la demandante y como quiera que la parte actora no logró demostrar que en efecto presto servicios en ese lapso se concluye que sin esas semanas no cumple los requisitos para obtener la pensión conforme el Acuerdo 049 de 1990 así como tampoco los establecidos por la Ley 797 de 2003 pues reúne 1074 semanas en toda vida laboral.

Recurso de Apelación

El apoderado de la **demandante** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia ya que la parte demandada nunca logro demostrar que fue la demandante quien modificó su historia laboral. Agrega que esa parte no esta obligada a lo imposible que es demostrar que en efecto laboró a favor de sus empleadores, más cuando era carga de la demandada tener en sus archivos la relación de todos los periodos laborados por la demandante.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 06AlegatosDte.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 determinar si a la demandante le asiste el derecho al restablecimiento del pago de la pensión de vejez reconocida mediante la Resolución GNR 362918 del 13 de octubre de 2014.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de documental de fecha 16 de agosto de 2017 obrante a folios 71 a 83 del archivo denominado *001Expediente201800210* del expediente digital, mediante el cual la demandante interpone los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución SUB 95916 del 13 de junio de 2017 solicitando el restablecimiento del pago de la pensión de vejez reconocida mediante la Resolución GNR 362918 del 13 de octubre de 2014, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Viabilidad del restablecimiento de la pensión de vejez a la demandante

No es tema de controversia que Colpensiones mediante la Resolución GNR 362918 del 13 de octubre de 2014 le reconoció a la demandante la pensión de vejez a partir del 1º de octubre de esa misma anualidad en cuantía inicial de \$616.000, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, para lo cual tuvo en cuenta 1.143 semanas cotizadas con diferentes empleadores entre el 19 de noviembre de 1969 y el 31 de julio de 2014 (fls. 37 a 47 del archivo denominado *001Expediente201800210* del expediente digital).

Así mismo tampoco se discute que mediante la Resolución DIR 7253 del 5 de junio de 2017 se le revocó a Anatilde Cortes De Torres el reconocimiento de la pensión efectuado mediante Resolución GNR 362918 del 13 de octubre de 2014, con fundamento en que después de efectuar una investigación administrativa se concluyó que tal reconocimiento se hizo bajo una situación indebida, pues se incluyó en forma irregular información en las bases de datos de esa entidad, indicando al respecto lo siguiente:

"De acuerdo con el acervo probatorio, es necesario acotar, que sin existir una solicitud de corrección de historia laboral por parte de la señora ANATILDE CORTES de TORRES en lo que respecta al periodo comprendido entre enero de 1971 y diciembre de 1973, de la Gerencia Nacional de Operaciones efectuó correcciones injustificadas en la historia laboral tradicional de la señora ANATILDE CORTES de TORRES el día 11 de julio de 2014, consistente en ampliar la historia laboral tradicional con el patronal N°01002000419 que corresponde a HELADOS ALBA LTDA el cual registra cotización desde el 19 de noviembre de 1969 hasta el 16 de enero de 1971 de acuerdo a la validación realizada en los soportes microfilmados, creando sin soporte el cambio de salario al 01 de enero de 1973 y creando la fecha de retiro al 30 de diciembre de 1973.

Lo descrito anteriormente no existía en la historia laboral de la señora ANATILDE CORTES de TORRES, tal como se evidencia en los registros del 12 al 17 del log de auditoría del aplicativo de historia laboral tradicional, adjudicándole sin explicación alguna un total de 154 semanas al periodo tradicional (1967 — 1994).

(...)

Comienza este Despacho por señalar, que la modificación efectuada a la historia laboral no tuvo como causa ninguna solicitud de la usuaria o requerimiento de alguna autoridad u órgano de control, motivo por el cual se afirma sin ninguna duda que la Gerencia Nacional de Operaciones ingresó abusivamente y en forma ilícita al aplicativo de Historia Laboral Tradicional consistente en crear el periodo de cotización con el patronal N°01002000419 que corresponde a HELADOS ALBA LTDA desde el 17 de enero de 1971 al 30 de diciembre de 1973, tal como se evidencia en los registros del 12 al 17 del log de auditoría del aplicativo de historia laboral tradicional, adjudicándole un total de 154 semanas, generando de esta manera la creación en las semanas en la historia laboral de la señora ANATILDE CORTES de TORRES.”

Decisión en la cual adicionalmente argumentó que al ser irregulares las 154 semanas reportadas entre el periodo comprendido entre el 17 de enero de 1971 al 30 de diciembre de 1973 la actora acredita en toda su vida laboral 1.065 semanas, con las cuales no cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 pues no conservó el régimen de transición en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005 así como tampoco con los exigidos en la Ley 797 de 2003. (Archivo denominado *GEN-REQ-IN-2014_6212887-20191015114049* obrante dentro de la carpeta denominado *002ExpedienteAdministrativoCC41376370* del expediente digital).

Al respecto es claro para la Sala y contrario a lo manifestado por el apoderado de la parte demandante que era su deber demostrar que la señora Anatilde Cortes De Torres laboró para HELADOS ALBA LTDA desde el 17 de enero de 1971 hasta el 30 de diciembre de 1973, pues la entidad demanda ha sido enfática en manifestar que dentro de sus archivos no encontró ningún indicio que en efecto prestó esos servicios, sin que sea posible darle validez a tales periodos por la simple manifestación de la parte actora, pues era su carga si quiera demostrar la duración del vínculo laboral, para poder extraer la obligación de la entidad demandada de validar esos aportes, para lo cual no solo podía recurrir a pruebas documentales, ya que la parte actora pudo haberse valido de diferentes medios probatorios entre estos los testimoniales para acreditar el vínculo alegado.

Por otro lado tampoco puede dársele validez a esos aportes por el hecho de que Colpensiones no hubiera demostrado que la actora propicio la adulteración de su historia laboral, pues el hecho es, que según las investigaciones efectuadas por Colpensiones concluyó que el día 11 de julio de 2014 alguien de una dependencia de esa entidad específicamente de la Gerencia Nacional de Operaciones efectuó correcciones injustificadas en la historia laboral de la

demandante, acto irregular que al ser incontrastable no puede ser constitutivo de derecho alguno a favor de Anatilde Cortes De Torres.

Así las cosas, como es claro y no se controvierte que las 1.065 semanas a las cuales le da validez Colpensiones, son insuficientes para cumplir con los requisitos legales para la obtención de la pensión de vejez por parte de Anatilde Cortes De Torres, es la razón por la cual se confirmara en su totalidad la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Un Millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

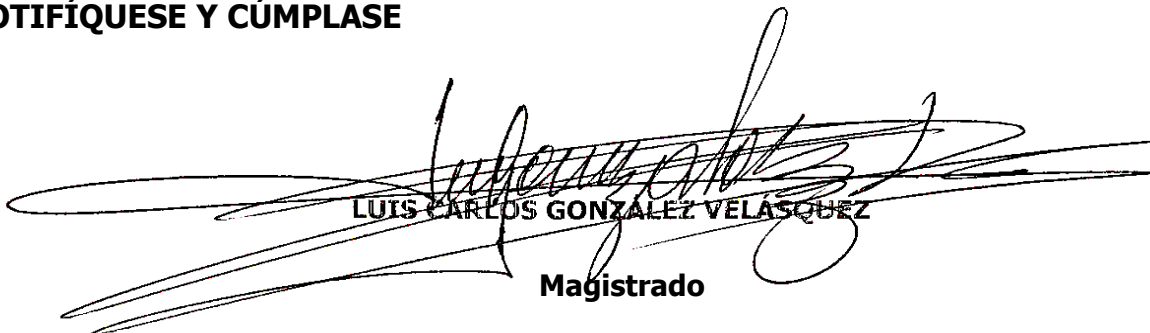
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Un Millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

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 MISAEL FERNANDO URIBE GÓMEZ Y OTROS CONTRA BOGOTÁ D.C. Rad. 2018 00583 02 Juz 26.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de julio 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

MISAEL FERNANDO URIBE GÓMEZ, DORA LUCY GIL CÁRDENAS y ANGEE TATIANA URIBE GIL demandaron a **BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 8 a 9 del archivo denominado *001Expediente201800583* del expediente digital.

- Declaratoria de contrato de trabajo a término indefinido entre el 23 de septiembre de 2013 y el 23 de marzo de 2016.
- Prestaciones Sociales y vacaciones.
- Prima de vacaciones.
- Aportes a Seguridad Social
- Indemnización moratoria.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Sanción por no consignación de cesantías.
- Aportes a las entidades del sistema general de seguridad social.
- Responsabilidad del empleador en el accidente de trabajo.
- Perjuicios materiales.
- Perjuicios morales.
- Ultra y extra petita.
- Costas y agencias.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 66 a 69 del archivo denominado *001Expediente201800583* del expediente digital.

Ingresó a laborar para la Secretaria Distrital de Integración Social de Bogotá desde el 23 de septiembre de 2013 hasta el 26 de marzo de 2016, en el cargo de Técnico de

Apoyo, pero la prestación del servicio se dio en virtud de múltiples contratos de prestación de servicios. Cumplió un horario, estuvo subordinado, recibía órdenes y la labor ejecutada era igualmente realizada por los trabajadores de planta. Devengó como último salario \$2.202.000. En cumplimiento de sus obligaciones a finales del año 2015 tuvo que prestar sus servicios en el municipio de Melgar-Tolima en un predio de la demandada donde estaba ubicado el Centro de Apoyo al Adulto Mayor, estando en tales labores sufrió un accidente de trabajo el 21 de diciembre de 2015 cuando tuvo una caída de un andamio que se quebró, ocasionándole un corte en el antebrazo y en la muñeca de la mano derecha que le generó lesiones en el nervio cubital y heridas en el antebrazo que han sido tratadas con procedimiento medico quirúrgicos y terapias físicas a las cuales seguía asistiendo para el momento de presentación de la demanda, patologías que le generaron una pérdida de capacidad laboral del 15.95% según dictamen de la ARL. Su compañera permanente Dora Lucy Gil Cárdenas y su hija Angee Tatiana Uribe Gil han sufrido angustia y dolor por la situación del demandante ya que sus lesiones han afectado el desarrollo normal de su vida. Según el informe del accidente de trabajo realizado por la ARL Positiva la causa del accidente fue el deterioro del andamio sobre el cual el demandante realizaba sus labores, lo cual fue propiciado por la omisión del Distrito Capital en la verificación del estado de esos elementos de trabajo, así como la falta de vigilancia y capacitación del demandante en el desempeño de tales labores. El 23 de julio de 2018 presentó reclamación administrativa, la cual fue resuelta en oficio No. 12000.

Actuación Procesal

Mediante auto del 11 de abril de 2019 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada, BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL contestó como aparece a folios 138 a 168 del archivo denominado *001Expediente201800583* del expediente digital.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado condenó a BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL a pagar al demandante MISAELE FERNANDO URIBE GÓMEZ los siguientes valores:

- \$6.116.614 por cesantías.
- \$732.888 por vacaciones.
- \$732.880 por prima de vacaciones.
- \$2.892.683 por prima de navidad.
- \$30 SMMLV por perjuicios morales.
- \$40.297.357 por lucro cesante consolidado.

- \$107.740.034 por lucro cesante futuro.
- Aportes a seguridad social en pensiones en la proporción que le correspondía como empleador.

