



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JENNY ANDREA GUERRERO ALMANZA** en contra de **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA SA.**

Litis consorte necesario: PORVENIR SA

EXP. 11001 31 05 002 2014 00161 02

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados por las partes contra la sentencia proferida el 25 de julio de 2019, por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, se declare que el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de los diagnósticos denominados epicondilitis mixta bilateral, tenosinovitis de Quervain bilateral, tendinitis de flexo extensores bilateral y síndrome depresivo asciende a 19.79% o el que

resulte probado en el proceso; en consecuencia se condene a la demandada al pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial por \$6.851.029, o la cuantía que se liquide teniendo en cuenta el porcentaje determinado por peritaje, más la indexación e intereses moratorios liquidados de igual forma que rige para el impuesto a la renta y complementarios, desde la fecha de la primera calificación de la PCL, es decir desde el 31 de marzo de 2011 (f.º 174).

Sustentó sus pretensiones en que nació el 25 de marzo de 1978; el 10 de junio de 2018 la EPS Cruz Blanca, calificó como de origen profesional los diagnósticos denominados tenosinovitis de Quervain bilateral, tendinitis de flexo extensores bilateral y epicondilitis mixta bilateral, mientras que el 26 de enero de 2009, Seguros de Vida Colpatria SA, los calificó como de origen común, por lo que presentó la respectiva inconformidad el 2 de febrero siguiente; la JRCI en dictámenes del 17 de abril y el 15 de julio de 2009 estableció como de origen laboral, los diagnósticos epicondilitis media, epicondilitis lateral, otras sinovitis y tenosinovitis, y tenosinovitis de estiloides radial de Quervain, lo cual fue confirmado por la JNCI en dictamen del 28 de septiembre siguiente.

Agregó que el 4 de febrero de 2011 solicitó ante la demandada la calificación de su PCL por las patologías mencionadas, entidad que emitió el dictamen respectivo el 31 de marzo de 2011 con una PCL del 0.0%, lo cual fue modificado por la JRCI el 18 de agosto de 2011 para asignar un 8.57% de PCL, pero la JNCI en dictamen del 10 de mayo de 2012 determinó que su PCL es igual a 0.0%; no obstante presenta discapacidad en el vestir, en su cuidado personal, discapacidades domésticas por disposición de su cuerpo, y una discapacidad de la actividad manual (destreza para agarrar), por tanto no puede realizar las actividades básicas cotidianas, ni cuidar

de las personas que tiene a su cargo ya que no puede levantar a su hija.

Sostuvo que debido a sus secuelas, presenta un daño en el tejido microscópico y macroscópico debido a una lesión por trauma acumulativo (LTA), ya que sus miembros superiores han estado expuestos al peligro ergonómico, por realizar la función de digitalización durante 4 años en forma permanente y repetida, como trabajadora en misión para Interlogística, Logística Zona Franca SA, Sía Interlogística SA, entre el 7 de octubre de 2004 y el 27 de febrero de 2009, tiempos en los que sus empleadores cotizaron en su favor en la ARL demandada. La doctora Adriana Velásquez Hincapie, emitió un dictamen el 20 de mayo de 2013 en el que le asignó una PCL del 19.79% (f.º 169-173).

II. }CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Luego de que esta Colegiatura dirimiera un conflicto de competencia mediante providencia del 19 de enero de 2015 (f.º 202-205), la demanda se admitió el 12 de febrero de 2015, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 207), quien contestó con oposición y propuso como excepciones de mérito las denominadas: existencia de dictamen válido, sustentado, eficaz y en firme emitido por la JNCI que determina la ausencia de pérdida de capacidad laboral de la demandante por razón de las enfermedades profesionales; inexistencia de cuestionamiento jurídico, médico o técnico atribuible al dictamen emitido por la JNCI; improcedencia e ilegalidad de la obtención de una doble calificación para un mismo caso; inexistencia de obligación o responsabilidad a cargo de Axa Colpatria SA en el marzo del sistema de seguridad social en riesgos laborales; la demandante no es incapacitada permanente parcial de acuerdo con las normas aplicables y conforme la calificación emitida

por la JNCI; exposición de la demandante a riesgos distintos no asociados a las enfermedades profesionales; ausencia de relación de causalidad entre la presunta PCL y las enfermedades profesionales; y buena fe (f.º 209-224).

Mediante auto del 30 de mayo de 2018 se ordenó integrar a Porvenir SA como litis consorte necesario (f.º 316), quien contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, formulando en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y compensación (f.º 328-333).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 25 de julio de 2019, condenó a Axa Colpatria SA, al pago de \$6.839.179 por concepto de indemnización por incapacidad permanente parcial, más las costas y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones propuestas por dicha ARL, y probadas las denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, formuladas por la AFP Porvenir SA.

Luego de rechazar la inclusión de la JNCI como litis consorte necesario, motivó lo decidido en lo que interesa a la alzada, que la experticia rendida por la Universidad Nacional, merece toda credibilidad, comoquiera que en ella se realizó una valoración más completa e integral a la demandante y al analizarla en forma conjunta con la historia clínica aportada concluyó, que las patologías que padece la actora fueron contraídas por la exposición a factores de riesgo de su actividad laboral, por tanto, liquidó la indemnización conforme el Decreto 2644 de 1994, sobre una PCL de 14.3% de las enfermedades de origen laboral, tomando como último salario el

certificado a f.º 300 (\$679.000), lo que arrojó \$4.753.000 [sic], que actualizada a la fecha de la sentencia ascendió a la suma condenada (f.º 375-377).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las partes apelaron así:

La **demandante** adujo que debió hacerse uso de las facultades ultra y extra petita en la medida en que como la Universidad Nacional realizó una calificación integral de acuerdo con la sentencia SU425-2009 asignándole una PCL del 50.87% y una fecha de estructuración al 17 de abril de 2009 para todas las patologías sufridas, se debe otorgar la pensión de invalidez desde esa data a cargo de la AFP Porvenir, máxime cuando se encuentra debidamente notificada y contestó la demanda; en ese sentido, solicitó se revoque parcialmente la sentencia.

Axa Colpatria SA, sostuvo que el dictamen de la JNCI se encuentra en firme, porque no se formuló extra procesal o procesalmente cuestionamiento jurídico, médico, técnico alguno al dictamen proferido por esa entidad, ni se solicitó la nulidad del mismo, tampoco se plantearon hechos que demuestren que la calificación emitida por dicho ente, fue ilegítima, injusta o contraria a la realidad; en consecuencia, consideró que el dictamen de la JNCI tuvo en cuenta la normativa aplicable al caso (Ley 100 de 1993, Decretos 1295 de 1994 y 19 de 2002), y se surtieron todas las etapas y procedimientos para la admisión del mismo, por tanto, es válido, sustentado, eficaz y obligatorio, pues fue emitido por personas capacitadas legalmente para tal efecto.

Agregó que el dictamen de la Universidad Nacional, adolece de graves

errores, ya que no se hizo una valoración personal al demandante, ni se basó en normas vigentes, porque fue expedido con base en el Decreto 917 de 1999, que fue derogado por el 1507 de 2014, no tiene fundamentos técnicos ni científicos, sino apreciaciones personales y subjetivas acerca del funcionamiento general del sistema de seguridad social, así como conceptos sociológicos o de justicia social, que invalidan la objetividad de la pericia; además el profesional, no solicitó documentación complementaria, ni dio respuesta efectiva a los 10 puntos de aclaraciones solicitadas en su momento, por lo que solicitó se desestime este dictamen.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el art. 66 A del CPTSS, por cuestiones de método la Sala estudiará inicialmente si hay lugar a tener en cuenta el dictamen de la Universidad Nacional, para refutar el de la JNCI, para posteriormente verificar si hay lugar a reconocer la pensión de invalidez al demandante en uso de las facultades ultra y extra petita.

En términos generales, sobre la valoración probatoria de un dictamen, la jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que *uno de los requisitos que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos sobre que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esta condición, dentro de la autonomía que le es propia, no obstante que el dictamen no haya sido materia de tacha u objeción de las partes en el traslado correspondiente* (CSJ SC, 2 ago. 2006 rad. 6192).

En el presente caso, a pesar de que no se dirigió pretensión alguna en contra del último dictamen proferido el 10 de mayo de 2012 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (f.º 49-54), sí se solicitó que se declarara que el porcentaje de PCL padecida por la

demandante, superaba el 0.0% designado por el mencionado ente calificador, respecto de las patologías sufridas de origen laboral tales como epicondilitis media y lateral, otras sinovitis y tenosinovitis y tenosinovitis de estiloides radial de Quervain, por ello, pretendió que se declare que el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de los diagnósticos denominados epicondilitis mixta bilateral, tenosinovitis de Quervain bilateral, tendinitis de flexo extensores bilateral y síndrome depresivo asciende a 19.79% o el que resulte probado en el proceso (f.º 174).

De ahí que la decisión del juzgado de decretar como prueba pericial una evaluación nueva de la historia clínica de la demandante, haya resultado conveniente y acertada, en razón a que dicho instrumento, en verdad, se muestra conforme con el deber del juez laboral de despejar hechos trascendentes del proceso, pero dudosos, en aras de aproximarse a la verdad real, y no solamente formal, sino que el resultado de aquella fue, básicamente el de corroborar el punto que se había controvertido por la demandante.

Sin embargo, considera la Sala que el dictamen practicado el 11 de diciembre de 2015 y complementado el 19 de septiembre de 2016 y el 22 de noviembre de 2017 por la Universidad Nacional (f.º 278-283, 289, 290, 311), no se ciñó a los parámetros normativos dispuestos en el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional, porque no era aplicable en este momento, el previsto en el Decreto 917 de 1999, al encontrarse hoy derogado por el Decreto 1507 de 2014, y aun así, utilizó la tabla de enfermedades laborales acogida por el Decreto 1477 de 2014, vigente para la época.

De igual forma, aún cuando en el dictamen se efectuó una calificación integral de las dolencias de la demandante, esta Colegiatura considera que pese a que no estuvo en discusión el origen profesional

de las enfermedades denominadas epicondilitis media y lateral, otras sinovitis y tenosinovitis, y tenosinovitis de estiloides radial de Quervain, no existe certeza de cuáles fueron los exámenes o documental adosada en el expediente, o los soportes clínicos en los que se basó el perito para desarrollar la calificación sobre los diagnósticos de origen común denominados fibromialgia, astigmatismo y trastorno depresivo mayor, dado que frente a las dos primeras no indicó dentro de sus consideraciones, cuál historia clínica tuvo en cuenta, y respecto del último padecimiento, solo analizó una consulta por psiquiatría realizada el 21 de septiembre de 2012, en la que se encontró a la demandante con un dolor de 3 años de evolución y con antecedentes de epicondilitis y tendinitis de MMSS.

Adicional a lo anterior, no fue lo suficientemente claro, preciso, detallado y contundente el perito, para explicar el motivo por el cual, o cuáles son las pruebas de ayuda diagnóstica y exámenes complementarios sobre las cuales considera que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se equivocó al señalar un 0.0% como pérdida de capacidad laboral de la demandante, y pasar en su sentir, a un total de 50.87%, en el que incluyó los valores porcentuales más altos para los diagnósticos de origen común: fibromialgia, astigmatismo y trastorno depresivo mayor, últimos que dicho sea de paso, no habían sido objeto de calificación por parte de la EPS, la ARL, ni las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, en los dictámenes vistos de f.º 18, 20, 24-31, 34-38, 41-45, 48-54.

Igual sucede con la modificación de la fecha de estructuración de los padecimientos de la demandante, dado que no indicó con claridad los fundamentos técnicos o científicos y los exámenes clínicos que tuvo en cuenta para alterar dicha data y fijarla con el tiempo en el cual se

profirió el primer dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez (17 de abril de 2009 – f.º 24, 25).

A ello se agrega, que existen frases dentro de la pericia con las que pareciera que el profesional realiza apreciaciones no objetivas ni técnicas o científicas respecto de las situaciones analizadas, así se desprende de las preguntas efectuadas por el perito en los numerales 13 y 3 visibles a los f.º 280 y vto y desde el 4º párrafo de la hoja 6 del escrito (f.º 281 vto); adicionalmente, señaló dentro de la relación de documentos que no tuvo en cuenta la historia clínica laboral completa.

Tampoco podía la Universidad Nacional, emitir conceptos respecto de situaciones que no estaban en discusión, como lo relacionado con las enfermedades de origen común que padece la demandante, pues ello resultaría siendo un hecho nuevo que vulnera ostensiblemente el debido proceso de las partes, respecto de las pretensiones planteadas desde el inicio.

Y como si lo hasta aquí analizado fuera poco, se observa que en el dictamen (f.º 283 vto) se marcó una (X) tanto en el origen común como en el profesional, y para ello sostuvo el perito en su aclaración que *«en el concepto se establecieron cuáles enfermedades son laborales y cuáles no, dentro de las normas legales vigentes. Espero que algún día las enfermedades comunes, agravadas por el trabajo, sean consideradas laborales»* (f.º 310 vto), lo cual genera confusión y no permitiría definir cuál sería la entidad encargada de responder por las prestaciones a las que pudiera tener derecho la demandante.

Así las cosas, por estas situaciones considera la Sala que el dictamen reseñado no cumple con los requisitos de la prueba y no es posible tenerlo en cuenta, para efectos de controvertir los conceptos anteriormente emitidos por los distintos entes calificadoros (la ARL, y

Nacional de Calificación de Invalidez), respecto del porcentaje de PCL al que ascienden las dolencias de carácter profesional que padece la demandante.

Por ende, no ha debido tenerlo en cuenta la *a quo*, y mucho menos realizar la suma de los porcentajes frente a las enfermedades de origen profesional, como lo hizo, porque omitió lo regulado por el Decreto 1507 de 2014, vigente para el momento en que se realizó el dictamen, en relación con la fórmula de combinación de valores, sino que realizó una simple sumatoria entre los porcentajes dados a las deficiencias de tendinitis de flexoextensores del puño bilateral (5.0%), y epicondilitis medial y externa bilateral (9.3%), para calcular un total de 14.3% por PCL, y fijar un monto de indemnización que ni siquiera estuvo acorde con la tabla de que trata el Decreto 2644 de 1994.

Ahora, el dictamen que solicitó la demandante se tuviera en cuenta desde los albores de la demanda, rendido el 20 de mayo de 2013 por la Dra. Adriana Velásquez Hincapie (f.º 2-4), no reúne los requisitos de procedencia que exigía el art. 116 de la Ley 1385 de 2010, en ese entonces vigente, aplicable en materia laboral por remisión del art. 145 del CPTSS, para ser tenido en cuenta como prueba extra procesal, en la medida en que no se acompañó de los documentos que le sirvieron de fundamento a la perito, ni de aquellos que acreditaran la idoneidad en el ejercicio y experiencia de la profesional, tales como títulos académicos, certificaciones, listados de las publicaciones, si las tuviera, relacionadas con la materia del peritaje, ni mencionó los casos judiciales en donde ha sido designada como tal o ha participado en la elaboración de dictámenes y si estos han sido en contra de la misma entidad aquí demandada.

Tampoco explicó con detalle y de manera exhaustiva cuáles fueron los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones practicadas a

Jenny Guerrero, ni los argumentos técnicos y científicos o antecedentes médicos de la demandante. Situaciones estas que considera la Sala, hacen que ese dictamen, carezca de total validez y por ende, no pueda ser apreciado de acuerdo con las reglas de la sana crítica de conformidad con el art. 61 del CPTSS.

No obstante lo anterior, no se puede pasar por alto el dictamen que aportó la AFP Porvenir SA, rendido el 18 de septiembre de 2018 por Seguros de Vida Alfa SA, que reposa de f.º 339 a 343, practicado sobre la historia clínica completa de la demandante, en que se calificaron los diagnósticos por los cuales se solicitó en el libelo se aumentara el porcentaje de PCL.

Allí se llegó a la conclusión que las enfermedades epicondilitis media bilateral, epicondilitis lateral bilateral, tenosinovitis de Quervain bilateral, sinovitis y tenosinovitis de puño bilateral, son de origen profesional y que le han ocasionado secuelas a la demandante, generándole una pérdida de capacidad laboral del 15.94% con una fecha de estructuración al 26 de octubre de 2012, con base en un examen realizado por fisioterapia, en el que se profirió el diagnóstico de las mencionadas enfermedades porque el profesional médico verificó un aumento de dolor en manos y brazos y pérdida de fuerza y agarre en las mismas áreas, y una fatiga rápida de la articulación de la muñeca que le imposibilitaban para esa época, ejecutar acciones simples como peinarse, alzar a su hijo, lo que además le ha deteriorado su vida, ocasionándole estrés.

Lo anterior se considera loable partiendo de la base que la fecha de estructuración de la invalidez no siempre coincide con la de ocurrencia del accidente, ya que puede suceder que sus secuelas se manifiesten con posterioridad y en esa medida, esa data es la que debe ser tomada como referente para determinar el surgimiento del

derecho a la pensión de invalidez y la normatividad que lo regula (CSJ SL, 26 jun. 2012 rad. 38614).

Así las cosas, considera la Sala que este dictamen no adolece de yerro alguno, se ciñó a los parámetros normativos dispuestos en el Manual Único de Calificación de Invalidez aplicable en este caso y se encuentra acorde con la historia clínica y demás documental médica aportada por la demandante en el expediente, así como con lo establecido por la EPS, la ARL y las Juntas Regional y Calificación de Invalidez, por tanto debió haber sido apreciado probatoriamente por la *a quo* para calcular la indemnización por incapacidad permanente parcial a la cual sin duda, y con base en esta última pericia, tiene derecho la demandante.

Aplicando entonces la tabla de equivalencias para las indemnizaciones por pérdida de la capacidad laboral regulada en el Decreto 2644 de 1994, en concordancia con los arts. 5 a 7 de la Ley 776 de 2002, sobre una PCL de 15.94% y tomando como último salario el certificado a f.º 300 (\$679.000 que dicho sea de paso no fue objeto de discusión), arroja un monto equivalente a \$4.753.000, similar al calculado inicialmente por la *a quo*, el cual deberá ser indexado al momento de su pago, sin que se pueda contabilizar en este momento esa actualización como en forma equivocada se hizo en primera instancia, en tratándose de un hecho futuro del cual se desconoce la data en la que será cumplida la obligación por parte de la ARL aquí demandada.

En consecuencia, se **modifica** en los términos anteriores la condena impuesta.

Finalmente en lo que tiene que ver con la inconformidad del demandante, debe advertir la Sala en primera medida, que la

apelación no resulta ser el momento oportuno para impetrar nuevos hechos y pretensiones, con los cuales se sorprenda a la contraparte vulnerando así su derecho al debido proceso, defensa y contradicción, dado que las demandadas no han tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con la ahora pretensa pensión de invalidez. En todo caso, como se observó, el dictamen proferido por la Universidad Nacional sobre el cual basa su nuevo pedimento la parte actora, fue desechado, acogiendo para efectos de amparar las pretensiones inicialmente incoadas, la pericia de Seguros de Vida Alfa.

Con los anteriores argumentos quedan estudiadas las apelaciones. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **primero** de la sentencia proferida el 25 de julio de 2019, por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de **condenar** a Axa Colpatria Seguros de Vida SA a pagar a Jenny Andrea Guerrero Almanza, la suma de \$4.753.000 por concepto de indemnización por incapacidad permanente parcial, que deberá ser indexada al momento de su pago, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ELSA CECILIA CHAVES GAMBA** en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 003 2018 00336 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2019, por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 14 de septiembre de 2017 en cuantía de \$1.128.980, con ocasión del fallecimiento de su esposo Joselín Ripe Ripe, junto con la indexación (f.º 3).

Sustentó sus pretensiones en que contrajo matrimonio por el rito católico con Joselín Ripe Ripe, el 24 de enero de 1960 y de dicha unión nacieron 3 hijos llamados Martha Cecilia, Elsa Lucía y Joselín Humberto Ripe Chaves, quienes en la actualidad son mayores de edad; al causante se le reconoció una pensión de vejez mediante resolución n.º 5084 de 1999 y falleció el 14 de septiembre de 2017 en Fusagasugá, momento en el que devengaba \$1.128.980 como mesada; reclamó la pensión de sobrevivientes, pero fue negada mediante resolución SUB277497 de 2017, con el argumento de que no acreditó el tiempo de convivencia en los últimos 5 años de vida.

Sostuvo que la decisión fue confirmada en resoluciones DIR4421 y SUB99252 de 2018, con el argumento de que el causante tenía una compañera permanente llamada Alejandrina Vargas Sierra, por la que se le reconoció a Joselin Ripe la prestación por sobrevivencia a través de resolución GNR1240289 de 2017 a partir del 18 de febrero de 2013; el causante padeció una grave enfermedad y era dependiente de otra persona en cuanto a sus necesidades básicas, por lo que teniendo en cuenta que ella (la demandante) es una persona de la tercera edad, le era imposible tenerlo en su casa para atenderlo por lo que se vio obligada, con la anuencia de él y de sus hijos, a internarlo en un hogar geriátrico denominado Casa Hogar para la tercera edad en Fusagasugá, a cargo de su hija mayor Martha Cecilia Ripe Chaves (f.º 12-14).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de mayo de 2018, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 33), quien contestó con oposición con el argumento de que la demandante no acreditó el requisito de convivencia mínima con el causante aunado a que existen

otras personas que se disputan el derecho pensional; propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y del derecho, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, prescripción y presunción de legalidad de los actos administrativos (f.º 40-45).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 35).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 22 de noviembre de 2019, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y del derecho, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido y presunción de legalidad de los actos administrativos, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas a cargo de las partes, tras considerar que los testigos no fueron contundentes para llevar al despacho a la convicción del tiempo en el que la demandante convivió con el causante, quien en el 2004 liquidó la sociedad conyugal que sostuvo con la demandante.

Agregó que dichos declarantes incurrieron en algunas contradicciones y que en todo caso, quedó acreditada la real convivencia entre el causante y una persona ajena al presente proceso, madre de su hijo Alejandro Ripe Vargas, y por quien tras su fallecimiento ocurrido el 18 de febrero de 2013, se le reconoció en vía administrativa la pensión de sobrevivientes al causante, en calidad de compañero permanente de Alejandrina Vargas Sierra, como lo afirmó Jorge Pinzón en la investigación administrativa realizada por la entidad al negar la prestación solicitada por la demandante (f.º 101-103).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** sostuvo que el hecho de hacer separado los bienes con su difunto esposo no significa que no haya convivido con él, además con las declaraciones de Marco Aurelio Cubides y de Heriberto Martínez Enríquez, se acreditó administrativamente el tiempo de convivencia de la pareja durante 48 años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento del causante, mientras que parece existir un fraude procesal en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes realizado al causante, respecto de Alejandrina Vargas Sierra, porque ella (la demandante) no conoce al testigo Jorge Pinzón, declaración con la que Colpensiones negó la prestación.

Argumentó que en todo caso, dicha beneficiaria falleció en el año 2013, motivo por el que solicita se compulsen las respectivas copias a la fiscalía, porque evidentemente no existió esa supuesta convivencia hasta el deceso del causante, quien para esa época se encontraba ya viviendo en el Centro Geriátrico. En consecuencia, pretende se revoque la sentencia de primera instancia con el fin de que le reconozcan la pensión con ocasión del fallecimiento de su esposo pensionado a través de la resolución n.º 5084 de 1998.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del pensionado Joselín Ripe Ripe.

Se acreditó en el proceso lo siguiente: **i)** que la demandante Elsa Cecilia Chávez Gamba contrajo matrimonio con Joselín Ripe Ripe, el

24 de enero de 1960, quien falleció el 14 de septiembre de 2017 (f.º 8, 9), habiendo sido pensionado por el extinto ISS, desde el 1º de abril de 1999, mediante Resolución n.º 5084 de 1999 y para la fecha de su fallecimiento, estaba incluido en nómina de pensionados, con una mesada equivalente a \$1.128.980 (CD f.º 52); **ii)** Colpensiones mediante resolución GNR 1240289 de 2014 otorgó una pensión de sobrevivientes al causante, a partir del 18 de febrero de 2013 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente para la época, con ocasión del fallecimiento de su compañera permanente Alejandrina Vargas Sierra, (CD f.º 84 y 90); y **iii)** que Colpensiones reconoció un auxilio funerario a la hija de la demandante y del aquí ausante, Martha Cecilia Rippe Chaves, mediante resolución SUB5613 de 2018, por el fallecimiento de su padre (CD f.º 52).

La norma aplicable para resolver la controversia, es la vigente para la fecha de la muerte del causante, esto es, los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016, SL15873-2017 y SL1362-2019), según los cuales, para el caso, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado que fallezca, entre otros, el cónyuge o compañera permanente que acredite convivencia con el pensionado hasta su muerte de por lo menos 5 años continuos.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, explicó que según la normatividad citada *“la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al*

fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605)».

Además, dicha Corporación ha precisado, que mientras los compañeros permanentes deben demostrar el cumplimiento del requisito expresamente establecido en la norma, a favor del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, la convivencia mínima por un lapso de cinco años pueda ser en cualquier tiempo, en el entendido de que, mientras el vínculo matrimonial no se disuelva, los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no (CSJ SL4346-2015, SL6990-2016, SL1399-2018 y SL1880-2018).

Descendiendo al caso de marras, se tiene que el registro civil de matrimonio da cuenta de la fecha en que la demandante y el causante contrajeron nupcias por el rito católico, el 24 de enero de 1960 (f.º 9), pero en el folio 355 del tomo 8 de la Notaría 6ª del Círculo de Bogotá DC, obra constancia de que mediante escritura pública n.º 01351 elevada el 2 de junio de 2004 en la Notaría 55 del mismo círculo se liquidó la sociedad conyugal entre los mencionados esposos (CD f.º 52).

En este punto precisa la Sala que la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL1399-2018, clarificó su criterio, para ratificar el sostenido en otras sentencias en las que sostuvo que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial, por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho pensional que aquí se persigue, como equivocadamente parece entenderlo el juzgador de instancia.

No obstante, del restante material probatorio aportado se constata que la demandante Elsa Chaves, no acreditó el tiempo mínimo de convivencia exigida, por lo siguiente:

La declaración extra proceso n.º 6139 rendida el 10 de octubre de 2017 ante la Notaría 55 de este Círculo en términos muy generales por Marco Aurelio Cubides (CD f.º 52), aun cuando no fue tachada ni desconocida por la demandada, no aporta la certeza suficiente como para que la Sala concluya y dé por cierta la convivencia que aparentemente tuvo la pareja Ripe Chaves, entre el 24 de enero de 1960 y el 14 de septiembre de 2017, en la medida en que el declarante no explicó los motivos por los cuales ni bajo qué circunstancias le consta en forma directa esa situación

El testigo Edilberto Martínez Enriquez, quien además de rendir la declaración extra proceso n.º 6138 el mismo día, ante la misma Notaría 55 y en similares palabras a las expuestas por Marco Cubides (CD f.º 52), pese a haber sido interrogado acerca del motivo por el cual le consta la convivencia de la demandante y el causante, no dio explicaciones contundentes ante el *a quo* de las cuales se pueda extraer el verdadero conocimiento que aparentemente tuvo de esa situación; ello por cuanto solo indicó de manera genérica que conoció a la pareja cuando llegaron a vivir en el mismo barrio ya que ha sido 5 veces presidente de la Junta de Acción Comunal, y que presuntamente la demandante convivió con Joselín Ripe hasta su fallecimiento, sin embargo, no señaló las circunstancias de modo tiempo, tiempo y lugar en la que le constó ese hecho, ya que dijo que se encontraba de vez en cuando con la demandante, pero que nunca fue a la casa de ellos, solo sabía que vivieron siempre en el mismo lugar (f.º 61, 65).

De manera que resulta ser un testigo de oídas porque lo que relató fue porque se lo contó la demandante, su hija Martha Ripe que vivía en Soacha o el causante a quien, según su dicho, visitó un par de ocasiones en un hospital psiquiátrico ubicado en Fusagasugá en el que quedó internado inmóvil en una silla de ruedas, último suceso que se desvirtúa, además, con la certificación que reposa a f.º 26, en donde consta que Joselín Ripe (QEPD) se registró como huésped permanente del Hogar Geriátrico Casa Hogar para la Tercera Edad Corazón de Jesús SAS, entre el 19 de febrero de 2013 y el 14 de septiembre de 2017. Aunado a ello, se contradujo el testigo en el sentido de señalar que el causante falleció en Fusagasugá, pero que asistió a su velación en la funeraria ubicada en la Avenida Primero de Mayo con Avenida Boyacá, situaciones por las cuales, debe la Sala descartar su declaración como medio probatorio válido dentro del presente proceso.

Igual sucede con la declaración rendida por la hija de la demandante, Martha Cecilia Ripe Chaves, dado que no dio información exacta acerca del tiempo en el que sus padres convivieron como pareja, solo que hubo una separación en el año 2003, momento en el que la demandante se fue a vivir en casa de su señora madre. Adicional a ello, incurrió en contradicciones respecto de lo afirmado en la demanda, porque señaló que su señor padre se fue a vivir a casa de una hermana que vivía en Fusagasugá, llamada Oliva, por recomendaciones médicas debido a un problema mental, por lo que la aquí demandante lo visitaba cada 15 días, o si no, él se trasladaba a Bogotá un fin de semana, empero en la demanda, se indicó que el causante era una persona totalmente dependiente de otra persona y que por ese motivo tuvo que ser internado en el mencionado hogar geriátrico.

Posteriormente, hubo otras contradicciones en las que la declarante sostuvo que como consecuencia de una trombosis, su padre fue trasladado a un geriátrico ubicado en Fusagasugá el 3 de marzo de 2012, mientras que en la certificación reseñada, se indica que fue desde el 19 de febrero de 2013 y en una comunicación suscrita el 1º de marzo de 2018 por la demandante con destino a Colpensiones relató que su esposo sufrió un accidente cerebro vascular el 8 de febrero de 2013 (CD f.º52); también señaló la testigo, que su padre era dependiente para caminar, por lo que no lo podían trasladar de un lado a otro, pero recordemos que al inicio de su declaración indicó que cuando la demandante no podía ir a Fusagasugá, el causante se trasladaba a Bogotá los fines de semana.

Adicional a lo anterior, causa extrañeza a la Sala, que en la declaración que rindió en el juzgado, insistió en que nunca tuvo conocimiento de la existencia de la señora Alejandrina Vargas Sierra, sino hasta el momento en que su señora madre reclamó la pensión ante Colpensiones, es decir, que la primera vez que escuchó ese nombre fue el 11 de octubre de 2017 (f.º11), también afirmó no tener conocimiento alguno de que su padre devengara una pensión distinta a la de vejez.

No obstante, al revisar el expediente administrativo de Alejandrina Vargas que reposa a f.º 84 y 90, se verifica que fue la testigo, quien por virtud del poder especial, amplio, suficiente y autenticado que su padre aquí causante le otorgó el 18 de octubre de 2013, firmó los formatos de solicitud de prestaciones económicas e información de EPS, a través de los cuales el día 30 de los mismos mes y año reclamó la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Alejandrina, tanto es así, que se notificó personalmente el 2 de mayo de 2014 de la resolución GNR 1240289 de 2014 mediante la cual Colpensiones le otorgó dicha prestación a

Joselín Ripe, en calidad de compañero permanente de Alejandrina Vargas Sierra (QEPD) cuyo deceso ocurrió el 18 de febrero de 2013 (CD f.º 84 y 90).