Y a favor de las demandantes DORA LUCY GIL CÁRDENAS Y ANGEE TATIANA URIBE GIL el valor correspondiente a 10 SMMLV para cada una por perjuicios morales.

Llegó a tal decisión luego de establecer que se demostró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante Misael Fernando Uribe Gómez y BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL en el periodo comprendido entre el 23 de septiembre de 2013 y el 23 de marzo de 2016, porque con la prueba testimonial y demás material probatorio se acreditaron los elementos de continua subordinación y dependencia, además de los demás elementos del contrato de trabajo que consagra el Decreto 2127 de 1945. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción frente algunos derechos causados con anterioridad al 23 de julio de 2013. Así mismo consideró que existió culpa del empleador en el accidente sufrido por el demandante el 21 de diciembre de 2015 y que le ocasionó una pérdida de capacidad laboral 15.95%, pues no se demostró que la empresa tomó las medidas de prevención suficientes para evitar el accidente, que suministró al actor los elementos de protección que evitaran su ocurrencia o que lo capacitó para evitarlo, ante lo cual debe responder por los perjuicios causados al actor en su salud, los cuales liquidó teniendo en cuenta la PCL establecida por la ARL y según la expectativa de vida, consideró que también procede el pago de perjuicios morales pues las lesiones sufridas por el demandante le ocasionaron una afectación a su estado de ánimo, así como a las demás demandantes como esposa e hija del trabajador.

Recurso de Apelación

La apoderada de la **demandada** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia alegando que no se probaron todos los elementos constitutivos de una relación de trabajo de conformidad con el artículo 23 del C.S.T., ya que si bien se logró acreditar una prestación personal del servicio y una retribución, no se sucedió lo mismo con el requisito de la subordinación y por el contrario uno de los testigos da fe que los elementos que utilizaba el demandante en la ejecución de las labores eran de su propiedad, agregó que lo que eventualmente se presentó fue una vigilancia o supervisión del contrato de prestación de servicios por parte de los ingenieros y arquitectos que estaban encargados de la ejecución de las obras civiles. Agrega que en todo caso solo prestaba sus servicios para reparaciones locativas que no son del normal desarrollo o de las funciones propias designadas por la ley y los reglamentos a esta entidad pública. El demandante tenía pleno conocimiento de la naturaleza del contrato suscrito con esa entidad pues presentaba las cuentas de cobro y contrató las

pólizas de cumplimiento respectivas. Ante inexistencia del contrato de trabajo no proceden las condenas derivadas de su declaratoria. Alega frente a la culpa patronal que como quiera que esa entidad no ostentaba la calidad de empleador del demandante esa fue la razón por la cual no se le suministraron los elementos adecuados ni se proporcionó capacitación, pues como contratista tenía la obligación de adquirir lo necesario y capacitarse sin que en todo caso resultara necesario el curso de alturas pues para el ejercicio de sus labores contratadas no lo requería. Finaliza argumentando que tampoco se demostró la causación de los perjuicios materiales y morales a los cuales se está condenando.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes no presentaron alegatos.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con el punto expuesto 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 la naturaleza jurídica del vínculo que unió a las partes, así como la causación los perjuicios a los cuales se está condenando a la demandada.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 49 a 57 del archivo denominado 001Expediente201800583 del expediente digital, contentiva de la petición del 23 de julio de 2018 en la que solicita el pago de las prestaciones sociales legales e indemnización por perjuicios, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Existencia del Contrato de Trabajo

El demandante afirma existió con la demandada un contrato de trabajo, desde el 23 de septiembre de 2013 y el 23 de marzo de 2016 y que el cargo desempeñado fue el de Técnico de Apoyo, razón por la que será ese el objeto inicial del proceso, esto es, determinar la naturaleza jurídica de la relación que los vinculó.

Al paginarlo se aportó certificación expedida por la demandada respecto de las fechas de duración de los contratos y valor de los mismos (archivo denominado *Certificacion*

Contratos SDIS contenido dentro de la carpeta denominada *002CDFolio154* del expediente digital) y copias de los contratos, denominados "*Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión*" suscritos entre las partes (contenidos dentro de la carpeta denominada *002CDFolio154* del expediente digital) en los cuales se evidencia como objeto; "*prestar servicios de apoyo a la subdirección de plantas físicas en la ejecución de obras tradicionales y no convencionales, en el mantenimiento, las reparaciones y/o adecuaciones de las unidades operativas que prestan los servicios de la secretaria distrital de integración social*" así mismo se verifican las funciones que tenía el demandante, entre las que se encuentran las siguientes:

- Apoyar a la Subdirección de Plantas Físicas en las labores de mantenimiento que realicen operarios técnicos ejecutando trabajos de: carpintería, pintura, plomería instalaciones eléctricas, cerrajerías y reparaciones menores de albañilería que se requieren en los diferentes centros y sedes de la Secretaria Distrital de Integración Social.
- Apoyar a la Subdirección de Plantas Físicas en las actividades del grupo de mantenimiento en la atención oportuna de las solicitudes de reparaciones locativas y obras menores que se requieren en los diferentes centros y sedes de la Secretaria Distrital de Integración Social.
- Apoyar a la Subdirección de Plantas Físicas en realizar de forma correcta, ágil y oportuna las labores de mantenimiento que se requieren en los diferentes centros y sedes de la Secretaria Distrital de Integración Social.
- Apoyar a la Subdirección de Plantas Físicas en realizar adecuaciones menores a los inmuebles que son necesarios arrendar y en general del mantenimiento preventivo y correctivo de los inmuebles que sirven de apoyo a las funciones que realiza el área de mantenimiento de manera, correcta, ágil y oportuna que se requieren en los diferentes centros y sedes de la Secretaria Distrital de Integración Social.
- Encontrarse disponible las 24 horas del día en caso de emergencia en alguno de los equipamientos.
- Las demás que el subdirector de plantas físicas o el supervisor de apoyo le señale dentro del objeto contractual.

De conformidad con lo anotado se tiene que en principio la relación jurídica se limitó a varios contratos estatales de prestación de servicios. No obstante, por vía Jurisprudencial se ha decantado la posibilidad de dejar sin efecto la presunción legal del numeral 3º del art. 32 de la Ley 80 de 1993, siempre que el peticionante acredite la existencia de los tres elementos integrantes del contrato de trabajo.

Valoración del Material Probatorio

Las funciones para las cuales fue contratado el demandante, según las documentales y testimonios recibidos fueron eminentemente subordinadas, pues debía cumplir las directrices que le indicaba el superior jerárquico bajo la permanente supervisión y acatando siempre precisas instrucciones. Vale decir, se trata de una actividad subordinada.

Para la Sala, la realidad en el desarrollo de las labores cumplidas por el actor es que confluyen dos factores fundamentales; la subordinación y la continuidad en la prestación del servicio. A lo largo del proceso se recibió el testimonio de RAFAEL ANTONIO NOMESQUI OSORIO y JOSÉ EVANGELINO QUINTERO quienes fueron enfáticos en afirmar que el demandante ejercía labores de mantenimiento en donde dispusiera la entidad demandada, como estucar, pintar, enchapar, pañetar paredes o echando pisos, recibía órdenes de los ingenieros o arquitectos que tenían a cargo las obras, cumplía el horario de lunes a viernes y algunos fines de semana, tenían que registrarse al ingresar y salir de las obras, actividades para las cuales no tenían autonomía porque eran los jefes quienes decidían cómo y en donde tenían que hacer tales actividades. Testimonios que fueron contestes y no se evidencia en sus manifestaciones parcialidad alguna, a pesar de cómo lo indicó la apoderada de la demandada uno de ellos también presentó demanda en contra la misma parte pasiva, pues en todo caso como compañeros de labores del actor conocieron de primera mano las condiciones en que prestó sus servicios.

Los argumentos anteriores permiten inferir el elemento esencial de continuada subordinación y dependencia del accionante frente a la demandada, puesto que se le exigía el cumplimiento de un horario en las obras que ejecutaran, el seguimiento de las directrices fijadas por los superiores y la permanente disposición en la prestación del servicio, componentes que sin duda alguna se salen de la órbita del contrato de prestación de servicios caracterizado precisamente por la autonomía técnica y administrativa y la liberalidad en su ejecución.

Así las cosas, la realidad sobre la forma como se ejecutaron esos acuerdos, llevan a deducir inexorablemente que en este caso estamos en presencia de un verdadero contrato de trabajo regulado en el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945 y ante la presunción contenida en el artículo 20 de la mencionada codificación que dispone: *"El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción"*. Y pese a ser tal presunción desvirtuable, no obran elementos de convicción que indiquen que la relación de trabajo sostenida entre el accionante y la Secretaria Distrital de Integración Social obedeciera a otro tipo de contratación diferente a la laboral.

Sin que sirva para desvirtuar la presunción el hecho de que uno de los testigos reconociera que algunas de las herramientas empleadas por el actor eran de su propiedad, pues en todo caso los demás elementos esenciales para poder cumplir las funciones encomendadas eran suministrados por la demandada o el hecho de que las labores que ejecutaba el actor no fueran propias del objeto misional de la secretaria distrital demandada, pues precisamente por el hecho de ser labores de "*sostenimiento de obras públicas*" son las que conforme el artículo 125 del Decreto 1421 de 1993¹ le otorgan la calidad de trabajador oficial al demandante, así mismo tampoco sirve para tal fin el hecho de que el actor presentara cuentas de cobro y/o contratara pólizas de cumplimiento, pues tales documentos se constituían en una exigencia para el pago de salarios y su cumplimiento de manera alguna se constituye en una eliminación de los elementos del contrato de trabajo que se demostró que existía entre las partes, todo lo cual conllevará a **confirmar** la sentencia apelada frente a la declaratoria del contrato de trabajo, así como también se hará frente a las condenas proferidas por concepto de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, pues frente a los mismos no se planteó de manera concreta alguna inconformidad en el recurso de apelación.

Claro lo anterior y al ser inobjetable la existencia de un contrato de trabajo entre las partes se procederá a analizar las demás condenas derivadas de la culpa que le imputa la parte actora a su empleador.

Accidente de trabajo

Al respecto lo primero que encuentra la Sala es que no se cuestiona la ocurrencia del accidente de trabajo el día 21 de diciembre de 2015, el cual ocurrió cuando el demandante estando pintando las paredes de un baño sobre un andamio, el tablón del mismo se rompe y él cae sobre un lavamanos que al despedazarse le causa cortes en el antebrazo y la muñeca de la mano derecha. Así se corrobora con el informe del accidente (fl. 46 del archivo denominado *001Expediente201800583* del expediente digital), evento que le generó múltiples lesiones entre las cuales se encuentra lesión parcial del flexor carpi ulnaris derecho y lesión severa del nervio cubital derecho, ocasionándole una pérdida de capacidad laboral valorada por la ARL Positiva en 15.95% con fecha de

¹ ARTÍCULO 125. Empleados y trabajadores. Los servidores públicos vinculados a la administración tienen el carácter de empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y el sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Los servidores de los establecimientos públicos y de los entes universitarios autónomos también son empleados públicos. En sus estatutos se precisarán las actividades que deben ser desempeñadas por trabajadores oficiales, de acuerdo con el anterior inciso.