Por lo anterior, considera esta Colegiatura que además de ser totalmente imprecisa la declaración de la hija de la demandante, la misma no guarda la más mínima lealtad al deber de colaborar con la administración de justicia, pues sus dichos no son ajustados a la realidad ni gozan de la imparcialidad requerida por el artículo 211 del Código General del Proceso para ser tenida en cuenta como medio probatorio dentro del presente proceso, ya que las circunstancias aquí analizadas afectan plenamente su credibilidad.

Por lo demás, en relación con la última declaración rendida por Jorge Pinzón a la que hace alusión la apelante, debe indicar la Sala por una parte, que no obra dentro del plenario ni dentro de los expedientes administrativos allegados en medio óptico para así verificar la totalidad de su contenido, motivo por el cual no puede ser valorada por ausencia de la misma y por otra parte, a ella hizo referencia en forma escueta junto con otras pruebas, el Gerente del Departamento de Investigaciones de Cosinte Ltda, para la investigación y convivencia de Colpensiones, en el informe técnico de investigación n.º COLCO-70589 del 7 de noviembre de 2017 requerido por la demandada desde el 23 de octubre de la misma anualidad dentro del trámite administrativo tendiente a estudiar la solicitud de reconocimiento pensional elevada por la demandante, que trajo como consecuencia el resultado negativo de la resolución SUB277497 de 2017 que reposa de f.º 11 a 13, de ahí que el *a quo* haya mencionado la declaración de Jorge Pinzón.

En todo caso, si se hiciera a un lado dicho informe técnico de investigación, se llega a la misma conclusión a la que arribó el *a quo*,

por cuanto como se vio, y conforme a las profundas falencias encontradas en el material probatorio reseñado, la demandante no corrió con la carga probatoria que le correspondía al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, para acreditar en juicio que completó los 5 años de convivencia mínima con el causante en cualquier tiempo; nótese incluso, que para el 4 de junio de 1998, Joselín Ripe no reportó a nadie en el espacio asignado para cónyuge o compañera permanente, dentro del formulario de información general que diligenció ante el extinto Instituto de Seguro Sociales para su vinculación (CD f.º 52).

Así las cosas, se considera que el *a quo* no se equivocó al concluir que Elsa Cecilia Chaves Gamba, no tiene la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada en la demanda, en los estrictos términos requeridos por el art. 13 de la Ley 797 de 2003.

Ahora, en relación con el presunto fraude procesal en el que pudo haber incurrido el causante en vía administrativa ante Colpensiones, con el fin de obtener la pensión de sobrevivientes que pende del fallecimiento de Alejandrina Vargas Sierra y que le fue reconocida en resolución GNR1240289 de 2014 por haber acreditado la calidad de compañero permanente de la occisa, se debe indicar que resulta ser un hecho nuevo que no fue ventilado desde los albores de la demanda y respecto del cual la Sala carece de competencia para emitir pronunciamiento alguno o para verificar si Colpensiones se equivocó o no en el reconocimiento del derecho pensional; de hacerlo, se vulnerarían los derechos al debido proceso, defensa y contradicción de los cuales es titular la demandada, por lo que dicho acto administrativo goza de presunción de legalidad hasta tanto no sea controvertido ante la autoridad judicial competente. De ahí que no se vea la necesidad de ordenar compulsar copias al ente acusador.

Sin embargo, se deja en claro que la apelante se encuentra en plena libertad de acudir por sus propios medios, de considerarlo así pertinente, ante los organismos respectivos para exponer sus inconformidades en lo que tiene que ver con la prestación por sobrevivencia que en vida devengó el aquí causante.

En consecuencia, se **confirmará** la decisión de primera instancia. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2019, por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sala Quinta de Decisión Laboral

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEER

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **004 2018 00375 01**
DEMANDANTE: AMPARO MORENO PUERTO
DEMANDADO: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO CREDIFLORES Y COLPENSIONES

En Bogotá D.C., el treinta (30) de junio dos mil veinte (2020), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia dictada el 12 de julio de 2019, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la existencia del vínculo de trabajo con Crediflores, comprendido entre el 24 de abril de 1979 y el 30 de noviembre de 1981, tiempo en el que se debieron efectuar las correspondientes cotizaciones a pensiones; en consecuencia, se ordene a Colpensiones liquidar el valor del cálculo actuarial por el periodo mencionado, de acuerdo con los salarios devengados a noviembre de 1981, y actualizar su historia laboral; así mismo se condene a Crediflores a transferir el valor del título pensional a Colpensiones, y a pagarle a ella los perjuicios causados (f.º 5).

En lo que interesa a la alzada, fundamentó sus pretensiones en que laboró para Crediflores entre 24 de abril de 1979 y el 30 de noviembre de 1981, sin embargo, antes del año 2013 no figuraban esas cotizaciones en su historia laboral de Colpensiones, motivo por el que, con los correspondientes soportes solicitó la actualización de la historia laboral, pero el 30 de septiembre de 2013 Colpensiones le informó que ya habían efectuado la actualización correspondiente a los tiempos laborados, como se observa en el reporte del 4 de agosto de 2016; sin embargo, no estaban completos los periodos laborados, y que solo aparece el 1.º y 2 de mayo de 1979 y desde el 1.º de junio de dicha anualidad al 30 de diciembre de 1981 y a partir del año 2017 desaparecieron de su historia laboral las semanas cotizadas por Crediflores, quedando solo 0.29 semanas equivalentes al 1.º y 2 de mayo de 1979.

Señaló, que solicitó nuevamente la actualización de historia laboral a Colpensiones, pero mediante comunicados del 8 y 12 de junio de 2017, le indicó que como se había trasladado a PORVENIR SA, debía adelantar la gestión ante dicha administradora, y el 28 de junio siguiente le solicitó aportar pruebas de su vinculación laboral con Crediflores, informe detallado que fue remitido por ella, el 30 de junio de 2017; no obstante, Colpensiones el 1.º de agosto de la misma anualidad, le informó que no es posible efectuar la corrección solicitada porque en junio de 1982 hay una novedad de retiro con efectos retroactivos, asentada para la fecha 24 de junio de 1979, pero esta novedad no reposa en las instalaciones de Crediflores, conforme le indicaron en reunión de diciembre de 2017, situaciones que le han causado perjuicios dado que no ha podido tramitar la pensión de vejez (f.º 3-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 18 de julio de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 76).

Colpensiones, contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones y formuló como excepciones de mérito las de carencia de título para pedir, prescripción, buena fe, improcedencia de

intereses moratorios e indexación y compensación (f.º 79-86, 144, 145).

Crediflores, se opuso a lo pretendido y en su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas buena fe, inexistencia de la obligación, falta de causa, por la naturaleza de las pretensiones no debe asumirlas, allanamiento a la mora por parte de Colpensiones, enriquecimiento sin causa y prescripción (f.º 99-119).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 78).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 12 de julio de 2019, condenó a Colpensiones a actualizar y corregir la historia laboral de la demandante, incluyendo las semanas que fueron cotizadas por Crediflores, entre el 24 de abril de 1979 y el 30 de noviembre de 1981, con los salarios que aparecen reportados en la historia laboral, e impuso costas a su cargo; declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y absolvió a Crediflores de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Luego de encontrar acreditado el vínculo laboral entre la demandante y Crediflores, motivó la decisión, en que de acuerdo con el artículo 1.º del Acuerdo 224 de 1966, dicho empleador tenía la obligación de afiliar y realizar las cotizaciones en favor de su trabajadora, lo cual ocurrió dado que según la historia laboral del 4 de agosto 2016, consignó 135.14 semanas, entre el 1.º y 2 de mayo y 1.º de junio de 1979 al 30 de diciembre de 1981, no obstante dichos aportes fueron eliminados en el reporte de semanas del 7 de abril de 2017, sin que sea excusable la presunta novedad de retiro realizada en junio de 1982 con efectos retroactivos a 24 de abril de 1979, pues el artículo 37 del Decreto n.º3063 de 1989 no estaba vigente para la época en que apareció la novedad, en todo caso, la desafiliación retroactiva se debe dar a partir de la desvinculación laboral y no para la fecha del inicio de la misma, como lo hizo Colpensiones. Por este motivo, Crediflores no está obligada en pagar el cálculo actuarial solicitado en la demanda, al haber demostrado el pago de aportes a

lo largo del contrato laboral que sostuvo con la demandante (f.º 175, 176).

IV. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde se tendrá como problema jurídico, el determinar si Colpensiones se encuentra obligada a actualizar y corregir la historia laboral de la demandante, incluyendo las semanas cotizadas entre el 24 de abril de 1979 y el 30 de noviembre de 1981 por parte de Crediflores, en calidad de empleador.

Se encuentra acreditado dentro del plenario y no fue objeto de controversia que: **i)** la demandante se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales el 1.º de mayo de 1979, y se trasladó a Porvenir S.A. el 1.º de agosto de 2000, entidad a la que en la actualidad se encuentra cotizando con 1686 semanas a febrero de 2017, conforme se verifica en los diferentes reportes de semanas cotizadas en pensiones obrantes en físico y medio óptico, y con la consulta virtual del RUAF en el Sistema Integral de Información de la Protección Social; y **ii)** estuvo vinculada laboralmente con Crediflores entre el 24 de abril de 1979 y el 30 de noviembre de 1981, como da cuenta la certificación laboral expedida por dicha cooperativa, el 29 de julio de 2013 (f.º 35, 56, 120 y CD f.º 165).

La empleadora de la demandante adujo en su contestación a la demanda que afilió a su trabajadora y pagó todos los aportes en pensión durante la vigencia del nexos contractual, empero, las únicas planillas de pago que allegó son las obrantes de f.º 171 a 174, que también reposan dentro del expediente administrativo allegado en medio óptico a f.º 165, de las que solo se verifica la consignación de aportes en favor de Amparo Moreno, para los meses marzo de 1980, marzo de 1981, abril y julio de 1982.

Sin embargo, verificados los documentos aportados por las partes, tales como: *i)* múltiples solicitudes de corrección y actualización de historia laboral radicadas por la demandante y Crediflores, ante el Instituto de Seguros Sociales, Colpensiones, Porvenir y el Ministerio de Trabajo, entre noviembre de 2010 y julio de 2018; *ii)* la historia laboral tradicional de Colpensiones del año 2015, *iii)* los resúmenes de semanas cotizadas por empleador con detalle de pagos posteriores al año 1995, expedidos por Colpensiones entre enero de 2015 y agosto de 2016, *iv)* las historias válidas para bono proferidas entre noviembre de 2014 y marzo de 2016 por la oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y *v)* la historia laboral consolidada de Porvenir a 23 de febrero de 2017 (f.º 37-42, 56-64, 121-130 y CD contentivo del expediente administrativo-f.º 165), se constata por una parte, que hubo una novedad de ingreso por parte de Crediflores Ltda, el 1.º de mayo de 1979, con retiro para el día siguiente y otro ingreso el 1.º de junio de 1979, con cambios de salario en épocas distintas a los aumentos legales de salario autorizados por el Gobierno y sin registro de deuda hasta el 30 de diciembre de 1981 cuando se reporta la segunda novedad de retiro; y por otra parte, que en todos estos documentos se registran **135.14** semanas cotizadas por la mencionada empleadora en favor de la demandante.

Aunado a lo anterior, en el informe n.º 48241-C7H42503 expedido el 27 de enero de 2017 por el Área de Cumplimiento de Colpensiones, realizado en atención a las peticiones de octubre de 2014 y abril de 2015, quedaron evidenciados los movimientos antes descritos, para un total de **797** semanas acumuladas a esa data en el Régimen de Prima Media (f.º 168, 169 y CD f.º 165).

Empero, con posterioridad a abril de 2017, estas semanas disminuyeron drásticamente y notablemente a 0,29 tanto en los reportes de semanas con detalles de pagos antes y después de 1995 como en la historia laboral tradicional del año 2017, las cuales son equivalentes a solo 2 días de cotización: el 1 y 2 de mayo de 1979 (f.º 44-53, 159-168 y CD f.º 165), y la razón que argumentó el Área de Cumplimiento y la Dirección de Historia Laboral de Colpensiones, para no efectuar la corrección de los aportes, es que al validar las

microfichas n.º 1979, 1980, 1981 y 1982 digitalizadas en el ‘libro pago’, solo se encontró que Crediflores pagó en favor de la demandante, los ciclos comprendidos entre mayo y agosto de 1979, enero de 1980, diciembre de 1981, febrero y agosto de 1982, y que en este último mes, aparentemente se registró una novedad de retiro por parte de la empleadora, con efectividad retroactiva al 24 de abril de 1979, por lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto n.º 3063 de 1989 se presenta un incremento injustificado de semanas (f.º 64, 168, 169); lo que a todas luces resulta incoherente con la información que se verificó en los documentos ya reseñados, valorados en conjunto acorde con lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Además, en virtud de la comunicación dirigida a Amparo Moreno, en agosto de 2017 por la Dirección de Historia Laboral de Colpensiones (f.º 64), la empleadora demandada solicitó a la entidad el 25 de septiembre siguiente, información acerca de quién realizó o autorizó la desvinculación retroactiva de la ex trabajadora, y si se hizo alguna devolución de dineros por tal motivo, en la medida en que la empresa nunca reportó tal novedad, ni recibió dineros devueltos por parte de la administradora (f.º 126-129); de esta comunicación se dio traslado al área competente (f.º 130), pero de la copiosa documental que obra en el expediente, no se verifica una respuesta contundente por parte de Colpensiones a este preciso aspecto, solo la del 12 de octubre de 2017, en la que le informó a la compañía que no procedían para cobro, el ciclo abril de 1979 y los comprendidos entre junio de dicha anualidad y noviembre de 1981, debido a que en julio de 1982 se reportó una novedad de retiro en la planilla n.º 6356 «con 0 cotizados» (f.º 131, 165, 170), lo que se itera, no está acreditado.

Evidentemente, si como lo sostuvo Crediflores, no reportó al extinto Instituto de Seguros Sociales la desvinculación laboral de Amparo Moreno, precisamente el artículo 37 del mencionado Decreto n.º 3063 en el que se basó Colpensiones para no efectuar la corrección de la historia laboral, establece que con base en las pruebas que se aporten a la entidad, como son las que aquí se evidenciaron y analizaron, la desafiliación retroactiva se tomará con la fecha de la

terminación del contrato de trabajo (no con la iniciación del mismo como lo hizo Colpensiones); por lo que no hubo ninguna cotización irregular, pues estaban precedidas de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y la afiliación, en los términos ya indicados, de ahí que tampoco se hubiera efectuado devolución alguna de aportes al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto n.º 2665 de 1988.

Así las cosas, para la Sala está claro que Crediflores sí cumplió en tiempo con sus deberes de afiliación y pago de aportes, que le incumbían como empleador en vigencia del contrato de trabajo que sostuvo con la demandante, y no se evidencia omisión en la afiliación ni mora en el pago de los aportes; en todo caso, si en gracia de la discusión, al existir una afiliación por parte de la mencionada cooperativa, se traslada la obligación a cargo de Colpensiones, de velar por el cumplimiento en el pago de las cotizaciones por parte de los empleadores, para lo cual la legislación dio las herramientas necesarias a fin de obtener en forma coactiva el pago de los aportes y de los intereses de mora por el pago inoportuno de los mismos, sin que puedan trasladarse las consecuencias negativas de la omisión del empleador en el pago de los aportes, cuando la administradora no cumplió con su deber de cobro, pues el afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa (Corte Suprema de Justicia SL1624-2018).