Las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales son empleados públicos o trabajadores oficiales. En los estatutos de dichas entidades se precisarán cuáles servidores tienen una u otra calidad.

Los servidores de las sociedades de economía mixta, no sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, se registrarán por el derecho privado.

estructuración 29 de agosto de 2016 y de origen Accidente Laboral (fls. 33 a 44 del archivo denominado *001Expediente201800583* del expediente digital).

Indemnización Plena y Ordinaria de Perjuicios

Para condenar al pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, es necesario que se declare la CULPA DEL EMPLEADOR en el accidente de trabajo, la cual debe ser demostrada por el trabajador, a quien le corresponde probar alguno de los factores generadores de culpa: imprudencia, impericia, negligencia o violación de una norma legal, por tratarse de una responsabilidad subjetiva y no objetiva.

Es esta responsabilidad por culpa patronal la que busca endilgarle la parte actora al empleador, cuando afirma que las lesiones que sufrió se generaron por culpa de la demandada, pues el accidente (cortes en el antebrazo y la muñeca de la mano derecha al caerse de un andamio por rompimiento del tablón) se dio porque el empleador no tomo las medidas de prevención necesarias y suficientes para evitar la ocurrencia del accidente, además de que no lo capacitó suficientemente para la ejecución de tales labores.

Considerado así el asunto, es preciso retomar el contenido del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, que establece:

"Culpa del patrono. Cuando exista culpa suficiente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo".

A esto se añade que para que surja la obligación de la indemnización por los perjuicios derivados del accidente, hay que demostrar por parte de quien la alega, que se constituyó una culpa suficientemente comprobada del patrono. En este evento, debe el trabajador *demostrar la culpa patronal que se deduce cuando los hechos muestran que el empleador faltó a aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*², en tanto que al empleador le corresponde probar que está exento de responsabilidad por cuanto obró con la diligencia y cuidado debidos.

Para el caso que nos ocupa, debe resaltar la Sala que la parte demandada frente a la culpa imputada solo se limita a afirmar que como quiera que esa entidad no ostentaba la calidad de empleador del demandante esa fue la razón por la cual no se le suministraron los elementos adecuados ni se proporcionó capacitación, pues como

² CSJ. Cas. Laboral, Sent. abril 10 de 1975, reiterada en sentencia de 26 de febrero de 2004 radicado 22175 y sentencia de 22 de abril de 2008 radicado 31076.

contratista tenía la obligación de adquirir lo necesario y capacitarse, argumento que no resulta admisible pues por el contrario al demostrarse que en realidad el vínculo que existió entre las partes fue el de un contrato de trabajo era obligación de la demandada cumplir con las obligaciones que como empleador le correspondía y en todo caso admitir tal argumentación sería premiar la clara intención de la demandada de querer ocultar la verdadera naturaleza del vínculo laboral. Culpa que en todo caso se demostró dentro del presente asunto pues según la investigación del accidente de trabajo efectuada por la ARL Positiva (fls. 2 a 7 del archivo denominado *2017_SAL_22280* contenido dentro de la carpeta denominada *002CDFolio154* del expediente digital) y de los testimonios recaudados es claro que la entidad demandada no verificó y/o certificó el buen estado de los elementos suministrados al actor para ejecutar sus labores específicamente del planchón utilizado en el andamio del cual Uribe Gómez sufrió la caída que le originó las lesiones ya referenciadas, además de que fue negligente en la aplicación y vigilancia del cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, todo lo cual llevara a la confirmar la sentencia apelada en cuanto este aspecto.

Causación de perjuicios

Frente a este aspecto es preciso indicar que contrario a lo manifestado por la apoderada de la demandada, la parte actora logró acreditar los perjuicios por los cuales se profirió condena y esto es así puesto que en el presente asunto es claro el nexo causal entre accidente de trabajo sufrido el 21 de diciembre de 2015 y las lesiones que sufrió, las cuales como ya se advirtió le generaron al actor una pérdida de capacidad laboral equivalente al 15.95% disminución que claramente se constituye en un perjuicio para el actor pues según el Decreto 1507 de 2014 equivale a una incapacidad permanente parcial que afectara su desempeño laboral durante toda su vida e impedirá desempeñarse a plenitud en sus labores y/o perder la oportunidad ejercer ciertas actividades y por tanto es indemnizable. Así lo ha considerado de manera reitera la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos para lo cual se puede consultar la sentencia con radicado No. 43203 del 6 de septiembre de 2012 con ponencia del Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez³, reiterada en la SL 7513-2016 del 8 de junio de

³ “Para la Sala, la precitada prueba contiene aspectos determinantes para establecer el lucro cesante, es decir, la fecha de nacimiento del demandante y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, que debieron ser tenidos en cuenta por el juez colegiado para establecer el lucro cesante.

A su vez, cabe señalar, que el apoderado del demandante, mediante oficio radicado en esta Corte el 24 de mayo de 2012, allegó copia del formulario de dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, de fecha 30 de julio de 2010, Número 7222010, así como del dictamen número 912858 del 27 de abril de 2011, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, donde al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el dictamen proferido por la Junta Regional, modifica el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, fijándolo en 39.75, dictámenes que no fueron decretados como prueba, ni por el juez de primera instancia ni por el Ad quem”

2016 con Radicado No. 45.997 cuyo magistrado ponente fue el Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz⁴, lo cual conllevará a confirmar la sentencia en este aspecto.

Perjuicios morales

Frente a la causación de los perjuicios morales se recuerda que de antaño la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema ha explicado la gran dificultad para hacer una valoración del daño moral, ante lo cual se ha precisado que es el Juez quien a su arbitrio debe hacer una prudente estimación de su valor, pues en principio no puede ser evaluado monetariamente el precio del dolor, lo cual no obsta para que el juez pueda valorarlos pecuniariamente según su criterio. En este caso estima la Sala que por las secuelas que le dejó al accidente de trabajo al actor y la pérdida de capacidad laboral equivalente a 15.95% resulta evidente que el episodio laboral le generó perjuicios morales, “pretium doloris”, el cual evidentemente se ha visto afectado por la disminución de su capacidad laboral y su imposibilidad de reintegrarse a laborar normalmente, perjuicios que también fueron padecidos por su núcleo familiar conformado por la su compañera permanente e hija quienes obran como demandantes y les fue reconocido indemnización por este concepto, criterio que se plasmó en múltiples sentencias entre las que se puede consultar la de fecha 19 de julio de 2005 con Radicación 24.221 cuyo ponente fue el Dr. Camilo Tarquino Gallego, reiterado en la del 16 de octubre de 2013 SL 887-2013 con radicación N° 42433 cuyo ponente fue el Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve⁵.

⁴ “No obstante lo anterior, la razón no está de lado del recurrente, en tanto que el ad quem, en este caso, sí tuvo justificación para no aplicar los efectos del artículo 216 del CST, puesto que los elementos fácticos que fueron extraídos por el juzgador del acervo probatorio para efectos de establecer la enfermedad profesional sufrida por la actora y la culpa del empleador en su ocurrencia no son suficientes para calcular el lucro cesante, toda vez que, sin perjuicio de que el juez colegiado hubiese tomado como fecha de estructuración de la enfermedad profesional la establecida por la EPS SALUDCOOP, 7 de marzo de 2005, en el concepto emitido el 18 de agosto de 2005, lo cierto es que, en dicha oportunidad, esa entidad no cuantificó la pérdida de capacidad de trabajo, pues, como lo dijo el mismo juzgador de segundo grado, esta solo fue determinada por la ARP SURATEP, en un 14.24%, pero con fecha de estructuración 24 de mayo de 2007.

Así las cosas, no se tiene la certeza de cuánta capacidad laboral había perdido la actora para laborar, al momento de la terminación del contrato de trabajo, lo que sucedió el 26 de julio de 2006, comoquiera que tal información solo fue concretada posteriormente, y no se sabe la magnitud del daño a reparar al momento de la terminación de la relación laboral que vinculó a las partes, sin que pueda tomarse el 14.21% establecido por la ARP, dado que, entre la fecha de retiro de la actora y la fecha de estructuración de este porcentaje, transcurrió aproximadamente un año, tiempo en que se desconocen las actividades que esta desarrolló, de tal suerte que no se puede establecer el nexo causal entre esta pérdida de capacidad laboral y la culpa del empleador a la terminación del contrato, necesario para calcular hasta qué debe responder la empresa por su culpa.

Igual razonamiento cabe para liquidar los perjuicios morales, dado que estos, en todo caso, han de ser proporcionales al daño sufrido por la extrabajadora, cuya delimitación debe hacerse con base en el monto de la pérdida de la capacidad laboral, en vigencia del contrato de trabajo, lo cual no se dio en el sublite, según quedó atrás expuesto.”

⁵ “De lo anterior, deduce la Corte Suprema de Justicia que el Tribunal también se equivocó al exigir prueba de los daños morales, pues desde hace muchas décadas ha sido constante la jurisprudencia de la Corporación acerca de que los perjuicios morales derivados de un accidente de trabajo en el que se produce la muerte del colaborador, en principio no hay necesidad de probarlos, pues incuestionablemente la pérdida de un ser querido ocasiona naturalmente en sus deudos un dolor y una aflicción que están dentro de sus esferas íntimas. De ahí que igualmente se ha sostenido invariablemente que su tasación queda al prudente arbitrio del juzgador, ya que se trata de un daño que no puede ser evaluado monetariamente, por ser imposible determinar cuál es el precio del dolor, lo que no obsta, sin embargo, para que el juez pueda valorarlos pecuniariamente según su criterio, partiendo precisamente de la existencia del dolor”

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada. Fíjense la suma de Un Millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

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. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada. Fíjense la suma de Un Millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

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 JUAN CAMILO PERDOMO DUARTE
CONTRA SAINET INGENIERÍA LTDA Y FREDDY ALFONSO SANABRIA ORTIZ
Rad. 2020 00050 01 Juz 37.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de julio 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

JUAN CAMILO PERDOMO DUARTE demandó a **SAINET INGENIERÍA LTDA** y solidariamente a **FREDDY ALFONSO SANABRIA ORTIZ** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 4 del expediente.

- Indemnización por despido sin justa causa.
- Reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones.
- Sanción por no consignación de las cesantías.
- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.
- Ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 1 a 3 del expediente.

Existió con la empresa demandada un contrato de trabajo vigente entre el 04 de julio de 2017 y el 19 de noviembre de 2019 en virtud del cual desempeño el cargo de Consultor de Marketing Digital, el cual fue finalizado por el empleador sin justa causa. Tenía como funciones principales entre otras las de atender a los potenciales clientes que llamaban o llegaban a la oficina en busca de asesoría y/o desplazarse a atenderlos, diseñar los estudios de marketing digital para enviar las propuestas de prestación de servicios y realizar acompañamiento en el proceso de firma del contrato. Comenzó devengando como salario un \$1.200.000 más un auxilio de transporte de \$250.000 más una suma variable por concepto de comisiones por ventas, lo cual fue incrementado a partir del 1º de enero del año 2019 a la suma de \$1.272.000 más \$265.000 por auxilio de transporte más comisiones, finalmente a partir del 1º de

octubre de 2019 y hasta la finalización del contrato devengó la suma de \$1.720.000 más comisiones. No obstante, las comisiones se excluyeron como factor salarial. El día 19 de noviembre de 2019 fue citado a diligencia de descargos fecha para la cual la demandada ya había tomado la determinación de finalizarle el contrato. El día 20 de noviembre de 2019 le fue entregada carta comunicándole la decisión de dar por terminado el contrato no obstante el día anterior ya le había sido comunicada tal decisión por medio de la aplicación Hangouts por medio del representante legal de la empresa Freddy Alfonso Sanabria Ortiz sin la realización del procedimiento disciplinario.