En ese orden de ideas, sí es factible disponer el cómputo de ese período efectivamente cotizado dentro de la historia laboral de Colpensiones, como lo dispuso la *a quo*, porque no existe una razón atendible para que los ciclos comprendidos entre el 24 de abril de 1979 y el 30 de noviembre de 1981 haya sido suprimidos del reporte de semanas.

Finalmente, respecto a la excepción de prescripción, precisa esta Corporación que es reiterada y pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que el derecho a reclamar los aportes omitidos en el sistema de seguridad social en pensiones es imprescriptible, por tratarse

justamente de aquellos con los que se financia el reconocimiento de la pensión, derecho que también detenta tal calidad (CSJ SL792-2013, SL7851-2015, SL1272, SL2944 y SL16856 de 2016).

En consecuencia, habrá de **confirmarse** la sentencia consultada. Sin costas ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de julio de 2019, proferida por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de esta ciudad, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese y cúmplase



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MIRYAM DE JESÚS GARCÍA AMADOR** en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 005 2018 00263 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, nuevamente se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 2 de julio de 2019, por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de conformidad con la Ley 100 de 1993, junto con la

indexación y los intereses moratorios regulados en la misma normativa (f.º 1, vto).

Sustentó sus pretensiones en que nació el 27 de enero de 1956; laboró en varias empresas privadas y entidades públicas cotizando un total de 377.02 semanas al extinto ISS; a la fecha de presentación de la demanda contaba con 62 años de edad, motivo por el cual, el 21 de noviembre de 2016 manifestó a Colpensiones que no podía seguir cotizando al no acreditar la densidad mínima de semanas para acceder a la pensión de vejez, pero le fue negada mediante resolución GNR 8165 de 2017 debido a que goza actualmente de la pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante resolución n.º 0357 de 2013. Colpensiones confirmó la decisión en resolución DIR9508 de 2017 (f.º 1, 2).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de julio de 2018, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 35), quien contestó con oposición dado que no puede devengar dos prestaciones que provengan del tesoro público de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política y propuso como excepciones de mérito las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia actual de las obligaciones, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o reajuste, ni al pago de intereses moratorios o indemnización moratoria ni costas, buena fe, carencia de causa para demandar, y compensación (f.º 38-42).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado, guardó silencio (f.º 36).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 2 de julio de 2019, condenó a la demandada al pago de \$10.764.450 por concepto de indemnización sustitutiva regulada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, junto con la indexación teniendo como IPC inicial el del mes de julio de 2019 y el final, el del mes anterior al que se efectúe su pago, más las costas y declaró parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de los intereses moratorios.

Motivó la decisión en que la prestación aquí reclamada y la pensión de jubilación que en la actualidad goza la demandante no son incompatibles, porque Colpensiones no concurre con ninguna cuota parte en dicha pensión y el fondo común que administra no hace parte del tesoro público (f.º 68-73).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandada** adujo que existe incompatibilidad entre la prestación aquí reclamada y la pensión vitalicia de jubilación otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la medida en que todas las semanas laboradas tanto en el sector público como las cotizadas ante el ISS, financiaron la pensión de la demandante, tal como lo estipula la Ley 594 de 1999; aunado a que existe una prohibición tanto en el artículo 128 de la CP, como en la Ley 100 de 1993, de no percibir dos prestaciones que provengan del erario cuando se trata de cubrir una misma contingencia, pues los dineros de Colpensiones tienen una destinación especial y hacen parte del tesoro público, disposiciones que ese encontraban vigentes cuando la demandante adquirió su estatus pensional. Adicional a lo anterior, solicitó se verifique lo

atinente al monto otorgado por el *a quo*.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66 A y 69 del CPTSS, la Sala estudiará si es o no compatible la pensión de jubilación que percibe la demandante otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pretendida a cargo de Colpensiones; en caso afirmativo, se analizará el cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder al derecho reclamado, y en qué condiciones.

Se acreditaron y no fueron discutidos los siguientes hechos: **i)** la demandante nació el 27 de enero de 1956, por lo que a la fecha cuenta con 64 años de edad (f.º 9 y CD f.º 51); **ii)** completó 381.43 semanas cotizadas a Colpensiones por empleadores del sector privado y público entre el 14 de marzo de 1985 y el 30 de junio de 2008 (f.º 45, 49); **iii)** mediante resolución n.º 00857 de 2013, la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación en favor de la demandante, a partir del 6 de abril de 2012, al tenor de las leyes 33 de 1985, 91 de 1989, y 962 de 2005, y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 2831 de 2005, por haber prestado más de 20 años de servicios como Docente Nacionalizado Situado Fiscal, en la Alcaldía Municipal de Plato y en el Magisterio del Departamento de Magdalena, pago que se encuentra a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Fiduprevisora SA (f.º 28, 57-59 y CD f.º 51); **iv)** el 21 de noviembre de 2016, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, manifestando su imposibilidad de continuar cotizando (f.º 10-14); **v)** la prestación fue negada en resoluciones GNR8165 y DIR9508 de 2017, por considerarla incompatible al tenor de lo

previsto en los artículos 128 de la CP, 19 de la Ley 4ª de 1992, y 143 de la Ley 100 de 1993 y que los aportes efectuados deben ser utilizados para financiar la pensión reconocida por el Fomag, conforme a los artículos 2º del Decreto 2527 de 2000 y 17 de la Ley 549 de 1999 (f.º 17, 18, 29-32).

Por imperativo mandato legal contenido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes forman parte del sector que la jurisprudencia y la doctrina ha considerado como regímenes exceptuados del sistema general social integral, implementado mediante dicha Ley 100.

A su vez, en cuanto a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, se dispuso en dicha normativa, que no solo el Sistema de Seguridad Social Integral no se les aplica, sino que las *«prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración»*; de tal manera que los educadores cobijados por esas prerrogativas tienen consagradas en su favor claras disposiciones de compatibilidad con pensiones, salarios y cualquier otro ingreso; en lo atinente a ese régimen pensional especial y a la cobertura de las contingencias para la vejez, establecidas en sistema general de seguridad social, creado por la Ley 100 de 1993.

Además, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, compilado hoy en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, refirió con relación a esta compatibilidad, que para el caso de los educadores quedó abierta la posibilidad de acumular cotizaciones, sin embargo, ello no implica que los docentes deban escoger obligatoriamente uno de los dos regímenes existentes en materia de pensiones; lo que se prevé allí, es la posibilidad de solicitar la acumulación de los aportes

efectuados en uno de esos regímenes, con el fin de incrementar la prestación económica por vejez o disfrutar ambas prestaciones.

De manera reiterada, la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, ha señalado que no existe una incompatibilidad para gozar simultáneamente de las dos prestaciones, originadas ellas, en el trabajo a diferentes empleadores, puesto que la financiación de una y otra pensión es diferente, precisándose que los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles (CSJ SL, 19 jun. 2008 rad. 28164, SL, 3 may. y 6 dic. 2011 rad. 40848 y 39810, y SL451-2013).

También se debe advertir, que si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció que los docentes vinculados con posterioridad gozarán de las previsiones legales contenidas en la Ley 100 de 1993, lo cierto es, que para los docentes vinculados antes de aquella, aplican las disposiciones vigentes para el Magisterio Nacional, situación en la que se encuentra jurídicamente la demandante, pues estuvo vinculada en esa calidad desde el 6 de abril de 1992 (f.º 58), razón por la que no hay lugar a declarar la incompatibilidad pensional entre las prestaciones.

En este punto, se advierte que aun cuando el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, prevé que una de las características del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones consiste en que *«los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública»*, no se puede perder de vista que, la última expresión fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-378-98 *«(...) en el entendido que la naturaleza pública que se reconoce al fondo común que se constituye con los aportes de los afiliados en el régimen de prima media con prestación definida, dado su carácter parafiscal, en ningún caso, debe*

ser entendida en el sentido que los dineros que de él hacen parte pertenecen a la Nación».

Sobre ese aspecto, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, de manera reiterada y uniforme, ha explicado igualmente, que a pesar de que Colpensiones tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, contrario a lo que parece entender la apelante, ello no implica la propiedad del fondo económico con el que se financian las mismas, toda vez que los aportes que sirven para el efecto son realizados por empleadores y trabajadores y dicho ente solo actúa como su administrador (CSJ SL1373-2019, SL4538-2018 , SL451-2013, y SL, 18 sep. 2012 rad. 41158).

De este modo, encuentra la Sala que para el momento en el que la demandante solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el 21 de noviembre de 2016, contaba con un total de 381.43 semanas de cotizaciones efectuadas en forma interrumpida entre el 14 de marzo de 1985 y el 30 de junio de 2008 por el COM Hijas Nuestra Señora de Nazareth, Liceo Moderno del Norte, Centro Educativo La Sabiduría, Colegio La Inmaculada Concepción, Hermanas Terciarias Capuchinas de la Sagrada Familia, como trabajadora independiente y a través de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, última institución que reportó la novedad de retiro (R) (f.º 48, 49), y ya había cumplido 60 años de edad el 27 de enero de 2016 (f.º 9), así mismo, manifestó su imposibilidad de seguir cotizando (f.º 14).

Razón por la cual se concluye que la demandante acredita los requisitos normativos dispuestos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por cuanto si bien fue beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 ídem, no cumplió con la densidad mínima de cotizaciones necesaria para acceder a la pensión de vejez,

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, ni en el sistema general de pensiones del artículo 33 de la mencionada Ley 100, modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003, que para dicha anualidad, era de 1300 semanas.

Según lo hasta aquí expuesto y en los términos de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, había lugar a ordenar el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, *«equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado»*.

El artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, dispone la fórmula a aplicar para determinar el valor de la indemnización sustitutiva, la que conforme a la liquidación que se anexa a esta decisión, teniendo en cuenta un total de 381.43 semanas de cotización, un salario base de liquidación promedio semanal de \$193.691 y un promedio ponderado de los porcentajes de cotización de 9,82%, arroja la suma de \$7.252.251 la cual fue indexada a la fecha de esta decisión, monto que resulta inferior al establecido en primera instancia (que tuvo en cuenta un número mayor a las semanas realmente cotizadas en el RPMPD – f.º 48, 49), por lo que, al asistirle la razón a Colpensiones, habrá de modificarse la condena impuesta. Siendo oportuno precisar en relación con la indexación ordenada por el *a quo*, que la suma aquí liquidada, en todo caso deberá ser actualizada desde la fecha de esta decisión, hasta la de pago efectivo, al no serle extensible a la parte demandante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por lo demás, no se configura el fenómeno prescriptivo sobre la indemnización aquí reconocida, al no haber transcurrido más de 3 años entre su exigibilidad, esto es, a partir de la declaración de imposibilidad de continuar cotizando, que en este caso se dio el 21 de noviembre de 2016 (CSJ SL, 15 may. 2006 rad. 26330 y SL, 23

jul. 2009 rad. 36526), y la presentación de la demanda (7 de mayo de 2018 - f.º 33).

Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **primero** de la sentencia proferida el 2 de julio de 2019, por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de **condenar** a Colpensiones EICE, a reconocer y pagar a Miryam de Jesús García Amador, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, reglada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$7.252.251, que deberá ser indexada desde la fecha de esta decisión, hasta cuando se realice el pago efectivo por parte de la demandada, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
salvamento de voto

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hernán Mauricio Oliveros Motta', is written over the printed name below it.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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



SALVAMENTO DE VOTO:

DEMANDANTE: MIRIAM DE JESUS GARCIA AMADOR
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.
RADICADO: 11001 31 05 005 2018 00263 01

A continuación, se exponen las razones por las que se presenta salvamento de voto:

La Ley 100 de 1.993 estableció el sistema de seguridad social integral conformado por los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios, sujetos, entre otros, a los principios de integralidad y unidad (arts. 1º, 2º y 8º).

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la 797 de 2003, indicó que el Sistema General de Pensiones consagrado en dicha ley se aplicara a todos los habitantes del territorio nacional para quienes a la fecha de la vigencia de la Ley no hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general.

Lo anterior, en razón a que dicha norma respetó los derechos adquiridos.

A su vez, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal j), señala que ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez, entendiéndose estas de origen común.

En el artículo 36 de la ley 100 se establece el régimen de transición y diferencia dos grupos de beneficiarios con derechos distintos así:

El primer grupo está constituido por las personas que a la vigencia de la ley 100 de 1993, es decir, el 23 de diciembre de 1993, tenían cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez conforme a normas favorables anteriores. Tales beneficiarios tienen derecho a que se les reconozca y liquide la pensión "en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos", de acuerdo al régimen al cual estuvieren adscritos.

El segundo grupo lo conforman quienes al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, es decir, el 1º de abril de 1994, tenían cumplidos 35 años o más de edad, en el caso de las mujeres o cuarenta o más años de edad en el de los hombres, o por las que simplemente hayan completado 15 o más años de servicios cotizados sin ser determinante el factor de la edad.

A estas personas se les respetaba del régimen anterior el tiempo de servicio o

número de semanas cotizadas, el monto de la pensión y la edad, siempre que les fuere más favorable; pero en este caso se tiene en cuenta en los demás aspectos la Ley 100 de 1993, tal como lo señala el inciso 2 del artículo 36.

Revisada la prueba documental, se puede verificar que la demandante tenía expectativa pensional en la ley 33 de 1985, el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 71 de 1988 a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en razón a que contaba con tiempos de servicios, aportes a cajas y cotizaciones al ISS.

También se puede constatar por las pruebas que la demandante hace parte del segundo grupo del régimen de transición, porque cumplió los requisitos de tiempo y de edad necesarios para acceder al derecho en fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y por ello le fue reconocida la pensión por la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena, conforme se desprende del contenido de la resolución 00357 del 10 de octubre de 2013, a partir del 4 de abril de 2012.

Adicionalmente, con relación a la pretensión solicitada por la demandante que es la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es de señalar que esta es una prestación supletoria a la pensión de vejez, lo que hace que para su concesión se deban cumplir los requisitos contemplados en dichas normas.

Luego, para acceder a la Indemnización Sustitutiva de Pensión de vejez se requiere que i) el afiliado acredite que cumplió la edad mínima exigible para obtener el derecho. ii) que no ha cotizado en número de semanas exigidas y iii) declarar bajo juramento que le es imposible continuar cotizando.

En el caso bajo análisis, quedó establecido que la demandante cumple con la edad mínima exigible para obtener el derecho, ya que nació el 27 de enero de 1956, y solicitó la indemnización sustitutiva (fl. 10 a 12), sin embargo, dado que se encuentra pensionada por la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena, conforme se desprende del contenido de la resolución 00357 del 10 de octubre de 2013, a partir del 4 de abril de 2012, se advierte la improcedencia de la pretensión, pues debe recordarse que la finalidad de la indemnización sustitutiva, no es otra que la de permitir que las personas que habiendo cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez no han cotizado el número de semanas exigidos, puedan solicitar una indemnización.

De tal manera que no hay lugar a la compatibilidad solicitada de la pensión de jubilación consagrada para los docentes y la indemnización sustitutiva contemplada en la ley 100 de 1993, en razón a que los dos tipos de prestaciones cubren el mismo riesgo que es de vejez. Recuérdese que el objetivo de la Ley 100 de 1993 es precisamente unificar o integrar los recursos de prima media para cubrir las contingencias de sus afiliados y unificar las prestaciones de los afiliados.

Adicionalmente, también es aplicable la Ley 549 de 1999, en su artículo 17 inciso 4º, que establece que todos los tiempos laborados o cotizados serán utilizados para financiar la pensión y si no se tienen en cuenta para el reconocimiento se deben trasladar a la entidad que reconoció la pensión porque son necesarios para financiar la pensión de jubilación, de tal manera que no se derivan diversas pensiones por cada uno de los riesgos máxime cuando existe la incompatibilidad legal ya reseñada

Por lo anterior, se considera que el reconocimiento de la pensión y de la indemnización sustitutiva que cubren el mismo riesgo de origen común vulnera los principios del servicio público esencial de seguridad social en especial los de eficiencia e integralidad, principios consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, aunado a que existe una incompatibilidad legal entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez, y, en consecuencia, se debió revocar la sentencia de primera instancia.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **RUTH YOLANDA PARRA PINTO** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR SA**

EXP. 11001 31 05 008 2018 00294 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 12 de julio de 2019, por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Se reconoce a la Dra. María Elena Fierro García como apoderada sustituta de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos legales del poder allegado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare nula el acta o formulario de afiliación suscrito mediante el cual se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad; en consecuencia, se declare la continuidad de la afiliación en Colpensiones (f.º 10).

Sustentó sus pretensiones en que se afilió al ISS desde el 1º de diciembre de 1995 siendo funcionaria del Hospital de Occidente; a partir de febrero de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad sin que se le brindara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas, de uno y otro sistema de pensiones; el 29 de enero de 2018 solicitó a Porvenir el traslado al régimen de prima media con prestación definida, porque las supuestas bondades ofrecidas no eran ciertas, por tanto se sintió engañada, porque el monto de la pensión proyectada no guardaba relación con los aportes reportados; el 1º de febrero de 2018 Porvenir negó la pretensión fundamentando que le hacían falta menos de 10 años para obtener el derecho a la pensión de vejez; obtuvo respuesta negativa al haber solicitado a Colpensiones traslado al RPM por cuanto no cumplía con los 15 años de servicios al 1º de abril de 1993; en la actualidad cotiza en pensiones como independiente y concluyó que fue engañada por quien la indujo a trasladarse del RPM con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad (f.º 3, 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 16 de julio de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 37).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, y buena fe (f.º 45-48).

Porvenir SA, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 57-64).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 43).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 12 de julio de 2019, declaró infecaz la afiliación al régimen de ahorro individual; condenó a Colpensiones admitir a la demandante nuevamente al régimen de prima media con prestación definida; condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses, junto con los rendimientos que se hubieren causado sin descuento alguno por concepto de gastos de administración y los dineros que se hubieren descontado por los seguros provisionales de invalidez y muerte; condenó a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir S.A. y que reposan en la cuenta de ahorro individual y efectuar los respectivos ajustes en la historia pensional; así mismo, declaró no probada la excepción de prescripción y se abstuvo de imponer costas a las partes.

En lo que interesa a la alzada, consideró que no se acreditó por parte de las demandadas, teniendo la carga procesal de hacerlo, cuál fue la asesoría brindada a la demandante para que tomara la decisión de trasladarse del RPMPD al RAIS, por ende, no se tiene certeza de que la misma haya sido completa, ni que se cumplió con el deber legal

de información ni de hacerle una proyección pensional, así que también existió un vicio en el consentimiento, por no contar con la suficiente documentación respecto de su afiliación, aunado a que el perjuicio en el que podría incurrir la demandante es recibir una mesada equivalente a 1 smlmv teniendo en cuenta el capital ahorrado actualmente en la cuenta de ahorro individual en contraste con los últimos ingresos base de cotización con los que efectuó sus aportes; adujo que si el derecho a la pensión es imprescriptible, igual debe ocurrir con lo referente a la nulidad del traslado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA, sostuvo que no se incurrió en una prohibición legal que impidiera el traslado de régimen a la demandante, por ende, se trató de un acto voluntario y libre al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, máxime cuando no tenía ningún derecho adquirido, ni era beneficiaria del régimen de transición; no se puede perder de vista que la voluntad de permanencia en el RAIS se reafirmó con el gran número de semanas que cotizó con posterioridad al traslado. Aunado a lo anterior se debe tener en cuenta la inasistencia de la demandante a la audiencia de conciliación.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 25 de septiembre de 1964 (f.º 13); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 1º de diciembre de 1995 hasta el 31 de enero de 1999, 160.57 semanas (f.º 17, 18); **iii)** que el 29 de enero de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde 1º de marzo de 1999 (f.º 65, 67), donde actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1028 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de f.º 19 a 24, 82 a 86 y la certificación de f.º 66.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que

deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurre precisamente si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad afiliado’ de la afiliación a fondo de pensiones obligatorias n.º 01134338 diligenciado el 29 de enero de 1999, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como trabajadora: *«Hago constar que realizo **en forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 65).

De manera que se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de

suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 4-10) y del fallo de

primera instancia-, no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta el tiempo servido en el sector público (185.14 semanas – f.º 86, 87), las semanas que tenía cotizadas en el ISS (160.57 – f.º 17, 18), y la edad cumplida a la fecha de traslado (35 años – f.º 13), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que la *a quo*, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 22 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 70% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo

pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Porvenir, informarle a la demandante previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 4 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda y en la decisión de primera instancia, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque contaba con 29 años de edad y un tiempo equivalente a 185.14 semanas por servicios prestados en el sector público a 1º de abril de 1994 y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente

de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 25 de septiembre de 1964 y no lo hizo, sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir SA, mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 90, 91).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó, con la advertencia de que la parte

demandante no compareció a la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en enero del año 1999, el

mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Sin que sea viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Porvenir SA.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de julio de 2019, por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, de todas las pretensiones incoadas por **RUTH YOLANDA PARRA PINTO**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVA MANTO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GENOVEVA BOTACHE YATE** en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 008 2018 00445 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 23 de agosto de 2019 por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Se reconoce a la abogada María Elena Fierro García, como apoderada sustituta de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos legales que le fueron conferidos en el poder allegado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se condene a Colpensiones, a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por compañero permanente a cargo, previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desde el 1.º de abril de 2004, junto con las mesadas adicionales y reajustes legales, más la indexación de las sumas adeudadas (f.º 3).

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el extinto ISS, le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.º 7320 de 2004, con base en artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición. Convive desde el 1º de mayo de 1970 bajo el mismo techo, lecho y mesa, de manera continua e ininterrumpida con Luís Elicardo Castañeda Marín, quien depende económicamente de ella, no devenga pensión alguna y es su beneficiario en la Nueva EPS; reclamó administrativamente el 25 de abril de 2018, pero la solicitud fue negada (f.º 3, 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Inicialmente, la demanda fue rechazada por falta de competencia por el Juzgado 5º Laboral Municipal de Pequeñas Causas de esta ciudad, el 4 de julio de 2018 (f.º 28), por lo que el Juzgado 8º Laboral de este Circuito Judicial, avocó y admitió la demanda el 5 de octubre de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 33), quien la contestó oponiéndose a todas las pretensiones, con el argumento de que no se probó la dependencia económica del compañero permanente de la demandante, aunado a que el derecho se encuentra prescrito. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación y el derecho, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido y no configuración del derecho al pago de la indexación (f.º 36-40).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (f.º 34).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 23 de agosto de 2019, declaró probada la excepción de prescripción e impróspera la tacha de sospecha planteada por la demandada, en consecuencia absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas a las partes, tras considerar que los incrementos pensionales por personas a cargo no fueron derogados con la Ley 100 de 1994, pero que si bien se cumplieron los requisitos para acceder a ellos, lo cierto es que se encuentran prescritos en su totalidad (f.º 49-51).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante**, solicitó aplicar lo dispuesto en la sentencia SU-310-2017 en relación con la prescripción parcial de los incrementos pensionales reclamados por persona a cargo.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia sin causales de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver el recurso de apelación, según lo previsto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde se tendrá como problema jurídico el establecer si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en caso afirmativo, si se reúnen los presupuestos de la norma para disponer su pago, y si los

mismos se encuentran afectados del fenómeno prescriptivo en forma total o parcial.

Los incrementos pensionales del 14% por compañero permanente a cargo no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, se deben entender como parte del régimen de prima media con prestación definida en virtud del artículo 31 ibídem (CSJ SL, 27 jul. 2005 rad. 21517, SL, 5 dic. 2007 rad. 29751 y SL, 18 ago. 2010 rad. 36345, SL13007-2017 y SL1975-2018), criterio que acoge esta Sala de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Revisados los requisitos para el reconocimiento y pago del incremento pensional por compañero permanente a cargo, si bien habría lugar al reconocimiento de los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, porque se encuentran vigentes para quienes como la demandante, son pensionados por vejez en virtud del régimen de transición que remite al citado acuerdo, como consta en la resolución n.º 7320 de 2004 (f.º 13), aunado a que se acreditó la afiliación de Luís Elicardo Castañeda Marín, como beneficiario de la Nueva EPS (f.º 17), así como su calidad de compañero permanente de la demandante, con quien convive bajo el mismo techo, lecho y mesa desde hace un poco más de 30 años, y la dependencia económica total de este, respecto de Genoveva Botache Yate, con la declaración de las testigos María Dominga Arismendy y María Nelsy Pulido Machete (vecina, y nuera de la pareja, respectivamente), material probatorio con el que al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluye que se encuentran reunidos los requisitos legales para el reconocimiento de tales incrementos,

máxime cuando la demandada no acreditó que el compañero permanente de la demandante reciba pensión alguna.

Sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, SL, 13 jun. 2012 rad. 42568, SL, 18 sep. 2012 rad. 40919 y 42300, SL9638-2014, SL1585-2015, STL104-2016, SL1749-2018 y SL942-2019, que reiteraron la sentencia SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, entre otras), aunque los incrementos pensionales están vigentes, se encuentran sometidos a las reglas de la prescripción trienal que rige en materia laboral previstas en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en forma total y no parcial.

Y aunque no se desconocen por la Sala mayoritaria los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, en los que se adoctrinó sobre la imprescriptibilidad del derecho a incremento pensional, desde la sentencia T-456 del 27 de noviembre de 2018, al resolver de forma acumulada 11 expedientes que compartían unidad de materia, la alta Corporación concluyó que tal beneficio fue derogado con la Ley 100 de 1993, por lo que debió consolidarse en vigencia del Decreto 758 de 1990, tesis ratificada en la sentencia SU-140-2019.

Así las cosas, ante tal escenario la Sala mayoritaria acude en su integridad a la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que contrario a lo argumentado por la Corte Constitucional, ha sostenido de manera pacífica e inveterada que los citados incrementos pensionales conservan su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, pero además, que están sujetos al fenómeno de la prescripción, puesto que no hacen parte del derecho a la pensión, en tanto constituyen un aspecto económico que sirve para aumentar el monto de la misma y que tal incremento debe

entenderse exigible desde el momento en que se produjo el reconocimiento pensional (arts. 22 del A.049 de 1990, 31 Ley 100 de 1993, CSJ SL1975 y SL1749 ambas de 2018, SL13007-2017, SL, 10 ago. 2010 rad. 36345, SL, 27 jun. 2005 rad. 21517).

De manera que, al haber transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad del derecho a incrementar la pensión, con la notificación de la resolución n.º 7320 de 2004 que reconoció la pensión de vejez a la demandante (el 4 de junio de 2004 - f.º 13 vto), sin que se hubiese interrumpido el término prescriptivo dentro de los 3 años siguientes, pues los reclamó el 25 de abril de 2018 (f.º 19-22), es claro que los incrementos por cónyuge a cargo aquí reclamados, se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada, sin costas en la instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de agosto de 2019 por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá DC, pero de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ORD. n. 008 2018 00445 01



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
actuarium de voto



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ZULY MONTENEGRO CARRILLO** en contra de **PORVENIR SA** y **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 009 2017 00375 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL, 20 may. 2020 rad. 59476 y de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado efectuado del extinto ISS a Porvenir, al no habersele proporcionado por ésta, una información completa y comprensible acerca de su traslado; en consecuencia, pidió que se condene a la AFP privada aquí demandada a devolver a Colpensiones los aportes que

se encuentran en su cuenta de ahorro individual, última entidad que a su vez, deberá aceptar tales aportes y registrarla como afiliada en el RPMPD, sin solución de continuidad desde el 7 de abril de 1980 (f.º 39, 40).

Sustentó sus pretensiones en que se afilió a Colpensiones el 7 de abril de 1980, en donde aportó un total de 944 semanas; se afilió a Porvenir SA el 19 de octubre de 1999, en donde permanece actualmente afiliada; sin embargo, la persona que la asesoró para su vinculación a dicha administradora, no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en Colpensiones, tampoco elaboró una proyección completa teniendo en cuenta, el bono pensional, ni le dijo las desventajas de trasladarse al RAIS, o que podría devolverse antes de cumplir los 47 años de edad; lo único que le informó era que se podía pensionar a cualquier edad sin explicarle la afectación que tendría sobre su mesada pensional y sobre el bono pensional; actualmente cuenta con más de 1.810 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.

Señaló que el 3 de noviembre de 2016 solicitó a Porvenir la invalidación de la afiliación, y radicó formulario de traslado de régimen ante Colpensiones, pero el 8 de noviembre de 2016 Porvenir le informó que no existen elementos de juicio suficiente para dejar sin efectos la afiliación y, Colpensiones indicó que no es precedente dar trámite a la solicitud ya que no cumple con los 15 años o más, de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones (f.º 40-42).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 17 de julio de 2017, ordenando la notificación y traslado a las demandadas (f.º 55), quienes contestaron así:

Colpensiones, se opuso y para tal efecto, formuló como excepciones de mérito las de Imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y de activar la afiliación de la demandante en el RPMPD, Ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, Prescripción, y Buena fe (f.º 71 a 77).

Porvenir SA, se opuso a lo pretendido en el libelo genitor y propuso en su defensa las excepciones denominadas Prescripción, Falta de causa para pedir Inexistencia de las obligaciones demandadas, Buena fe, Prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, y Enriquecimiento sin causa (f.º 112 a 120).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se notificó debidamente a f.º 57 y 58, pero guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 22 de enero de 2019, declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 19 de octubre de 1999; ordenó a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, última entidad a la que a su vez ordenó reactivar la afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados; declaró no probadas las excepciones propuestas, e impuso costas a Porvenir.

En lo que interesa a la alzada, consideró que Porvenir SA no acreditó, teniendo la carga procesal de hacerlo, cuál fue la asesoría brindada a la demandante para que tomara la decisión de trasladarse del RPMPD al RAIS, por ende, no se tiene certeza de que la misma haya sido completa, veraz y oportuna ni que se cumplió con el deber legal de información, así que se configuró un vicio en el consentimiento, por no contar con la suficiente ilustración en relación con su afiliación, que no fue libre ni voluntaria (f.º 139, 140).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandas apelaron así:

Porvenir SA, argumentó no se probaron los fundamentos fácticos expuestos en la demanda, ni que se le hubiere dado una información errada a la demandante al momento del traslado, aunado a que cuando se trasladó en el año 1999 no tenía una expectativa legítima pensional, ni la edad, o una prohibición de traslado, tampoco era beneficiaria del régimen de transición, le faltaban más de 20 años para pensionarse, además el formulario lo firmó la demandante conforme lo establece el Decreto 692 de 1994 y la Ley 100 de 1993, aceptando las condiciones allí impuestas; y no se tuvo en cuenta que desde el año 2015 surgió la obligación para las administradoras de pensiones de dejar constancia de las asesorías, motivo por el cual con anterioridad a esa anualidad, ello no se hacía; en todo caso, se efectuó el aviso correspondiente relacionado con el Decreto 3800 y la Ley 797, ambos de 2003, documento que no fue desconocido por la demandante. Adicionó que las sentencias a las que hizo alusión la a quo se tratan de casos distintos al que aquí se ventila, por ende no pueden ser aplicadas, aunado a que no era posible hacer una proyección pensional, pues no tenía una expectativa legítima.