Actuación Procesal

Mediante auto del 5 de marzo de 2020 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a los demandados, **SAINET INGENIERÍA LTDA** y **FREDDY ALFONSO SANABRIA ORTIZ** contestaron como aparece a folios 146 a 151 del expediente.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso condenar a SAINET INGENIERÍA LTDA y en forma solidaria a FREDDY ALFONSO SANABRIA ORTIZ a pagar al demandante los siguientes valores:

- \$3.306.432,37 por indemnización por despido sin justa causa.
- \$1.455.523,90 por reliquidación de prestaciones lo cual se deberá pagar debidamente indexado.

Llegó a tal decisión luego de establecer que si bien la empresa demandada formalmente no le entregó una carta de terminación del contrato al actor era clara la intención de dar por finalizado el contrato de trabajo por unas causales específicas esto es; el maltrato de actor hacia los clientes y el no cumplimiento de las metas, las cuales concluyó de la contestación a la demanda, la citación a descargos y la carta presentada por el actor el 19 de noviembre en el cual manifiesta su inconformidad con la terminación del contrato, causales que al estudiarlas concluye que no se demostró que se constituyeron como justas causas para la terminación del contrato. Consideró que el acuerdo de desalarización suscrito entre las partes no resulta valedero porque conforme la jurisprudencia las comisiones hacen parte del salario y por tanto debieron ser incluidas para liquidar las prestaciones sociales y vacaciones. Consideró que no procede el pago de sanción moratoria por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria puesto que no se demostró que la empresa actuó de mala fe ya que procedió conforme los acuerdos a que habían llegado con el demandante. Accedió a condenar de forma

solidaria a Freddy Alfonso Sanabria Ortiz pues se demostró que es socio de la empresa demandada.

Recurso de Apelación

El apoderado de la **demandante** interpuso recurso de apelación solicitando se acceda a la indemnización moratoria ya que es evidente que no actuó de buena fe y no se puede tener como justificación para el no pago correcto de las prestaciones sociales el hecho de que consideraba que lo hacía de manera correcta conforme el contrato de trabajo y que no hay ningún acto del empleador tendiente al pago completo de las prestaciones sociales además de que hubo una incorrecta consignación de las cesantías.

El apoderado de los **demandados** interpuso recurso de apelación solicitando se revoquen las condenas proferidas ya que contrario a lo considerado por el juez no existió un despido sin justa causa ya que el actor trataba a los clientes con desavenencias y así lo manifestó una testigo, agrega que la empresa no activó el debido proceso para finalizarle el contrato al demandante porque cuando fue citado esquivo la situación no presentándose a la diligencia y abandonando el cargo. Frente a los factores salariales se debe tener en cuenta que existen varios criterios de las altas cortes para darle validez a los acuerdos al respecto y que en todo caso las comisiones las empleaba el actor para el desarrollo de las funciones.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 191 al 198 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 son procedentes las condenas proferidas en contra de la empresa demandada así mismo si resulta viable emitir condena por concepto de sanción moratoria por no consignación de cesantías e indemnización moratoria por el no pago completo de prestaciones sociales.

Contrato de trabajo – extremos

No se controvierte que entre las partes existió un contrato de trabajo pactado a término indefinido, el cual inicio el 4 de julio de 2017 y finalizó el 19 de noviembre del año 2019. Así se ratifica con la copia del contrato (fls. 21 a 25) y la liquidación de prestaciones sociales (fl. 105).

Indemnización por despido sin justa causa

Frente a la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del C.S.T.¹ se debe aclarar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en su jurisprudencia al considerar que es al trabajador a quien le corresponde probar el despido, para que se invirtiera la carga y sea empleador quien deba probar la justa causa so pena de pagar los perjuicios que correspondan², lo cual no ocurrió en el presente asunto, pues si bien a folio 74 del plenario se aportó una carta que tiene como fecha el 20 de noviembre de 2019 en cual el representante legal de la empresa demandada Freddy Alfonso Sanabria Ortiz alegando diferentes motivos le informa al demandante la decisión de finalizarle el contrato de trabajo a partir del 23 de noviembre de 2019, también los es que a folio 75 el expediente se aportó una misiva suscrita por el actor y dirigida a la empresa demandada en la cual indica lo siguiente:

"Por medio de la presente me permito manifestar mi inconformidad con los términos presentados en la carta de terminación unilateral del contrato laboral. En esta carta se manifiesta que debo cumplir mis labores hasta el 23 de Noviembre (sábado) esto es improcedente y se maneja fuera del debido proceso ya que se me está presentando una carta de despido con algunas justas causas de las cuales no hay llamados de atención escritos o verbales memorandos u otros similares en donde se hiciera conocer un posible incumplimiento de mis labores estas posibles "justas causas" son clara evidencia que no desean continuar con una relación contractual a través de la modalidad de despido con justa causa.

¹ **Artículo 64.-Modificado por la Ley 789 de 2002, artículo 28. Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.** En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

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

² Sentencia SL1639-2022 del 11 de mayo de 2022 con Radicación No. 85577 Magistrados ponentes Dr. Gerardo Botero Zuluaga y Dr. Fernando Castillo Cadena.

*Simplemente SAINET INGENIERIA LTDA está tomando la decisión de no contar más con mis servicios por lo tanto no veo la necesidad de seguir desempeñando mis funciones y cumplir con mi horario normal. **Por estas razones rechazo las condiciones presentadas y estipuladas en la carta de despido y abandono mi cargo a partir de la fecha.*** (subrayado fuera de texto)

Documento este último que tiene como fecha de elaboración y recibido el 19 de noviembre de 2019, documentales de las cuales lo primero que se concluye es que, si bien la carta de terminación del contrato le fue entregada al actor, esto ocurrió el mismo día en que el actor decidió radicar el citado escrito y no el 20 de noviembre como se consignó en tal misiva.

Así mismo se concluye que sin haber surtido efecto la carta de terminación del contrato, el actor decidió renunciar a su cargo y esto es así porque la empresa demandada consignó en la citada misiva que la decisión de finalizar el contrato se daría a partir del 23 de noviembre de 2019 no obstante el actor el mismo día que la recibe y 4 días antes de esa fecha decide abandonar el cargo, lo cual según los términos en que lo manifestó no queda duda a esta Sala la intención del actor de renunciar, por lo tanto causa extrañeza a esta Sala que en la presente demanda pretenda desconocer su accionar invocando un despido el cual si bien el empleador tuvo la intención de efectuar contrario a lo alegado por la parte actora y a lo considerado por el Juez A quo el mismo nunca se materializo, por decisión del mismo trabajador.

Renuncia que valga la pena indicar se hizo sin ningún condicionamiento por parte del actor y/o supeditándolo a la aceptación del empleador y por tanto surtió efectos a partir del mismo día en que se presentó esto es del 19 de noviembre de 2019, lo cual fue ratificado por el actor al suscribir ese mismo día el acta de entrega de cargo, documento en el cual al diligenciar la casilla de "SITUACIÓN DE LOS TRABAJOS ENCOMENDADOS (incluir trabajos pendientes, si los tuviera)" manifiesta lo siguiente: "Abandono el cargo, todos los procesos quedan abandonados" (fl. 132 vto). Todo lo cual conllevara a revocar la sentencia en cuanto a la indemnización por despido sin justa causa pues se reitera en el presente asunto no existió el despido que alegó la parte actora.

Naturaleza de lo pagado por concepto de Comisión/bonificación

Los artículos 127 y 128 de la normatividad sustantiva laboral establecen aquellos factores que hacen parte integral del salario así:

ART. 127. — Subrogado. L. 50/90, art. 14. Elementos integrantes. *Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea*

cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. (Subrayado fuera de texto original).

A su vez el artículo 128 Ib. dicta ciertos parámetros para determinar los pagos que no constituyen salario:

"ART. 128.— Subrogado. L. 50/90, art. 15. Pagos que no constituyen salario. *No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, **bonificaciones** o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad".* (Subrayado fuera de texto original).

De la normatividad transcrita y de los apartes subrayados se determina claramente que no hacen parte del salario; las sumas que recibe el trabajador por concepto de: (i) prestaciones sociales, (ii) Lo recibido para desempeñar a cabalidad sus funciones, (ii) las sumas canceladas ocasionalmente y de manera libre por el empleador; (iv) **los auxilios habituales u ocasionales, convencionales o contractuales u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando se pacte expresamente por las partes que no tienen carácter salarial**; (v) Los pagos o suministros en especie siempre que se acuerde expresamente que no constituyen salario.

En este aspecto, el principal argumento en que sustento la demandada el carácter no salarial del concepto denominado "*Comisión/Bonificación*", es que el 30 de junio de 2017 se pactó expresamente la exclusión salarial.

Bajo el elemento normativo y contractual encuentra la Sala después de analizar la documentación y demás material probatorio allegado, que si bien desde el principio de la relación laboral las partes acordaron un salario básico y además que el reconocimiento de los conceptos adicionales en especial la denominada "*Comisión/Bonificación*" no constituyen salario y en principio por disposición del artículo 128 del C.S.T.³ ese concepto no constituye salario, lo cierto es que en los términos en

³ "ART. 128.— Subrogado. L. 50/90, art. 15. Pagos que no constituyen salario. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, **participación de utilidades**, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su

que se pactó y la forma como se calculaba su valor, es evidente que tales pagos tenían como verdadera finalidad retribuir el trabajo del actor.

Y esto es así porque conforme los desprendibles de nómina aportados es claro que todos meses se le reconocía ese concepto siempre en valores variables, concepto que según el acuerdo de fecha 30 de junio de 2017 (fls. 26 a 28) dependía directamente de la labor de cada trabajador frente a los negocios de los clientes, previa meta establecida por la empresa, limite que si no se cumplía no se generaba su pago, realidad que se acompasa con el entendimiento que le dio el juez al considerar esos conceptos como comisiones propiamente dichas, las cuales en efecto son constitutivos de salario.

Aserto que no se desquicia por el hecho de que las partes expresamente hayan pactado excluir como factor salarial y denominar ese concepto como “*Comisión/Bonificación*”, pues la denominación que les den las partes no genera de inmediato su exclusión como de factor salarial, pacto que tampoco puede ir en contra del fin mismo de lo que recibía el actor, pues para esta Sala es claro que tenía como finalidad la retribución directa de la prestación del servicio, es decir para que la misma se generara era necesario el despliegue de un esfuerzo físico o intelectual del trabajador.

Así lo ha considerado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencias como la del 27 de mayo de 2009 con radicación No. 32.657 cuyo ponente fue el Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza y la SL403-2013 fechada el 3 de julio de 2013 con radicación No. 40509 cuyo ponente fue el Dr. Jorge Mauricio Burgo Ruiz⁴, de lo

patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”. (Subrayado fuera de texto original).