Colpensiones, manifestó que al momento en que la demandante efectuó el traslado y suscribió el respectivo contrato, generó una serie de obligaciones, por ende, está en cabeza del afiliado informarse de las consecuencias que ello acarrearía, máxime cuando la ley le concede el derecho de retracto pero no lo ejerció; agregó que cuando se realizó el traslado la demandante no estaba cobijada por el régimen de transición, ni tenía una expectativa pensional clara, por tal motivo se debe someter a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra actualmente afiliada.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del CPTSS, esta Colegiatura procede a resolver los recursos de apelación y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, con el fin de establecer si es viable declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad en los términos establecidos en la sentencia STL, 20 may. 2020 rad. 59476, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia., mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 17 de julio de 2019, por esta Corporación, y ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

«(...) La Corte ha establecido que no puede deducirse de dicho tipo de documentos [el formulario pre impreso de afiliación] el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de

pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

(...) Esta Sala precisó que en tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.

(...) Reiteradamente la Corporación ha señalado que la ineficacia aludida no está dirigida solo a los afiliados beneficiarios del régimen de transición establecido en el inciso 2.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (...)» Texto entre corchetes de la Sala.

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado que: **i)** la demandante nació el 13 de septiembre de 1960 (f.º 5); **ii)** cotizó al extinto ISS desde el 7 de abril de 1980 hasta el 31 de octubre de 1999, un total de 974,03 semanas (f.º 68 y 69); **iii)** que el 19 de octubre de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde el 1º de diciembre de 1999 (f.º 12, 83 a 86), entidad a la que actualmente se encuentra vinculada; **iv)** que ha efectuado cotizaciones al RAIS por un tiempo equivalente a 865 semanas (f.º 13 a 19, 82, 87 a 101); y **v)** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del Régimen de Ahorro Individual, no demostró el cumplimiento del deber de información, hay lugar a declarar la nulidad del tránsito de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la decisión apelada y consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación y los

valores que deben retornar del régimen de ahorro individual de parte de la última entidad administradora del RAIS, por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional.

En consecuencia, se **confirma** la sentencia de primera instancia. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de enero de 2019, por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



MARLENY RUEDA OLARTE



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por
FROILANDERSON NAVAS en contra de **AFP PROTECCIÓN SA.**

EXP. 11001 31 05 010 2018 00285 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados por las partes contra la sentencia proferida el 25 de julio de 2019, por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez desde el 20 de octubre de 2015, en forma indexada y al pago de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Sustentó sus pretensiones en que nació el 12 de octubre de 1979; trabajó con Computer Shop desde diciembre de 2012; desde el año 2007 presentó una fatiga con disminución de fuerza y con el transcurrir del tiempo, sufrió un preinfarto, por lo que presenta actualmente una enfermedad cardiopulmonar y fue diagnosticado con hipertensión pulmonar severa de causa SAHOS y primaria e hipertensión con dislipidemia y apnea del sueño severa; la Comisión Médico Laboral de la IPS Sura lo calificó con una disminución en su PCL del 69.41% con fecha de estructuración al 2 de abril de 2010.

Agregó que el 10 de septiembre de 2015 solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada el 19 de abril de 2018, bajo el argumento de no contar con 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha de la estructuración de la PCL; no obstante, cuenta con 145.7 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha en la que lo calificaron (del 20 de octubre de 2015 al 20 de octubre de 2012); a la fecha de presentación de la demanda contaba con 36 años de edad y con condiciones de indefensión dada su patología y precaria situación económica. Interpuso tutela para el reconocimiento de la prestación, la cual fue negada mediante fallos de los Juzgados 11 Municipal de Pequeñas Causas y 37 Circuito, de la especialidad Laboral de esta ciudad; la Junta Regional de Calificación de Invalidez, emitió dictamen n. 11510738-7047 en donde se dictaminó un 72.38% de PCL con fecha de estructuración al 14 de diciembre de 2010 (f.º 90-92).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 30 de octubre de 2018, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 105), quien contestó con oposición y propuso como excepciones de mérito las de

incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez, buena fe y prescripción (f.º 129-133).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de diciembre de 2019, declaró probadas la excepción denominada incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez, en consecuencia, absolvió a la demandada y condenó en costas a la parte demandante, tras considerar que el demandante no contaba con 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, teniendo en cuenta la fecha desde la cual inició cotizaciones y resaltar, que pese a indicarse en los dictámenes que el demandante estuvo trabajando un tiempo como trabajador dependiente y otro como contratista, con anterioridad al mes de diciembre de 2012, este omitió el deber, en esas dos ocasiones, de afiliarse y efectuar las cotizaciones respectivas como afiliado obligatorio del sistema general de pensiones, motivo adicional por el que a pesar de contar actualmente con 340.29 semanas, tampoco resulta obligada la demandada al pago de la prestación reclamada. Agregó que no se acreditó que la enfermedad denominada apnea del sueño y el problema cardíaco que se pudo presentar en su momento en el año 2010, haya ido cambiando o agravándose, ni que la PCL se hubiera causado con el transcurrir del tiempo, por lo que no se puede concluir que se trata de una enfermedad degenerativa (f.º 167, 168).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante argumentó que se debe aplicar la sentencia SU588-2016 a su caso, con el fin de otorgarle la pensión reclamada junto con los intereses moratorios, ya que se debe analizar su historia

clínica, dictámenes y demás estudios médicos anexados al expediente, en la medida en que padece una enfermedad crónica, degenerativa y progresiva, teniendo en cuenta que para el 2015 tenía una PCL de 69.49%, al 2017 una de 72.38% y sigue avanzando; ello sin importar el hecho de que en la actualidad cuente con 340 semanas de cotización a julio de 2019 y que se encuentre vinculado a un empleador, porque justamente es en virtud de la estabilidad laboral reforzada con la que cuenta por su estado de salud

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el art. 66 A del CPTSS, la Sala estudiará si hay a lugar a reconocer la pensión de invalidez al demandante desde el 20 de octubre de 2015, junto con los intereses moratorios reclamados.

Pensión de invalidez

La norma aplicable a efectos de establecer las condiciones para el reconocimiento de la pensión de invalidez es la vigente para la fecha de estructuración de tal estado (CSJ SL2203 y SL6397 ambas de 2016, SL4575-2017), así que como según el dictamen emitido el 14 de diciembre de 2017 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la fecha de estructuración de la PCL por 72.38% se fijó en el 16 de abril de 2010 (f.º 20, 21, 28 y 29), la norma que aplica a este caso, es el art. art. 39 de la Ley 100 modificado por el art. 1º de la Ley 860 de 2003 que establece en cuanto a la densidad de cotizaciones, un mínimo de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

De ahí que, en principio habría de concluirse que, en el caso del demandante, no se acreditaría este último requisito ya que de acuerdo con la historia laboral y el extracto de fondo de pensiones

obligatorias expedidos por la demandada (f.º 15, 16) no se registra ninguna semana en el lapso establecido en la Ley, en razón a que la entidad calificadora determinó que la invalidez se había estructurado el 16 de abril de 2010 y su primera cotización se dio a partir del 19 diciembre de 2012, lo que se constata de igual forma con la consulta de afiliaciones realizada en el Ruaf.

Por esta misma razón, tampoco resulta viable dar aplicación de manera excepcional al principio de la condición más beneficiosa, dado que no tiene las 26 semanas exigidas por el art. 39 original de la Ley 100, normativa inmediatamente anterior a la aplicable al presente caso (CSJ SL., 25 jul. 2012 rad. 38674), sin que en dicha historia se advierta registro de cotizaciones en mora con anterioridad al 19 de diciembre de 2012, o algún error evidente en una eventual imputación de pagos de cotizaciones pensionales, tampoco existe afirmación o prueba idónea, ni indicio alguno de los cuales se desprenda que la relación laboral entre Computer Shop SAS y el demandante, hubiera iniciado antes de esa data, como parece entenderlo de manera equivocada la *a quo*.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del criterio jurisprudencial según el cual, es viable el reconocimiento pensional por invalidez a partir del momento en el que se emite el dictamen de pérdida de capacidad laboral, es preciso señalar que la Corte Constitucional, entre otros pronunciamientos, en la sentencia SU588-2016, precisó que para el caso de las personas que padecen enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas, en las que el avance de la enfermedad es progresivo, se deben tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, ya que el cese de actividades laborales de forma definitiva y permanente que ocurre ante el contundente deterioro de la salud,

no necesariamente coincide con el momento en el que se efectúa el diagnóstico de la enfermedad.

De lo contrario, se impondría una condición imposible de cumplir, además, se estarían desconociendo principios constitucionales y los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, por lo que se debe verificar si los pagos realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, no se realizaron con el único fin de obtener un beneficio del sistema de seguridad social y si realmente fueron aportados en ejercicio de la capacidad laboral residual del afiliado, que según lo indicó la alta Corporación en la citada providencia, *«...se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad»*.

De conformidad con lo anterior, se hace necesario acudir a un análisis de las circunstancias particulares del caso, para establecer si hay lugar a tener como fecha de estructuración de la invalidez, una distinta a la determinada por el órgano calificador, esto es, el 20 de octubre de 2015 cuando se emitió el primer dictamen conforme lo peticionado en la demanda, para efectos de iniciar la contabilización de la densidad mínima de semanas exigidas por la normativa aplicable al caso del demandante (CSJ [SL3275](#), SL3992 y SL4567 todas de 2019, SL409-2020).

En ese orden, es preciso indicar que de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral emitidos por la IPS Suramericana SA, y la Junta Regional de Calificación de Invalidez, emitidos el 20 de octubre de 2015, el 14 de diciembre de 2017 y el 14 de diciembre de 2018 (f.º 6-10, 20-24, 27-29, 139-138, 152, 153), se desprende que la estructuración de la invalidez del actor en un 69.41% inicial que aumentó a 72.38 %, se relaciona con la fecha de hospitalización (abril

de 2010) en la que se evidenció mayor daño funcional, momento desde el cual se le diagnosticó la hipertensión pulmonar primaria severa y con uso de oxígeno, contando con otros dos diagnósticos importantes como síndrome de apnea e hipopnea obstructiva del sueño– SAHOS severo y episodio depresivo moderado; sin embargo, en concepto de la JRCI ninguno de estos padecimientos aplica para ser considerado como enfermedades degenerativas, progresivas, ni de alto costo o catastróficas.

A su vez, en los análisis realizados por la JRCI, se dejó anotado que el paciente presenta disnea desde el 2005 con episodio sincopal y síntomas cardíacos desde el año 2007, lo que también, señaló la mencionada IPS, en su dictamen al indicar que desde esa anualidad el demandante empezó a presentar fatiga y disminución de la fuerza, siendo admitida tal situación en el hecho 3º de la demanda (f.º 90); así mismo, dentro del capítulo de conductas en el dictamen, la IPS sostuvo que en la historia clínica aparece el 9 de agosto de 2009 una remisión de medicina general a cardiología por primera vez para descartar cardiopatía por presentar sensación de ahogo de medianos esfuerzos, el 30 de noviembre de 2009 le practicaron un ecocardiograma reportando ventrículo izquierdo con espesores parietales en límite superior al normal e insuficiencia leve de tricúspide y mitral; fue atendido el 26 de enero de 2010 por el cardiólogo por una patología respiratoria de 1 año de evolución, y el 6 de abril siguiente ingresó por urgencias, fue hospitalizado egresando el día 16 de los mismos mes y año.

Posteriormente, el 1º de octubre de 2011 el internista lo trató con oxígeno y medicamentos por presentar además, hipertensión con dislipidemia; el 18 de julio de 2012 se le practicó un ecocardiograma con dilataciones derechas, leve compromiso funcional e hipertensión pulmonar primario severo e hipertrofia ventricular izquierda, y el día

28 de ese mismo mes y año, fue tratado por neumología. De igual forma, luego de que el afiliado empezó a reportar cotizaciones a seguridad social en diciembre de 2012, por medio del empleador Computer Shop Colombia SAS, se registran consultas con especialistas, terapias, pruebas de esfuerzo y práctica de imágenes diagnósticas entre esta última data y agosto de 2015 para tratar los diagnósticos reseñados, con un pronóstico desfavorable del neumólogo por la enfermedad cardiopulmonar, sugiriendo un trasplante pulmonar y cardíaco; estos tratamientos y atenciones médicas, con posterioridad a la emisión del dictamen de la IPS, continuaron practicándose con el mismo fin, hasta mayo de 2017, pues así da cuenta el dictamen de la JRCl, así como el restante materia probatorio médico que obra de f.º 30 a 65, 39 a 72, 164 y 165.

De los mencionados dictámenes, se puede inferir que el demandante requiere oxígeno permanente desde octubre de 2016 y que estuvo incapacitado por lo menos el 19 de agosto de 2015, y entre agosto de 2016 y diciembre de 2017, también se consideró que para el 14 de diciembre de 2018 la situación de invalidez persistía, y con la última historia clínica aportada de f.º 106 a 165, se observa que gozó de incapacidades prorrogadas entre el 31 de diciembre de 2018 y el 27 de agosto de 2019 y que ha consultado los especialistas de la Fundación Neumológica Colombiana, con ocasión del seguimiento de la enfermedad vascular que padece, denominada hipertensión arterial pulmonar severa idiopática – clase funcional II.

Así que la Sala no desconoce que la patología que adolece el demandante, se trata de una enfermedad cardiovascular huérfana no transmisible o crónica identificada con el n.º 1014 según el listado realizado por el Ministerio de Salud en la Resolución 2048 de 2015, en concordancia con la Ley 1392 de 2010, modificada por el art. 140

de la Ley 1438 de 2011¹; pero estima, que aunque debe tenerse en cuenta la realidad laboral del solicitante para establecer la fecha de estructuración de su invalidez, las pruebas analizadas no son de tal contundencia como para determinar de manera científica una fecha de estructuración distinta a la establecida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Lo anterior, porque del análisis efectuado se puede concluir que la fecha de estructuración de la invalidez, no se aleja de la indicada por la JRCCI, teniendo en cuenta no solo la hospitalización importante que tuvo el demandante en el año 2010, y los registros médicos de toda la historia clínica, sino las mismas afirmaciones de él, relacionadas con el tiempo a partir del cual empezó a sentir los síntomas de sus dolencias, y siendo ello así, no se puede perder de vista que la afiliación al sistema general de pensiones se dio con posterioridad a aquella data, y que además, no realizó un solo aporte con anterioridad al 19 de diciembre de 2012, esto es, después de 2 años de estructurada la invalidez, y de 5 años de haber sentido el primer síntoma.

Así las cosas, la contingencia derivada de la invalidez que padece el demandante, no se encuentra cubierta por parte de la AFP aquí demandada porque ello depende de la afiliación que se hubiera realizado, pero habiendo ocurrido el siniestro en el presente caso, con anterioridad a esta, sin que se evidencie que los aportes realizados con posterioridad a diciembre de 2012 estén soportados en prueba que acredite el desempeño de sus labores en ejercicio de una real capacidad laboral residual del interesado, concluye la Sala que se realizaron con la única intención de obtener un beneficio del sistema, y siendo ello así, no es posible tenerlos en cuenta.