⁴“ De donde, en esencia se extrae que la actora recibió pagos con carácter habitual como retribución de su trabajo; así se haya dejado constancia por el empleador que dicho reconocimiento era por mera liberalidad suya, del mismo texto de las citadas pruebas, conforme a las reglas de la sana crítica, bien se podía deducir, como lo estableció el ad quem, que tales pagos tenían como verdadera finalidad retribuir el trabajo de la actora, en razón a que estos, además de habituales, se daban a consecuencia del cumplimiento de metas de las ventas del establecimiento que ella gerenciaba.

(...)

Tampoco de las citadas documentales se desprende, inequívocamente, que tales pagos fueron por concepto de “participación de utilidades”, denominación que emplea la empresa en el señalamiento de los yerros fácticos con el propósito de ubicar dichos emolumentos en el supuesto de hecho del artículo 128 del CST; en ninguna de ellas se hace referencia alguna a esta denominación.

Pero, además, ha de decirse que la demandada, en la demostración del cargo, alude a este concepto de “participación de utilidades”, dejando de lado que el ad quem no le dio este carácter a los pagos recibidos por la trabajadora, sino el de comisiones; por tanto debió señalar, al menos, una prueba calificada obrante en el proceso con la cual se hubiese podido derruir tal premisa asentada por el tribunal; dicho de otro modo, a la censura le faltó indicar una prueba que sirviera para esclarecer los criterios aplicados por la empresa para la liquidación de las supuestas utilidades a favor de la trabajadora, tales como el período de ejercicio al que correspondía y el factor de repartición; es decir un medio que demostrara que las sumas en cuestión fueron liquidadas sobre la base de las utilidades de la empresa, mas no sobre las ventas; para que de esta manera saliera a relucir de forma contundente dicho carácter de los pagos, y se configurara así el yerro evidente del tribunal por haber considerado que los valores recibidos por la trabajadora fueron comisiones, cuando estas en verdad consistieron en repartición de utilidades.

Es de anotar que, para obtener el desquiciamiento del pilar de la sentencia, no bastaba con bautizar las sumas periódicas pagadas a la actora con la denominación de “participación de utilidades”, o cualquier otra distinta a comisiones (verbigracia llamarlas bonificaciones por ventas), para que de inmediato quedaran excluidas del carácter salarial. La exclusión de tal naturaleza, como se profundizará más adelante, no depende del nombre que se le haya dado al pago, sino de la prueba de que este no tenía como finalidad la retribución directa de la prestación del servicio”

que se concluye que es ineficaz el pacto de desalarización que pactaron las partes frente al beneficio denominado "*Comisión/Bonificación*", que recibió el actor durante su vinculación laboral con la demandada y por tanto resulta proporcional la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones a las cuales condeno el Juez A quo, lo conllevara a confirmar la sentencia en este aspecto.

Sanción moratoria por no consignación de cesantías e indemnización moratoria por el no pago completo de prestaciones sociales

Frente a la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales y la sanción moratoria por no consignación de cesantías, tal y como lo ha reiterado la Jurisprudencia, no es de aplicación inmediata sino que para su imposición se debe tener en cuenta la buena fe con la que actuó la demandada⁵.

Al respecto se encuentra que, si bien la empresa demandada no liquidó la prestaciones sociales y vacaciones del actor teniendo en cuenta lo pagado por concepto de "*Comisión/Bonificación*", tal omisión se debió a que al inicio de la relación laboral las partes expresamente lo habían excluido como factor salarial, acuerdo que solo con el presente proceso se demostró que no estaba acorde con la realidad, por lo tanto considera la Sala que el actuar de la empresa no estuvo investido de mala fe y por tanto como bien lo concluyo el juez A quo no procede el pago de las citadas sanciones y conllevara a confirmar la sentencia en este aspecto.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de **modificarse** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Sin costas en el recurso alzada ante su no causación.

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,

⁵ Sentencia con Radicado 26.757 del 1º de marzo de 2006 M.P. Eduardo López Villegas.

“En el cargo se acusa al tribunal de haber interpretado de manera errónea el artículo 65 del CST, al no haber condenado al pago de la indemnización moratoria. Cuando el Tribunal manifestó "Ha sido reiterada la jurisprudencia respecto a la aplicación de la indemnización moratoria, señalándose que la misma no es de aplicación inmediata sino que ella depende de la buena o mala fe con la que actuó el empleador durante o a la finalización de la relación laboral", realizó una interpretación adecuada del artículo en cuestión. Al respecto, es pertinente anotar que el juez ad quem, para confirmar la absolución por la pretensión de la indemnización moratoria no le hizo producir efectos al artículo 65 del CST, que consagra la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, por considerar que en el sub examine se daba la acreditación de buena fe del empleador en la falta en que incurrió por no proceder al pago oportuno de las acreencias laborales. En efecto se ha dicho que la sanción conocida como "salarios caídos", no opera de manera automática, sino que se debe analizar el comportamiento del empleador durante la vinculación y a su terminación, y si de ello se desprende que pudo creer de buena fe que no existía relación laboral, se le debe exonerar de la indemnización moratoria".

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR el literal a) del ordinal 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de febrero de 2022, para en su lugar **ABSOLVER** a los demandados **SAINET INGENIERÍA LTDA y FREDDY ALFONSO SANABRIA ORTIZ** de la indemnización por despido sin justa causa, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO. - COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Sin costas en el recurso alzada ante su no causación.

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 AMED ANTENOR ABASOLO URRESTA CONTRA COLPENSIONES Rad. 2020 00244 01 Juz 39.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de julio 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

AMED ANTENOR ABASOLO URRESTA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 5 del archivo denominado *02Demanda* contenido dentro de la carpeta denominada *01DemandaActaReparto* del expediente digital.

- Devolución Cotizaciones efectuadas entre el 15 de diciembre de 1997 hasta el 31 de diciembre del 2001 o Indemnización Sustitutiva de la pensión de vejez.
- Intereses moratorios.
- Uso de facultades Ultra y Extra Petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a fls. 2 a 5 del archivo denominado *02Demanda* contenido dentro de la carpeta denominada *01DemandaActaReparto* del expediente digital.

Mediante la Resolución No. 021142 del 12 septiembre del 2012 el ISS le reconoció la pensión de invalidez de origen no profesional a partir del 14 de diciembre de 1997, en cuantía inicial de \$174.755, debido a que mediante dictamen de medicina laboral del 12 de octubre de 2001 fue calificado con una pérdida de capacidad laboral de 75.75% con fecha de estructuración del 23 de octubre de 1997. Debido a la incertidumbre en el reconocimiento de la pensión continuó cotizando como independiente con posterioridad a la fecha de estructuración y hasta el 31 de diciembre de 2001 a pesar de que no tenía la obligación de hacerlo. Después de aclarar ante la demandada una supuesta mora en el pago de aportes solicitó la devolución de las cotizaciones, petición que para el momento de presentación de la demanda no había sido resuelta.

Actuación Procesal

Mediante auto del 16 de diciembre de 2020 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la demandada COLPENSIONES, quien contestó como aparece en el archivo denominado *02EscritoContestacionColpensiones* contenido dentro de la carpeta denominada *13ContestacionColpensiones20210624* 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 absolver a la demandada. Llegó a tal conclusión luego de establecer que no procede la devolución de aportes solicitados porque estos ayudan a financiar las contingencias de los afiliados al régimen de prima media con prestación definida y tal devolución va en contra del principio de solidaridad y sostenibilidad financiera que caracteriza ese régimen según lo ha definido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia. Agrega que en todo caso los aportes solicitados pueden servirle al actor para alcanzar la pensión de vejez en la cual puede mutar y que es más favorable que la de invalidez. Consideró que tampoco procede la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez ya que el actor no ha alcanzado la edad mínima para el reconocimiento de esa pensión.

Recurso de Apelación

El apoderado del **demandante** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia ya que contrario a lo considerado por la juez su representado no tenía la obligación de efectuar cotizaciones después de la fecha de estructuración de la invalidez y por tanto esos aportes no se pueden tener en cuenta para financiar el sistema y que los casos que se invocan como sustento jurisprudencial corresponde a otros escenarios donde el afiliado tenía la obligación de seguir cotizando y en el caso de devolución de aportes que no es la figura que se invoca. Agrega que las cotizaciones que efectuó el actor después de la fecha de la estructuración de la invalidez se hicieron por la zozobra que tenía el actor en el reconocimiento de la pensión de invalidez y porque el ISS se demoraba demasiado en el reconocimiento de las pensiones y que en todo caso tales aportes no estarían prescritos. Finalmente solicita que se revoquen la condena por concepto de costas y no se impongan en segunda instancia pues sería imponerle una carga injusta al pensionado.

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

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 05AlegatosDte.pdf y 07AlegatosColpensiones.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 determinar si al demandante le asiste el derecho a la devolución de las cotizaciones efectuadas entre el 15 de diciembre de 1997 hasta el 31 de diciembre del 2001, así mismo si procede la revocatoria de la condena en costas de primera instancia en contra del demandante.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de documental de fecha 29 de marzo de 2019 obrante a folios 27 a 28 del archivo denominado 02Demanda contenido dentro de la carpeta denominada 01DemandaActaReparto del expediente digital, mediante el cual el demandante solicitó el reconocimiento de las cotizaciones efectuadas entre el 15 de diciembre de 1997 hasta el 31 de diciembre del 2001, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante por cuanto mediante Resolución No. 021142 del 12 de septiembre de 2002 el ISS le reconoció la pensión de invalidez de origen no profesional en una cuantía inicial de \$174.755 a partir del 12 de diciembre de 1997, al considerar que el actor contaba con una PCL del 75.75% con fecha de estructuración del 23 de octubre de 1997 (fls. 19 y 20 del archivo denominado 02Demanda contenido dentro de la carpeta denominada 01DemandaActaReparto del expediente digital).

Devolución de Cotizaciones

Debe la Sala precisar que en el régimen de prima media con prestación definida al cual está afiliado el actor, no es posible la devolución de aportes, pues de conformidad con el artículo 32 de la Ley 100 de 1993 *"los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados"* y a diferencia del régimen ahorro individual, la pensión no se financia únicamente con los aportes efectuados por el trabajador, sino también por los realizados por todos los afiliados al régimen, pues se trata de un régimen solidario y en caso de acceder a su devolución afectaría gravemente la sostenibilidad financiera del sistema. Así lo ha sostenido de forma reiterada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para lo cual se

puede consultar la sentencia SL17384-2017 del 25 de octubre de 2017 con Radicación No. 58569 cuyo magistrado ponente fue el Dr. Rigoberto Echeverri Bueno¹.

Improcedencia que se da con independencia de la denominación de cotizaciones y/o aportes que quiere darle la parte actora a sus pretensiones, pues contrario a lo considerado por el apoderado del demandante su denominación no genera la viabilidad de su devolución, pues las cotizaciones a que hace referencia el apoderado y frente a cuales eventualmente es admisible su devolución son aquellas efectuadas por error, en doble ciclos o a nombre de una persona distinta al afiliado, cuyo trámite de devolución está expresamente regulado en el

¹ "Y como bien lo acotó el Tribunal, tampoco es posible la devolución de los aportes realizados en su favor, habida cuenta que tal pedimento va en contra de principios fundamentales del Sistema General de Seguridad Social, tales como el de solidaridad y sostenibilidad financiera. En los anteriores términos lo dejó sentado esta Sala en sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. n.º. 41368, en la que se indicó:

El sistema general de pensiones, creado por la Ley 100 de 1993, consagró un modelo dual, conformado por dos regímenes de pensiones excluyentes entre sí y con características propias: el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad.