¹ <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PENT/Paginas/enfermedades-huerfanas.aspx>
<https://www.ins.gov.co/Direcciones/Vigilancia/Paginas/No-Transmisibles.aspx>

Aquí es importante precisar, que según los antecedentes del dictamen de Suramericana IPS SA que obra de f.º 6-10, el demandante sostuvo que prestó sus servicios como contratista en construcciones metálicas durante 15 años, y al momento en el que se le practicó el dictamen de la JRCI sostuvo que ejecutó labores como contratista independiente en calidad de soldador con equipo autógeno (f.º 21); empero ningún período cotizado bajo esa calidad, aparece registrado en la historia laboral actualizada emitida por la demandada, a pesar de que este contingente de trabajadores son sujetos obligatorios de afiliación al sistema, y quienes al tenor de lo dispuesto en los arts. 28 del Decreto 692 de 1994 compilado en el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, y 35 del Decreto 1406 de 1999 compilado parcialmente en el artículo 2.2.1.1.1.7 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, deben realizar el pago de las cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada; de modo que, si se llegara eventualmente a realizar el pago en forma extemporánea respecto de los meses durante los cuales el demandante estuvo aparentemente trabajando como contratista independiente antes del año 2012, si bien pueden resultar eficaces, no surten efectos retroactivos (CSJ SL573-2013 y SL13077-2014), como para obtener la pensión aquí deprecada.

Lo anterior, sin pasar por alto que, de conformidad con la consulta de afiliados compensados, realizada en la página web del ADRES, el demandante contaba con aportes vigentes de manera ininterrumpida como cotizante en salud hasta febrero de 2020, lo que desvirtúa cualquier merma en su desempeño laboral.

Y si en gracia de la discusión, se admitiera que el hecho que originó la invalidez del afiliado se dio el 20 de octubre de 2015 cuando se emitió el primer dictamen, como se sugiere en la demanda, o el 10 de septiembre de 2015, fecha de la solicitud de reconocimiento pensional

(f.º 13, 17-19 y 139), o el 30 de julio de 2019 data en que se registra dentro del expediente la última cotización al sistema general de pensiones (f.º 154-156), o incluso el 14 de diciembre de 2017 cuando la JRCI profirió su dictamen, y que por tal razón, podrían encontrarse acreditadas las 50 semanas exigidas por la norma para ser acreedor a la pensión de invalidez, se llega al mismo discernimiento relacionado con que esas semanas las cotizó el demandante con el único fin de obtener un beneficio del sistema y no «*en ejercicio de una efectiva y probada, explotación de una capacidad laboral residual*», en los términos dispuestos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-588-2016, replicados además por nuestro Órgano de Cierre de la Jurisdicción Laboral en la mencionada providencia SL3275-2019, tornándose así improcedente la reclamación del apelante.

Entonces, bajo el anterior concepto, se tiene que el demandante no cumple con el requisito de la densidad de semanas que exige la Ley 860 de 2003; en consecuencia, se **confirmará** de la sentencia de primer grado. Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2019, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'D.A.J. Correa Steer', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Hernán Mauricio Oliveros Motta', written over a horizontal line.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **BLANCA LIGIA ACEVEDO DAZA** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN SA, OLD MUTUAL SA, PORVENIR SA y COLFONDOS SA.**

EXP. 11001 31 05 015 2018 00352 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 19 de junio de 2019, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Se reconoce a la Dra. María Elena Fierro García como apoderada sustituta de la parte demandada, en los términos y para los efectos legales del poder allegado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de las vinculaciones efectuadas en enero de 1999, febrero de 2002, febrero de 2007 y septiembre de 2014, a las distintas administradoras privadas de fondos de pensiones demandadas, por existir un error de hecho que vició su consentimiento al no tener una debida información al momento de su afiliación, por lo que nunca efectuó un traslado válido al RAIS y se encuentra legalmente afiliada al RPMD; en consecuencia, se debe condenar a Colfondos a devolver a Colpensiones, todas las sumas que figuren en su cuenta de ahorro individual, como bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc., y esta última debe ser condenada a activar su afiliación, actualizar en la historia laboral las cotizaciones realizadas en el RAIS, reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 (f.º 5-6).

Sustentó sus pretensiones en que nació el 18 de agosto de 1960; laboró para la Fundación Educacional, en forma ininterrumpida entre el 2 de marzo de 1981 y el 31 de diciembre de 1998, tiempos que fueron cotizados al extinto ISS, completando 866.71 semanas; se trasladó a los fondos privados demandados en enero de 1999, febrero de 2002, febrero de 2007 y septiembre de 2014; sin que se le brindara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas, de uno y otro sistema de pensiones; tampoco se hizo un estudio comparativo de su situación particular, ni recibió información profesional, completa y comprensible acerca de las distintas alternativas para la elección de su régimen pensional; solicitó a las AFP demandadas entre marzo y abril de 2018 anular sus afiliaciones, y a Colpensiones activar su vinculación, pero 1 obtuvo sendas respuestas negativas; actualmente cuenta con 1852 semanas, por lo que el 15 de junio de 2018 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a Colpensiones, quien rechazó la petición (f.º 7-10).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de julio de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 156).

Old Mutual Pensiones y Cesantías SA, en su defensa invocó la prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa e inexistencia de la obligación, pago y buena fe (f.º 181-202).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o reajuste, intereses moratorios ni indemnización moratoria, y buena fe (f.º 229-241).

Colfondos SA, formuló como excepciones las de Validez de la afiliación, Inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos SA, Buena fe y Prescripción (f.º 274-285).

Porvenir SA, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 294-304).

Protección SA, se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, ejercicio oportuno al derecho de

retracto en el año 1998, prescripción, buena fe y compensación (f.º 331-338).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 19 de junio de 2019, declaró “nula o inválida” la afiliación efectuada el 18 de noviembre de 1998 ante Protección SA, con efectividad a partir del 1º de enero de 1999, así como las posteriores transferencias realizados entre las administradoras del RAIS; ordenó a Colfondos, trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante al RPMPD administrado por Colpensiones, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al RAIS; así mismo, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con los arts. 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificados por la Ley 797 de 2003, la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas a las partes.

En lo que interesa a la alzada, consideró que no se acreditó por parte de las demandadas, teniendo la carga procesal de hacerlo, cuál fue la asesoría brindada a la demandante para que tomara la decisión de trasladarse del RPMPD al RAIS, por ende, no se tiene certeza de que la misma haya sido completa, ni que se cumplió con el deber legal de información, así que también existió un vicio en el consentimiento, por no contar con la suficiente documentación respecto de su afiliación; adujo que si el derecho a la pensión es imprescriptible, igual debe ocurrir con lo referente a la nulidad del traslado.

Ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez regulada en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, dado que encontró acreditados

los requisitos para tal efecto, porque la demandante cuenta con más de 57 años de edad y casi 1900 semanas; sin embargo, no hizo la liquidación del IBL, en la medida en que no tiene conocimiento de cuándo se cotizó la última semana, por ende, la exigibilidad del derecho será en cuanto se acredite el retiro efectivo del sistema. No impuso costas en la medida en que los fondos consideraron estar actuando de acuerdo con la ley por contar los formularios de afiliación con la firma de la demandante, aunado a que por principio de favorabilidad, le es más beneficioso pensionarse a la demandante de acuerdo con las reglas de RPMPD (f.º 385-387).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandadas apelaron así:

Colpensiones apeló con el argumento de que no resulta viable declarar la nulidad del traslado al RAIS, con base en un presunto vicio en el consentimiento, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se efectuó dicho traslado y que no se acreditó que la información otorgada para tal efecto, hubiera sido equivocada o falaz; en consecuencia, se debe valorar lo manifestado por los testigos y la demandante en su interrogatorio de parte, con lo que se evidencia que las asesorías brindadas por cada fondo, estuvieron acorde con las características propias del RAIS, sin que ello se pueda considerar ventajoso o no. Agregó que debe ser exonerada de la condena impuesta para efectos de reconocer la pensión de vejez, toda vez que se trata de una petición antes de tiempo, dado que la decisión que declaró la nulidad del traslado no está en firme, por ende, la entidad no cuenta con el capital correspondiente para financiar la prestación.

Porvenir SA, sostuvo que no se incurrió en una prohibición

legal que impidiera el traslado de régimen a la demandante, por ende, se trató de un acto voluntario y libre, máxime cuando no tenía ningún derecho adquirido, ni era beneficiaria del régimen de transición; no se puede perder de vista que la voluntad de permanencia en el RAIS se reafirmó con el gran número de semanas que cotizó con posterioridad al traslado, que un error de derecho no vicia el consentimiento, conforme el art. 1509 del CC, y que el demandante fue negligente acerca de averiguar por su futuro pensional, ya que admitió que nunca investigó al respecto; en todo caso, tuvo la oportunidad de retractarse al tenor de lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003 y la Circular 01 de 2004 de la Superintendencia Financiera, como fue publicado en medios de comunicación de amplia circulación nacional, y no lo hizo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 18 de agosto de 1960 (f.º 34); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 2 de marzo de 1981 hasta el 31 de enero de 1999, 866.71 semanas (f.º 35-38, 349-356); **iii)** que el 18 de noviembre de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Protección SA, con fecha de efectividad desde 1º de enero de 1999 (f.º 288, 315, 340), y que luego de varias transferencias entre administradoras del RAIS, actualmente se encuentra vinculada a Colfondos SA, con un total de 1844

semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de f.º 39 a 45 y la certificación de f.º 293.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, aun cuando el formulario de traslado diligenciado en el año 1998 ante Protección SA, no fue anexado por ninguna de las partes, no se puede pasar por alto que al siguiente movimiento por cambio de administradora a la AFP Skandia, precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la afiliación a fondo de pensiones obligatorias n.º 142891 diligenciado el 14 de febrero de 2002, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: «*Declaro bajo juramento que **realizo en forma voluntaria, libre y sin presiones** la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad y a su vez Skandia Pensiones y Cesantías SA, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. Declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Así mismo declaro que he recibido y conozco el reglamento del fondo y el plan que seleccioné, a los cuales me adhiero y que me comprometo a actualizar mi información personal*» (f.º 58, 203, 223).

De manera que se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Protección SA y a Skandia, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Protección SA - Santander, y consciente de que en el año 1998 no tenía los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de prima media con prestación definida pues nadie la obligó a hacerlo, lo que incluso también ocurrió con los formularios diligenciados ante las demás administradoras, circunstancia indicativa del conocimiento de la demandante del RAIS, lo que

considera la Sala como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte (f.º 385-387), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, porque admitió ser Economista y que recibió una asesoría grupal e individual por parte de Protección SA - Santander, en la Universidad Católica, en donde trabajaba para esa época; que los asesores le indicaron los beneficios de pasarse al fondo, dentro de los cuales se encontraba la solidez y la forma de constitución de la empresa, obtener una pensión anticipada y la posibilidad de

transferirlos a su familia en caso de fallecimiento hasta cuarto grado de consanguinidad y que el ISS sería liquidado.

Agregó que al trasladarse a Skandia, la asesora le hizo unas cuentas y le indicó que tendría una mayor rentabilidad en los aportes efectuados, que tenía convenios con varias empresas por ser multinacional y podía pensionarse en menos tiempo; que luego en el año 2007 lo que la motivó a cambiarse a Horizonte, es que le ofrecieron mejores rendimientos y una tarjeta para utilizarla en supermercados por \$100.000 y luego otra por \$150.000, también le ofrecieron otros bonos para gasolina vehicular; que en el año 2014 se pasó a Porvenir y finalmente se quedó en Colfondos, de quien también recibió asesoría con un estudio actuarial, en el que observó que se podía pensionar antes y con mucho más dinero de acuerdo al trabajo que tenía, pudiendo establecer cuánto quería recibir al principio y cuánto al final, con los mismos beneficios de los otros fondos, pero con un rescate de bono pensional del seguro social, así que por ese motivo diligenció el formulario; adicionó que solo en el año 2015 inició averiguaciones acerca de su pensión y solicitó a Colfondos una proyección pensional, y en el 2017 le hicieron un estudio actuarial. Sostuvo igualmente que las asesorías que recibió de parte de las administradoras de fondos de pensiones se tardaban alrededor de 45 minutos o una hora, pero nunca formuló preguntas y tampoco verificó si la información relacionada con la presunta quiebra del seguro social era verídica.

Continuó la absolvente señalando que los fondos le advirtieron acerca de la posibilidad de hacer aportes voluntarios y que los podía retirar cuando quisiera, por lo que hizo ese ahorro desde que ingresó a Skandia para el estudio de su hija y sacó el dinero para pagar la matrícula en cuanto ella ingresó a la universidad; admitió haber recibido extractos trimestrales por parte de Santander y de la mayoría

de fondos a los que se vinculó en donde podía observar el movimiento que tenía su bono pensional, lo que se constata con los aportados con la demanda de f.º 46 a 57. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Aunado a lo anterior, los testigos Carlos Arturo Fajardo González y Gladys Galindo Torres, compañeros de trabajo de la demandante, confirmaron lo atinente a la asesoría individual grupal que recibieron en aquella época, por parte de Porvenir SA, y de Santander, la información dada por el respectivo asesor, que pudieron hacer preguntas, que sabían que podían hacer aportes voluntarios, pensionarse anticipadamente, y otras ventajas como la rentabilidad, junto con lo atinente a la liquidación del ISS y que en varias ocasiones, asistieron asesores de distintos fondos privados, por lo que el primero accedió a pasarse a Porvenir, y la segunda estuvo en Santander y en Porvenir, pero ambos posteriormente, se regresaron al ISS.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Y no se puede perder de vista, que conforme a los formularios que suscribió en febrero de 2002, febrero de 2007 y enero y septiembre de 2014 (f.º 58-60, 203, 223, 286, 306-308), la demandante recibió una amplia y más que suficiente asesoría para efectos de su vinculación a Skandia, Horizonte, Porvenir, y Colfondos, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el RAIS, pudo haber hecho uso de su derecho a retractarse, o de regresar al régimen de prima media.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 17) y del fallo de primera instancia-, no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas

que tenía cotizadas (866.71 – f.º 35-38), y la edad cumplida a la fecha de traslado (38 años – f.º 34), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió la demandante y el *a quo*, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 20 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 40% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Santander, Porvenir, Protección, Skandia, Old Mutual y Colfondos, informarle a la demandante previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 5 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda y en la decisión de primera instancia, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga

de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque contaba con 33 años de edad y 630.87 semanas de cotización a 1º de abril de 1994 y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 18 de agosto de 2007 y no lo hizo, al contrario, en febrero de ese año, hizo su tercer traslado de administradora a Horizonte, sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir SA, Santander, Skandia, Colfondos y Protección SA, mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 322, 323).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y con las 5 solicitudes de vinculación efectuadas a Porvenir SA, Skandia, Santander, Horizonte y Colfondos, ya reseñadas, estima la Sala que las mismas son claramente indicativas de que la promotora del juicio tenía pleno y amplio conocimiento del RAIS, advirtiéndose como ratificaciones tácitas del acto jurídico de traslado, corroborando

su conocimiento de las condiciones del régimen en el que se encontraba.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020 y que dicho sea de paso, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la

prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en noviembre del año 1998, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Sin que sea viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo

admitió al firmar el formulario de vinculación a Protección SA-Santander.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de junio de 2019, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA**, a **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS SA**, de todas las pretensiones incoadas por **BLANCA LIGIA ACEVEDO DAZA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVAMENTO VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sala Quinta de Decisión Laboral

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEER

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **015 2018 00500 01**
DEMANDANTE: CARLOTA DEL CARMEN RODRÍGUEZ LÓPEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

En Bogotá D.C., el treinta (30) de junio de 2020, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2019 por el Juzgado 15.º Laboral del Circuito de esta ciudad.

En relación con el memorial allegado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.º 54 a 59), precisa la Sala que el procedimiento establecido en el inciso 2.º del artículo 278 del Código General del Proceso, no es aplicable en materia laboral, comoquiera que nuestro procedimiento tiene regulación expresa.

Téngase a la Doctora María Elena Fierro García, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del memorial aportado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se condene a Colpensiones, a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por cónyuge a

cargo, previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desde el 1.º de agosto de 2009 y la indexación de las sumas adeudadas (f.º 3).