Una de las características del régimen de prima media con prestación definida está consagrada en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, que dispone que los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en dicha Ley.

(...)

En otro orden de consideraciones, bueno es destacar que dentro de los principios fundamentales que inspiran el sistema general de seguridad social están el de solidaridad y sostenibilidad.

El primero de solidaridad encuentra su respaldo no sólo en el artículo 1º de la Constitución Política, sino también en la misma Ley 100 de 1993, al disponer que se materializa en la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades, bajo el principio del más fuerte hacia el más débil; por ello esta Sala ha entendido que la solidaridad se impone como deber jurídico, en la medida en que es fundamental dentro de un sistema contributivo en el que los afiliados cumplen con sus aportes. Es bajo este esquema que el legislador introdujo la exigencia de niveles mínimos de cotizaciones, como requisito para acceder a prestaciones a favor de quien pierde capacidad laboral, o de la familia afectada con el desaparecimiento de uno de sus integrantes en plena actividad productiva, a condición de que cuando fueron activos se hubieren ocupado de su propia suerte o hubieren contribuido al fondo común que supone el régimen de prima media (sentencia de 21 de septiembre de 2010, radicación 37182).

Y el segundo de la sostenibilidad financiera del sistema, tiene como eje fundamental, el que: (i) se forma con el tiempo un capital de tal dimensión que permite financiar las prestaciones que posteriormente se habrán de asumir; (ii) las reservas deben ser gestionadas por las administradoras de pensiones, y (iii) sus rendimientos pasen a formar parte de ese fondo. Su asidero descansa en el acto legislativo 01 de 2005.

Por manera que iría en contravía de los principios en precedencia permitir que en el régimen de prima media con prestación definida se pueda disponer de los aportes, aunque superen las semanas máximas que establece la ley para el reconocimiento de las diferentes prestaciones.

Es de resaltar, para abundar en claridad, que dicha figura tampoco está permitida por el estatuto de seguridad social, ni siquiera se autoriza cuando un afiliado al sistema general de riesgos profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, pues en tal evento, además de la pensión de invalidez o de sobrevivientes que deberá reconocerse de conformidad con la ley, se entregará al afiliado o a los beneficiarios la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, mas no, repítase, los aportes.

Y si bien los artículos 9º y 55 de los Decretos 1161 de 1994 y 1406 de 1999, respectivamente, consagran la posibilidad de devolución de aportes, lo permiten sólo para aquellos eventos en que se ha presentado exceso en las consignaciones de las respectivas cotizaciones, por parte de los empleadores o trabajadores independientes. Esto dice la letra b) de la primera disposición: "En segundo lugar se procederá a informar el hecho al correspondiente empleador o trabajador independiente, a fin de que manifiesten si prefieren que las sumas pertinentes les sean devueltas, se abonen como un pago efectuado en forma anticipada o, tratándose del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se abonen como cotizaciones voluntarias en las respectivas cuentas de capitalización individual".

Por último, estima la Corte Suprema de Justicia que no resulta inoportuno, antes bien aconsejable, recordar lo razonado en la sentencia de 20 abril de 2010, radicación 37.770, en torno a que la indemnización sustitutiva a que se refiere el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, no pasa de ser una prestación más de las consagradas en el sistema de seguridad social integral, para las personas afiliadas al régimen solidario de prima media con prestación definida, la cual sólo es viable cuando no se ha sufragado el número de semanas exigidas y no se alcanza a configurar el derecho pensional, dado que el afiliado se encuentra en imposibilidad de seguir cotizando, habiendo cumplido la edad; pero en manera alguna puede equipararse, como lo sugiere la censura, a una devolución de aportes sobrantes respecto de un asegurado que accedió al derecho pensional. (Negrita y subrayado por fuera del texto original)."

artículo 10 del Decreto 1161 de 1994² norma vigente para el momento de los hechos, en concordancia con el artículo Artículo 2.2.3.1.20 del Decreto 1833 del 2016³, presupuestos que no cumplen las cotizaciones efectuadas por el actor entre el 15 de diciembre de 1997 y el 31 de diciembre del 2001 y que se pretende su devolución.

Por el contrario lo que encuentra la Sala de acuerdo a lo consignado en la Resolución No. 021142 del 12 de septiembre de 2002, es que tales aportes si fueron tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión de invalidez a pesar de que se hicieron con posterioridad a la estructuración de la invalidez, pues claramente se efectuaron con la intención del demandante se obtener el reconocimiento pensional y de esto da fe el hecho de que el actor haya solicitado el reconocimiento pensional tan solo hasta el 14 de diciembre de 2001 y con posterioridad a la realización del dictamen de Medicina Laboral (12/10/2001) en el que se determinó de forma retroactiva que la invalidez se estructuró el 23 de octubre de 1997 (fls. 19 y 20 del archivo denominado 02Demanda contenido dentro de la carpeta denominada 01DemandaActaReparto del expediente digital). Y esto es así porque si bien, el establecimiento de la fecha de estructuración de la invalidez de forma retroactiva le otorga el derecho a un afiliado a que se reconozca la pensión a partir de esa data, esto no le genera la prerrogativa que le devuelvan los aportes efectuados con posterioridad y por el contrario es obligación de la entidad tener en cuenta todas y cada una de cotizaciones efectuadas por el afiliado hasta el momento en que profirió la decisión que otorga el derecho, todo lo cual confirma aún más la improcedencia de la devolución de cotizaciones y/o aportes aquí pretendida.

² Artículo 10. Consignaciones de personas no vinculadas. Cuando se reciban cotizaciones de personas que no aparezcan vinculadas a la respectiva administradora o fondo de pensiones, las administradoras, inmediatamente detecten el hecho y en todo caso dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la recepción, abonarán las sumas respectivas en una cuenta especial de cotizaciones de no vinculados.

Así mismo, las administradoras deberán requerir a la persona que haya efectuado la consignación, con el objeto de determinar el motivo de la misma. Si la consignación obedeciere a un error, los dineros serán devueltos a la persona que la efectuó.

Cuando las cotizaciones se hubieran entregado a una administradora del Régimen de Prima Media y correspondieren a una persona vinculada a otra administradora o a un fondo de pensiones, las mismas, previas las deducciones a que haya lugar, deberán ser trasladadas dentro de los cinco (5) días hábiles inmediatamente siguientes a aquel en el cual se conozca el nombre del destinatario correcto de aquellas. Si las cotizaciones se hubieran efectuado a un Fondo de Pensiones, la devolución de los dineros deberá efectuarse dentro del término señalado, junto con sus valorizaciones, a que se hace referencia en los incisos anteriores del presente artículo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el Decreto 903 de 1994.

Parágrafo. En los eventos en los que de conformidad con lo previsto en el presente artículo, hubiere lugar a devolver o trasladar las sumas recibidas, la respectiva administradora estará facultada para descontar, a título de gestión de administración, una suma no superior a la comisión que se cobre a quienes se encuentren cesantes, de conformidad con lo que al efecto determine la Superintendencia Bancaria.

³ Artículo 2.2.3.1.20. Consignaciones de personas no vinculadas. Cuando se reciban cotizaciones de personas que no aparezcan vinculadas a la respectiva administradora o fondo de pensiones, las administradoras, inmediatamente detecten el hecho y en todo caso dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la recepción, abonarán las sumas respectivas en una cuenta especial de cotizaciones de no vinculados. Así mismo, las administradoras deberán requerir a la persona que haya efectuado la consignación, con el objeto de determinar el motivo de la misma. Si la consignación obedeciere a un error, los dineros serán devueltos a la persona que la efectuó.

Cuando las cotizaciones se hubieran entregado a una administradora del régimen de prima media y correspondieren a una persona vinculada a otra administradora o a un fondo de pensiones, las mismas, previas las deducciones a que haya lugar, deberán ser trasladadas dentro de los cinco (5) días hábiles inmediatamente siguientes a aquel en el cual se conozca el nombre del destinatario correcto de aquellas. Si las cotizaciones se hubieran efectuado a un fondo de pensiones, la devolución de los dineros deberá efectuarse dentro del término señalado, junto con sus valorizaciones, a que se hace referencia en los incisos anteriores del presente artículo.

PARÁGRAFO. En los eventos en los, que de conformidad con lo previsto en el presente artículo, hubiere lugar a devolver o trasladar las sumas recibidas, la respectiva administradora estará facultada para descontar, a título de gestión de administración, una suma no superior a la comisión que se cobre a quienes se encuentren cesantes, de conformidad con lo que al efecto determine la Superintendencia Financiera de Colombia.

Condena en Costas a cargo de la parte actora

Respecto a la inconformidad por cuanto se impuso condena por concepto de costas a la parte actora y a favor de la demandada, se debe señalar que en efecto al no prosperar la demanda en su contra resulta proporcional que se imponga costas a cargo de la parte actora, ya que las pretensiones claramente van en contravía de la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia además de que generó un desgaste innecesario a Colpensiones, lo cual también justifica su imposición en esta instancia, ante lo cual se confirmara la sentencia en este aspecto.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Un Millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

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. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Un Millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho.

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 MYRIAM JIMENEZ BUITRAGO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Rad. 2020 - 00408 01. Juz. 16.

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

SENTENCIA

MYRIAM JIMENEZ BUITRAGO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Ineficacia de traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado a Colpensiones de todos los dineros causados en la cuenta de ahorro individual.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos expone en síntesis que nació en 03 de febrero de 1959, se afilió al ISS en febrero de 1981, en la actualidad cuenta con 1.824 semanas. El 8 de junio de 1998 el asesor de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR la hizo trasladarse al RAIS con la firma de un formato pero no le suministró una información clara, detallada y precisa de las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional.

Actuación procesal

Mediante auto del 11 de junio del 2021 el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad admitió la demanda y ordenó su notificación a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. quienes contestaron como aparece en el archivo 10ContestacionDemandaPorvenir20210707.pdf y 12ContestacionDemandaColpensiones20210914.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 la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara la demandante señora **MIRIAM JIMÉNEZ BUITRAGO** identificada con cédula de ciudadanía No. 51.577.564 con destino a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A. y que tuvo lugar el 8 de junio de 1998.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con destino a **COLPENSIONES**. Incluyendo todos los valores correspondientes a capital, réditos, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general, todos los valores que se haya recibido, en el régimen de ahorro individual con solidaridad con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la demandante.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, a recibir los recursos ordenados en el numeral que antecede, y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, ajustando en semanas la historia laboral de la misma, conforme el número de semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, declarando que el régimen de prima media con prestación definida es el único al cual en forma válida se ha encontrado afiliada la demandante.

CUARTO: DECLARAR No probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de **Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, a cargo de la AFP PORVENIR S.A., y de Un Cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente a cargo de COLPENSIONES**, por concepto de agencias en derecho.

El A quo llegó a esa determinación, al advertir que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información a la demandante como estaba dispuesto para la época, el cual siempre ha existido tal como lo ha decantado la jurisprudencia de

la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, por lo que la firma plasmada en el formulario de afiliación no resultaba suficiente para entender que existió un consentimiento ampliamente informado, por eso, aunque el formulario de cambio de régimen cumple formalmente las exigencias del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, el no da certeza del consentimiento informado. Declaró no probada la excepción de prescripción, porque en el fondo lo discutido en el proceso incide en el derecho pensional y el de la seguridad social, el cual tiene carácter irrenunciable e imprescriptible tal como lo señala la sentencia SL 56174 del 2019 y condenó en costas a las demandadas.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: Pide se revoque la condena costas procesales debido a que ningún funcionario de Colpensiones ni del Instituto de Seguros Sociales, en su momento intervinieron en la decisión que tomó la demandante de trasladarse a la AFP. Así mismo, la actora jamás solicitó una consulta o consejo, lo que denota que el traslado lo realizó de manera libre y voluntaria.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 08AlegatosPorvenir.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 resulta procedente la condena en costas a COLPENSIONES.

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 23 de octubre del 2020 a la solicitud de "*Traslado de Régimen*", con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S. (*Folio 26 del Archivo 01ExpedienteDigital.pdf*).

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 08 de junio de 1998, cuando solicitó su traslado al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE. (*Folio 25 del Archivo 01ExpedienteDigital.pdf*).

De la condena en costas

El recurso de la demandada COLPENSIONES se dirige a que se absuelva de todas y cada una de las condenas impuestas, básicamente porque no intervino en la decisión que tomó la demandante al trasladarse de régimen pensional. Para resolver, La Sala se remite a lo previsto en el artículo 365 del CGP que dispone en qué casos procede la condena en costas, así:

"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.

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, se concluye que la condena en costas procede por ministerio de la Ley a la parte que es vencida en juicio, de ahí que el A quo hubiese impuesto a las demandadas AFP PORVENIR y COLPENSIONES tal condena, pues si bien como lo aduce la apelante en su recurso, ningún funcionario del ISS en el año 1998 intervino en la decisión de la demandante de trasladarse al RAIS, lo cierto es que en el asunto de la contestación de la demanda de COLPENSIONES se advierte que ella se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al punto que se surtieron todas las etapas del proceso hasta proferirse sentencia.

De otra parte, reprocha la apelante que la demandante nunca acudió al RPM para solicitar el buen consejo o consulta, y que esa omisión permite entender que la decisión de trasladarse fue libre y voluntaria, interpretación que resulta errada y alejada del sustento de la sentencia de instancia, donde el juez explico de forma reiterada las razones por las cuales declaraba la ineficacia del traslado, las que corresponden precisamente a la falta del deber de información a la actora de las características en uno y otro régimen pensional existente, para que la demandante pudiese ejercer libremente su derecho a escoger el régimen de seguridad social que mejor se ajustara a sus intereses, tarea informativa que no se hizo y que de ningún modo puede trasladarse al afiliado, pues tal carga dada su ubicación y participación en el sistema de seguridad social siempre va a corresponder a las administradoras.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la **confirmación** de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Colpensiones, en consonancia con el art. 365 del CGP ante la improsperidad del recurso de alzada. Fíjese el valor de un (1) smlmv para esta anualidad como agencias en derecho.

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. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de agosto del 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES. Fíjese el valor de un (1) smlmv para esta anualidad como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado
Aclara Voto



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado
Aclara Voto

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 VICTORIA EUGENIA SIERRA
MARTELO CONTRA COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. Rad. 2021 00079
01 Juz 30.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) días de julio 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

VICTORIA EUGENIA SIERRA MARTELO demandó a la AFP COLFONDOS S.A y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital, consistentes en:

- 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 por su vinculación al RAIS.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Expone en síntesis que se vinculó al ISS entre el 13 de junio de 1985 y el 31 de agosto de 1994. El 01 de septiembre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos. Al momento del traslado no se cumplió a cabalidad con la obligación de la AFP de brindar la asesoría y entrega de información suficiente,

eficaz y oportuna de los alcances de pertenecer en uno y otro régimen, de las proyecciones, características, ventajas y desventajas, o las diferencias en los cálculos de las prestaciones en cada sistema pensional para poder escoger. El 19 de noviembre de 2020 pidió a COLPENSIONES que aceptara de nuevo su afiliación en el RPM, pero esta fue negada dado que el traslado fue realizado en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen.

Actuación procesal

Mediante auto del 24 de mayo del 2021 el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad admitió la demanda y ordenó su notificación a las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., quienes contestaron como aparece en el archivo 04ContestacionColfondos.pdf y 06ContestacionColpensiones.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 la INEFICACIA de la afiliación o traslado efectuada por la demandante VICTORIA EUGENIA SIERRA MARTELO, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 32.719.128 cuando suscribió el formulario de afiliación o traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A. el día 24 de agosto de 1994 y en consecuencia se declara que estuvo válidamente afiliada y sin solución de continuidad en el RPMPD que administra actualmente COLPENSIONES.

SEGUNDO: SE ORDENA a la AFP COLFONDOS S.A., entidad que actúa a través de su representante legal o por quien haga sus veces que en un término no mayor a 30 días, luego de la ejecutoria de ésta decisión, PROCEDA A TRASLADAR la totalidad de los aportes que posee la demandante en su cuenta de ahorro individual, así como todos los dineros recibidos con ocasión de su permanencia en dicho régimen (cotizaciones obligatorias y voluntarias, bono pensional, rendimientos financieros, pagos de los aportes a los seguros previsionales, gastos y comisiones de administración y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima) a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; por las razones que quedaron anotadas en las consideraciones orales que el Despacho elaboró.

TERCERO: SE ORDENA igualmente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada legalmente por el señor JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, a recibir la totalidad de los aportes que posee la actora y que provienen

*de la **AFP COLFONDOS S.A.** junto con los rendimientos financieros; así mismo ha de reactivar la afiliación de esta al **RPMPD**, convalidar dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral de la demandante, con las cuales se le pueda garantizar el derecho pensional.*

CUARTO: *En cuanto a las **EXCEPCIONES** propuestas por las codemandadas las mismas implícitamente fueron resueltas, no prosperando ninguna de las formuladas.*

QUINTO: SE CONDENA en COSTAS a la AFP COLFONDOS S.A y se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a TRES SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a cargo de esta y a favor de la demandante.

SEXTO: SE ABSUELVE a COLPENSIONES de pagar las costas procesales como se indicó en la parte motiva de esta providencia."

El A quo llegó a esa determinación, al advertir que no se acreditó por parte de la AFP Colfondos el deber de información suficiente y transparente que permitiera a la afiliada tener conocimiento pleno de las ventajas, desventajas y contar con los elementos de juicio claros, objetivos en consonancia con su historia laboral para que la demandante se cambiara de régimen pensional con la certeza suficiente sobre su futuro pensional. Hizo referencia a la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionada con el asunto, para resaltar que el derecho social es un derecho que se edifica sobre realidades y verdades, con actos de relacionamiento que reflejan el conocimiento y el deseo de permanecer en el régimen, donde lo importantes es que exista correspondencia entre voluntad y acción, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a determinado sistema pensional. En lo atinente a la excepción de prescripción, dijo que ésta no cuenta con vocación de prosperidad, en razón a que el derecho pensional es inherente a la seguridad social, cuyo carácter es irrenunciable e imprescriptible, puesto que emana del reconocimiento de la dignidad humana y lo configuran valores superiores del ordenamiento jurídico, así lo señala la Constitución Política y la Corte Constitucional en la sentencia C-198 del 1999. Finalmente, el A quo señaló que como quiera que Colpensiones no tuvo injerencia alguna en el negocio jurídico que existió entre la AFP y la demandante, no había lugar imponerle condena en costas.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: Pide que se modifique la sentencia de instancia, porque la orden de obligarla a recibir un afiliado afecta su sostenibilidad financiera y además es un tercero de buena fe que no participo en el acto jurídico de traslado de régimen pensional, por lo que no puede ser la responsable de asumir los errores de la AFP. En ese orden, considera que es la Administradora quien debe tener en su régimen a la demandante, pero tratarla bajo las reglas del RPM, para que cuando ésta cumpla los requisitos para acceder a una pensión, sea la AFP quien la reconozca y pague como si la demandante nunca se hubiese cambiado al RAIS.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a archivos 06AlegatosColp.pdf y 08AlegatosDte.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 resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y cuáles son sus consecuencias, análisis que se abordar desde las pautas impartidas por la jurisprudencia de la SL CSJ para estos casos, esto es, el cumplimiento del deber de información en cabeza de la Administradora de Fondos de Pensiones y los efectos que se generan en las entidades y los regímenes pensionales.

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 petición radicada el 19 de noviembre de 2020, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad

de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S. (fl. 31 del archivo pdf 01 DemandaAnexos.pdf).

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 24 de agosto de 1994, cuando solicitó la afiliación al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS. (formato folio 30 del Archivo 01DemandaAnexos.pdf).

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien la actora el 24 de agosto de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS (*expediente digital*), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora 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 de la 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 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 pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de

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)

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, 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”

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 e implicaciones, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que sin lugar a dudas 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 forma clara las consecuencias 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.

La AFP, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, veraz y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Decreto 692 de 1994. No obstante, no encuentra La Sala la realización de proyección de mesada pensional, tampoco el cálculo de la tasa de reemplazo en uno y otro régimen o el cálculo del IBL de la demandante, como ya se refirió, información

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, 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”

que debió ser suministrada al momento del traslado, no posterior al mismo, como quiera que es un elemento que permite inferir el cabal cumplimiento del deber de información, al ilustrar a la afiliada para que tomara la decisión más óptima aplicable a su caso en particular, insuficiencias que no se subsanan por el hecho de informar características generales de cada régimen pensional, pues contar con tal información sin la proyección real del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, ya que es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

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

Ahora, COLPENSIONES, en su recurso expone que se debe condenar a la AFP a que continúe con la afiliada en el RAIS, y que sea COLFONDOS quien asuma la pensión que se llegue a reconocer a la actora con las reglas propias del RPM en virtud de sus errores en el suministro de la información, petición que no está llamada a prosperar, pues si bien la entidad tiene razón al alegar que es un tercero de buena fe que no participó en el acto de traslado de régimen, lo cierto es que su solitud resulta desmedida y desconocedora del principio general de interpretación jurídica, que establece que, donde la ley no distingue no le es dado al interprete hacerlo, esto por cuanto ha sido el legislador en el marco de sus competencias quien en material pensional ha diseñado un sistema de seguridad social a través del cual delimitó las condiciones para acceder a las diferentes pensiones, según el cumplimiento de requisitos en uno y otro sistema, luego aceptarse la pretensión de la apelante es tanto como desconocer el funcionamiento y las normas que regulan la materia. Por otro lado, se tiene que lo pedido por la recurrente no es otra cosa que ir en contravía del precedente judicial aplicable al caso, y en la apelación no se proponen razones jurídicas para colegir que la interpretación alternativa cuenta con la suficiente fuerza para que La Sala se apartara de lo decantado por la SL CSJ en casos similares; además, alegar que la decisión de ordenar el traslado al RPM de la demandante afecta el principio de la sostenibilidad financiera, constituye un razonamiento errado por parte de Colpensiones, pues tal sostenibilidad se quebrantaría, si por ejemplo se reconociera a la actora una prestación de otro

régimen (*régimen exceptuado*) que en el cálculo de las mesadas se alteren los factores de su liquidación, se reconozca una pensión sin el cumplimiento de los requisitos de ley o con aportes no realizados, entre otras situaciones que no estén reguladas. Sobre el impacto económico de estas sentencias para COLPENSIONES, la SL CSJ ya se ha pronunciado al respecto, y en deferentes decisiones entre ellas la SL 2059-2022 con rad. 90836, M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, dijo:

*"Resta señalar que, **contrario a lo que estima Colpensiones, la declaratoria de ineficacia del traslado no desconoce el principio de sostenibilidad financiera** del sistema, pues como lo ha explicado con profusión la jurisprudencia de la Sala, **tal declaratoria trae consigo la vuelta al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021, entre muchas otras)**, y con ello el traslado de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual a efectos de financiar las prestaciones que reconoce el régimen de prima media.*

*Además, **pensar lo contrario contradice el parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política**, según el cual **ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.**"*

Y en la sentencia SL 1496-2022 con rad 90222, M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, también se dijo:

*"En cuanto al argumento de Colpensiones relativo a que la decisión apelada lesiona el principio de **sostenibilidad financiera del sistema**, basta señalar que ello no es así, puesto que **los recursos que deben reintegrar los fondos** privados a dicha entidad **serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media** con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (**SL2877-2020**).*

Así las cosas, se colige que no se asiste razón a COLPENSIONES en ninguno de sus argumentos, por lo que bajo estos argumentos se **confirma** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente COLPENSIONES en consonancia con lo previsto en el art. 365 del CGP. Fíjese como agencias en derecho el valor de un (1) smlmv para esta anualidad.

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. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 14 de octubre de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Colpensiones. Fíjese el valor de un (1) smmlmv para esta anualidad como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado
Aclara Voto



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado
Aclara Voto

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 LUIS ALFONSO ARCINIEGAS PANTOJA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Rad. 2021 - 00305 01. Juz. 41.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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

LUIS ALFONSO ARCINIEGAS PANTOJA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Ineficacias de los traslados entre el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de todos los dineros causados en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

En subsidio pretende;

- Declarar que cuando el actor cumpla los requisitos se la apliquen las normas del RPM para pensionarse.
- Reconocimiento y pago de la pensión a cargo de Porvenir.

Como hechos expone en síntesis que nació el 09 de septiembre de 1959, hizo aportes al ISS entre mayo de 1997 y octubre de 2000. Se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLPATRIA en octubre de 2000, COLPATRIA se fusiono con HORIZONTE y ésta con PORVENIR. El actor en febrero de 2002 hizo un traslado horizontal a la AFP SANTANDER y en septiembre de ese año a la AFP PORVENIR. Ninguna de las AFP donde se trasladó el actor se ocupó de brindar una información clara, completa y oportuna de las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional. Mediante derecho de petición solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM el que se negó porque ya estaba inmerso en la prohibición legal de los 10 años para trasladarse. En el año 2021 hizo la simulación de la mesada pensional en uno y otro régimen donde existen diferencias considerables.

Actuación procesal

Mediante auto del 17 de noviembre del 2021 el Juzgado Cuarenta y uno Laboral del Circuito de esta ciudad admitió la demanda y ordenó su notificación a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., quienes contestaron como aparece en el archivo 16ContestacionPorvenir.pdf, 17ContestacionProteccion.pdf y 18EscritoContestacionColpensiones.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 la ineficacia del traslado realizado por LUIS ALFONSO ARCINIEGAS PANTOJA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores

correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la **AFP PORVENIR S.A.** y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN Y COLPENSIONES**, y a favor del demandante, en la suma de **\$1.000.000.**

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

El A quo llegó a esa determinación, básicamente porque no se acreditó en los términos señalados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que al momento del traslado de régimen pensional el demandante hubiese recibido la información de las ventajas y desventajas reales de este cambio, pues era obligación de la AFP garantizar una afiliación libre y voluntaria con la entrega de información y asesoría objetiva, suficiente, clara y oportuna para que el afiliado eligiera cual régimen le convenía más en atención a su situación pensional, siendo este un requisito esencial para la validez del acto jurídico. Así mismo, el juez advirtió que el formulario de afiliación no era suficiente para demostrar el cabal cumplimiento del deber de información y del interrogatorio absuelto por el demandante tampoco se advertía que hubiese sido informado; en consecuencia, el juez ordenó la devolución de todos los aportes pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones de manera indexada. Adicionalmente, sostuvo que la excepción de prescripción no era procedente, porque el derecho en análisis está relacionado con la seguridad social, en especial la pensión, la cual es de carácter imprescriptible, por ende, no es dable aplicar los efectos de la figura establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo y en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Recurso de apelación

PORVENIR S.A.: Pide se revoque la sentencia, teniendo en cuenta que al momento de la afiliación la demandada cumplió con el deber de información, sustentándola conforme a la normativa legal vigente al momento en que se generó el cambio de

régimen y, en ese orden no existió ningún vicio en el consentimiento. Indicó, que no era dable exigir actuaciones a la AFP cuando no tenía la obligación legal de hacerlas, por lo que basta con la suscripción del formulario de afiliación que hizo el actor de manera libre y voluntaria. La AFP no ejerció ninguna presión al demandante para la suscripción del formulario, dado que tuvo la oportunidad de leer, preguntar e inclusive de abstenerse de no firmar si no estaba de acuerdo. Cabe anotar que, el accionante realizó traslados entre las AFP del régimen lo que denota que conocía las características y condiciones del RAIS con lo que se acredita su ánimo de permanencia.

COLPENSIONES: Pide se revoque la sentencia, en razón a que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica bajo el entendido que Colpensiones es un tercero de buena fe que no tuvo participación en la decisión tomada por el actor. Además, el demandante está inmerso en la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional de manera que no es posible recibirlo en el RPM. Pidió que se tenga en cuenta el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, ya que estas decisiones judiciales generan un alto impacto al PIB y a la reserva pensional. En caso de que se declare la ineficacia del traslado deben ser reintegrados todos los dineros recaudados en la cuenta de ahorro individual del actor. De confirmarse la decisión del A quo pide que se ordene a la AFP que pague a Colpensiones los perjuicios económicos por el daño causado.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos conforme se verifica a folios 06AlegatosPorvenir.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 resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y las consecuencias que se derivan de tal orden.

Conforme al artículo 69 del CPTSS, no se estudiará el grado jurisdiccional de consulta, como quiera que 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 02 de julio del 2021 a la solicitud de "*Derecho de Petición de interés particular*", con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S. (*fl 48 del pdf 01.Escrito Demanda*).

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 25 de septiembre del 2000, cuando solicitó su traslado al RAIS administrado en su oportunidad por la AFP COLPATRIA. (*fl 37 del Archivo 01.0EscritoDemanda.pdf*).

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar la nulidad del acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró la información completa y no le informó del derecho de retracto que le asistía, asaltando su buena fe e induciéndolo en error, lo que afectó su consentimiento con engaños.

Al respecto, si bien la parte actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLPATRIA el 25 de septiembre del 2000 (*Folio 37 Archivo 01.0EscritoDemanda.pdf*), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a

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

las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor 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 actor. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información verídica 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 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 del 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 pensionará 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

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)

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”

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 el régimen de prima media con prestación definida, lo cual es verificable; deber probatorio que sin duda le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad no le suministró la información necesaria sobre las consecuencias 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.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará 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 la afiliada 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 ostensiblemente menor

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, 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”

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 el trabajador (*en este caso PORVENIR*), 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 (*SL3034-2021⁴, SL3035-2021*), recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que el deber de información a cargo de las administradoras es exigible desde su creación tal como fue precisado en la SL1688-2019, donde se expuso:

*En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, **la obligación de las entidades 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».***

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la **obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información** suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.” (negrita fuera de texto)*

En cuanto a la validez y los efectos del formulario suscrito por el actor mediante el cual se trasladó del RPM al RAIS, La Sala se remite a lo dicho por la SL CSJ en diferentes oportunidades, entre ellas en la SL 1274-2023 en la que se dijo:

*“De otro lado, **la firma del formulario en modo alguno ratifica la voluntad libre y espontánea del actor.** Como bien lo ha enseñado esta Sala de Casación, la sola suscripción de este documento no es suficiente,*

⁴ “Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto”

inclusive, para dar validez y eficacia a la afiliación, mucho menos para su ratificación, pues solo cumple la formalidad dispuesta por el art. 11 del Decreto 692 de 1994.” (negrita fuera de texto).

Tampoco es válido el argumento de Porvenir, al alegar que la permanencia por más de 20 años del actor en el RAIS subsana sus falencias, ni mucho menos que los traslados horizontales ratifican o convalidan su intención de permanecer en el RAIS, como lo pretende resaltar, así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

“...Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.”

En consecuencia, como ninguno de los argumentos expuestos por PORVENIR están llamados a prosperar, y como se advierte que la orden del juez de declarar la ineficacia del actor al RAIS se ajusta al material probatorio y lo enseñado por la jurisprudencia de la SL CSJ, La Sala **confirma** esta decisión.

De otra parte, COLPENSIONES señala que es un tercero de buena fe, que no intervino en el negocio jurídico que fue adelantado entre la promotora del proceso y la AFP, y que, de confirmarse la sentencia, se debe ordenar el pago de los perjuicios que se causan con la decisión de retorno de la actora. Sobre este pedimento es de indicar que esto no fue objeto de demanda (*ni existe una demanda de reconvención en ese sentido*), en consecuencia, si Colpensiones advierte que debe en salvaguarda de sus derechos elevar cualquier tipo de reclamación a la AFP en pro de indemnizar algún daño o detrimento en sus intereses, bien puede acudir directamente a las acciones legales que el legislador estableció para tales fines.

Ahora, se pide que se revoque la sentencia porque la demandante está inmersa en la prohibición de los 10 años que prevé la Ley 797/03, consideración que resulta desacertada, en tanto, estos requisitos no están llamados a ser valorados en los casos en los que se solicita la ineficacia de traslado de régimen pensional, ya que el estudio del proceso responde a la verificación del cumplimiento del deber de

información que desplegó el Fondo al momento de afiliarse a la demandante al RAIS, como ya se indicó con anterioridad, por lo que si bien el resultado es la ubicación de la actora en el RPM, tal consecuencia no deriva de la existencia o no de un beneficio transicional o un derecho adquirido, o la aplicación de las reglas del literal e) del art. 2 de la Ley 797/03, pues se insiste, corresponde a la verificación del deber de información en cabeza de la AFP.

En cuanto a la afectación de la sostenibilidad financiera, ya la SL CSJ ha indicado en diferentes oportunidades que con la orden de devolver a Colpensiones todos los dineros que se causaron con motivo de la afiliación al RAIS, se garantiza la continuidad del principio alegado, y es por esta razón que en tratándose de ineficacias de traslado pensional, no solo se debe retornar el capital y el rendimiento que se generó en la cuenta de ahorro individual del actor ya que son todas las sumas de dinero las que garantizan este principio en tanto sean utilizadas para financiar la respectiva prestación.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la **confirmación** de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes (Colpensiones y Porvenir). Fíjese el valor de un (1) smlmv para esta anualidad como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

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. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de octubre del 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes Colpensiones y Porvenir. Fíjese el valor de un (1) smlmv para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado
Aclara Voto



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado
Aclara Voto