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que Colpensiones le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.º 034730 de 2009, a partir del 1.º de agosto de 2009, con base en artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición. Convive bajo el mismo techo, lecho y mesa, de manera continua e ininterrumpida con su cónyuge, Óscar Enrique Campo Olaya, quien depende económicamente de ella y es su beneficiario en la E.P.S. Sura; reclamó administrativamente el 22 de junio de 2018 (f.º 2, 3).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 31 de octubre de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 25), quien la contestó oponiéndose a todas las pretensiones, para lo cual formuló como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 28-33).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (f.º 27).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de junio de 2019, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, en consecuencia absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de la demandante, tras considerar que los incrementos pensionales por personas a cargo fueron derogados a partir del 1.º de abril de 1994, como lo ha

sostenido la Corte Constitucional en sentencia SU-140-2019, aunado a que estarían prescritos (f.º 47 a 48).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante**, consideró que las sentencias en las que se basó el *a quo* vulneran el principio de favorabilidad de la tercera edad, y el derecho a la igualdad de la situación más favorable, por ende, se debe aplicar lo dispuesto en la sentencia SU-310-2017 en relación con la prescripción parcial de los incrementos pensionales reclamados por cónyuge a cargo.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia sin causales de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver el recurso de apelación, según lo previsto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde se tendrá como problema jurídico el establecer si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en caso afirmativo, si se reúnen los presupuestos de la norma para disponer su pago.

La Sala se aparta de lo considerado por el *a quo*, en torno a la vigencia de los incrementos pensionales del 14% por su cónyuge a cargo, sobre la pensión mínima legal, en la medida en que los mismos no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, se deben entender como parte del régimen de prima media con prestación definida en virtud del artículo 31 *ibídem* (CSJ sentencias SL, 27 jul. 2005 rad. 21517, SL, 5 dic. 2007 rad. 29751 y SL, 18 ago. 2010 rad. 36345, SL13007-2017 y SL1975-2018), criterio que acoge esta Sala de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Elucidado lo anterior, y revisados los requisitos para el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a

cargo, si bien habría lugar al reconocimiento de los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, porque se encuentran vigentes para quienes como la demandante, son pensionados por vejez en virtud del régimen de transición que remite al citado acuerdo, como consta en la 034730 de 2009 (f.º 11), aunado a que se acreditó la afiliación de Óscar Enrique Campo Olaya como beneficiario de la E.P.S. Sura S.A., que no recibe pensión así como su calidad de cónyuge de la demandante, con quien contrajo matrimonio el 26 de marzo de 1976, (f.º 12, 15, 21), y la dependencia económica total de este, respecto de Carlota del Carmen Rodríguez López, con la declaración de los testigos Yeris Otilia Otero Buelva, Zoraima Beatriz Sánchez García, José Roberto Piraján Villagran (vecina, nuera y yerno de la pareja, respectivamente), material probatorio con el que al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social se concluye que se encuentran reunidos los requisitos legales para el reconocimiento de tales incrementos.

Sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, SL, 13 jun. 2012 rad. 42568, SL, 18 sep. 2012 rad. 40919 y 42300, SL9638-2014, SL1585-2015, STL104-2016, SL1749-2018 y SL942-2019, que reiteraron la sentencia SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, entre otras), aunque los incrementos pensionales están vigentes, se encuentran sometidos a las reglas de la prescripción trienal que rige en materia laboral previstas en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en forma total y no parcial.

Y aunque no se desconocen por la sala mayoritaria los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, en los que se adoctrinó sobre la imprescriptibilidad del derecho a incremento pensional, desde la sentencia T-456 del 27 de noviembre de 2018, al resolver de forma acumulada 11 expedientes que compartían unidad de materia, la alta Corporación concluyó que tal beneficio fue derogado con la Ley 100 de 1993, por lo que debió consolidarse en vigencia del Decreto 758 de 1990, tesis ratificada en la sentencia SU-140-2019.

Así las cosas, ante tal escenario la Sala mayoritaria acude en su integridad a la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que contrario a lo argumentado por la Corte Constitucional, ha sostenido de manera pacífica e inveterada que los citados incrementos pensionales conservan su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, pero además, que están sujetos al fenómeno de la prescripción, puesto que no hacen parte del derecho a la pensión, en tanto constituyen un aspecto económico que sirve para aumentar el monto de la misma y que tal incremento debe entenderse exigible desde el momento en que se produjo el reconocimiento pensional (arts. 22 del A.049 de 1990, 31 Ley 100 de 1993, CSJ SL1975 y SL1749 ambas de 2018, SL13007-2017, SL, 10 ago. 2010 rad. 36345, SL, 27 jun. 2005 rad. 21517).

De manera que, al haber transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad del derecho a incrementar la pensión, con la notificación de la resolución n.º 034730 de 2009 que reconoció la pensión de vejez a la demandante (el 8 de septiembre de 2009 - f.º 11 vto), sin que se hubiese interrumpido el término prescriptivo dentro de los 3 años siguientes, pues los reclamó el 22 de junio de 2018 (f.º 16), es claro que los incrementos por cónyuge a cargo aquí reclamados, se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada pero por lo aquí considerado.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de junio de 2019 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, pero de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en la segunda instancia, ante su no causación.

Notifíquese y cúmplase,


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Relacionada de 10/6


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARLOTA DEL CARMEN RODRIGUEZ LOPEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2018 00500 01

MAGISTRADO PONENTE: DAVID A. J. CORREA STEER

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA ELENA RESTREPO POSADA** en contra de **COLPENSIONES e ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA SA.**

EXP. 11001 31 05 016 2015 00954 02

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 29 de julio de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condene a Colpensiones a reliquidar y pagar la mesada pensional calculando el IBL con base en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990 junto con el retroactivo desde el 7 de junio de 2000 y, que de manera

solidaria se condene a Itaú al pago de las diferencias causadas desde la misma data (f.º 50, 64).

Sustentó sus pretensiones en que nació el 7 de junio de 1954; estuvo afiliada al ISS desde el 2 de enero de 1969 al 9 de septiembre de 1999; es beneficiaria del régimen de transición; mediante resolución n.º 018430 de 1999 le fue reconocida la pensión de invalidez; desde el 20 de junio de 2000 solicitó el cambio de pensión de invalidez a pensión de vejez, petición negada en resolución n.º 686 de 2000; reiteró la solicitud en varias ocasiones hasta que en resolución n.º GNR 36327 de 2013 Colpensiones le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$5.664.011 a partir del 1º de marzo de 2013, sin tener en cuenta que tenía derecho a dicha prestación desde el 7 de junio de 2000 cuando cumplió 55 años de edad, decisión confirmada en resolución n.º GNR297652 de 2013, bajo el argumento de no tener la novedad de retiro por parte de los Bancos Santander y de la República.

Agregó que según certificaciones expedidas, laboró para el Banco Santander, hoy Itaú entre el 5 de febrero de 1975 y el 30 de mayo de 1998, y para el Banco de la República, desde el 7 de febrero de 1963 hasta el 10 de enero de 1974, entidades que solicitaron el retiro retroactivo el 7 de enero y el 14 de febrero de 2015; Colpensiones negó la reliquidación mediante resoluciones n.º GNR206143 y GNR387877 de 2014 y VPB25485 de 2015, última que se expidió con el argumento de que no registra la novedad de retiro por parte del Banco Santander (f.º 47-50).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de junio de 2016, ordenando la notificación y traslado a las demandadas (f.º 65, 66), quienes contestaron así:

Itaú Corpbanca Colombia SA, contestó con oposición por no ser la legitimada para responder por el retroactivo pretendido, además porque afilió a la demandante al ISS para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, con el correspondiente pago de aportes en su totalidad desde el 5 de febrero de 1975 hasta cuando terminó la relación laboral el 30 de mayo de 1998, sin requerimiento alguno por parte de la codemandada, pues reportó oportunamente la novedad de retiro. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado frente al retroactivo pensional, prescripción, pago, compensación, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 160-172, 220-230).

Mediante auto del 14 de junio de 2018 se tuvo por no contestada la demanda por parte de Colpensiones (f.º 231), al no haber sido subsanada la contestación (f.º 76-89), decisión confirmada por esta Colegiatura el 5 de diciembre de 2018 (f.º 262, 264).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 67, 68).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 29 de julio de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y que el derecho pensional del demandante se causó desde el 7 de junio de 2000, sin embargo, no hay lugar al pago de diferencias, en consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra en relación con la reliquidación y

el retroactivo pensional e impuso costas a cargo del demandante y a favor de Itaú.

Motivó la decisión en que no es procedente la reliquidación porque al calcular el IBL de la prestación de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por hacerle falta más de 10 años para pensionarse a la entrada en vigencia de dicha norma, obtuvo una mesada inferior a la otorgada por Colpensiones en resoluciones n.º GNR36327 de 2013 y 20360 de 2017 para la pensión de vejez, dado que la mesada para la en el año 2013 daría \$4.051.839 y para el 2000 sería de \$2.065.580 de acuerdo con la liquidación realizada de f.º 279 a 282, monto inferior al que incluso, devengaba la demandante por concepto de pensión de invalidez.

Posteriormente, sostuvo que tampoco es procedente el retroactivo pensional porque por una parte, si bien la última cotización fue en octubre de 1998 y que la fecha de causación de la pensión de vejez se dio el 7 de junio de 2000, cuando la demandante arribó a los 55 años de edad, lo cierto es que solo elevó la reclamación para obtener el derecho pensional hasta el 7 de diciembre de 2012, por lo que se encontrarían prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 7 de diciembre de 2009, sin que haya un mayor valor por pagar teniendo en cuenta la liquidación que realizó con base en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; por otra parte, esa prestación resulta incompatible con la de invalidez de origen común que se encontraba disfrutando la demandante (f.º 283, 284).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** sostuvo que tiene derecho al retroactivo porque, contrario a lo señalado en las resoluciones expedidas, sí estaba desafiliada del sistema.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo estrictamente consagrado en el artículo 66A del CPTSS, la Sala verificará si la demandante tiene derecho al retroactivo pensional por el riesgo de vejez, reclamado ante Colpensiones desde el 7 de junio de 2000, teniendo en cuenta que también percibía de la misma entidad, una pensión de invalidez de origen común.

Dispone el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, respecto de las características del sistema general de pensiones, que *“Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”*. Tal prohibición, se encuentra referida a las pensiones de invalidez y de vejez que se causen como consecuencia de un riesgo común, toda vez que en tal caso, las prestaciones tienen origen en igual cotización, pues el sistema general de pensiones contenido en el libro I de la Ley 100 tiene la finalidad de amparar los riesgos de vejez, invalidez y muerte de origen común, y se financia con las cotizaciones que se efectúan a dicho sistema (CSJ SL, 21 sep. 2010 rad. 42279).

Sin embargo, ello de ninguna manera impide que cuando el pensionado por invalidez alcance los requisitos para acceder a la pensión de vejez, según el régimen pensional que le sea aplicable, pueda ser convertida la primera prestación en la segunda, para otorgarla de carácter vitalicia, sin sujeción a los procedimientos de revisión del estado de invalidez (CSJ SL18072-2016).

En el presente caso, se encuentra acreditado que la demandante nació el 7 de junio de 1945 por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 49 años de edad y cumplió 55 años de edad el mismo día y mes del año 2000; cotizó en toda su vida laboral 1409,86

semanas a Colpensiones entre el 2 de enero de 1969 y el 30 de octubre de 1998; se le reconoció la pensión de invalidez con base en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 a través de resolución n.º 014421 de 1997 en cuantía inicial de \$1.007.880 a partir del 26 de marzo de 1996, modificada en resolución n.º 18430 de 1999, en cuantía de \$1.307.609 fijada desde el 31 de octubre de 1997, la cual para la fecha de retiro de nómina ascendió a \$3.847.678 en el año 2013 (f.º 46 y CD f.º 278).

De igual forma se demostró que por solicitud radicada por la demandante el 7 de diciembre de 2012, Colpensiones convirtió dicha prestación en la de vejez, mediante resolución n.º GNR 036327 de 2013, para otorgarle como mesada pensional la suma inicial de \$5.664.011 a partir del 1º de marzo de 2013 de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 por favorabilidad y ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (f.º 21-26), pensión que posteriormente fue reliquidada por resolución n.º SUB20360 de 2017 para fijar como mesada a partir del 14 de diciembre de 2014 el monto de \$5.845.619, por virtud de la prescripción, decisión confirmada mediante resolución n.º DIR3839 del 21 de febrero de 2018 (CD f.º 278).

Adicional a lo anterior, se probó que por haber laborado entre el 7 de febrero de 1963 y el 10 de enero de 1974 en el Banco de la República, este le otorgó una pensión sanción a la demandante en cuantía inicial de \$1.022,87 a partir del 11 de enero de 1974, y que la mencionada entidad financiera realizó aportes en favor de la ex trabajadora hasta el 30 de octubre de 1998 (f.º 3 y CD f.º 278).

Así las cosas, no cabría duda en establecer que, en efecto, la demandante causó el derecho a la pensión de vejez no solo al tenor de lo dispuesto en el texto original del artículo 33 de la Ley 100 de

1993, sino con base en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 7 de junio de 2000, pues para esa época cumplió 55 años de edad, era beneficiaria del régimen de transición, ya tenía en su haber 1409.86 semanas de cotizaciones y ya se había reportado la novedad de retiro (R) por parte de la última entidad que cotizó a su favor en octubre de 1998, como da cuenta la historia laboral unificada del 10 de julio de 2019 anexada dentro del expediente administrativo.

No obstante, atendiendo los parámetros jurisprudenciales para establecer la compatibilidad de las prestaciones aquí enunciadas, discriminados en la sentencia SL1244-2019, es decir, el origen de las contingencias o riesgos que amparan, la existencia de una reglamentación propia y, la autonomía de la fuente de financiación, se concluye que la pensión de invalidez de origen común que la demandante percibió sin reparo alguno, hasta febrero de 2013 es incompatible con la de vejez que fue otorgada a partir de marzo de dicha anualidad, por virtud de la petición de conversión elevada en diciembre de 2012, sin que dentro del informativo y mucho menos del copioso expediente administrativo allegado en medio óptico, se constate que con anterioridad a dicha data, la demandante haya solicitado el reconocimiento o mutación de la prestación por invalidez a la pensión legal de vejez ante la entidad, como lo afirmó en el libelo introductor.

Lo anterior, por cuanto las prestaciones amparan el riesgo de origen común del Sistema General de Pensiones, comparten igual normativa, fuente de financiación, y son reconocidas por la misma entidad, quien dicho sea de paso, atendió la solicitud de cambio de pensión de invalidez a vejez dentro del término establecido en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, al expedir la resolución de reconocimiento de la prestación por vejez, el 14 de marzo de 2013 (f.º 21-26); de manera que con anterioridad, la demandante contaba con

la protección que consagra el sistema para atender su estado de invalidez.

En consecuencia, no hay lugar al pago de diferencia alguna en favor del demandante, por lo que habrá de **confirmarse** la sentencia apelada, **pero** por lo aquí considerado. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de julio de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá DC, **pero** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


DAVID A. J. CORREA STEER


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LENY HELGA FLÓREZ** en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 016 2017 00765 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de mayo de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Se reconoce a la Dra. María Elena Fierro García como apoderada sustituta de la parte demandada, en los términos y para los efectos legales del poder allegado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, en su calidad de compañera permanente de Carlos Julio García Herrera (QEPD), a partir del 5 de enero de 2004, junto con los reajustes de ley hasta la fecha de inclusión en nómina, los intereses moratorios desde la misma fecha y la indexación de las sumas adeudadas (f.º 20-22).

Sustentó sus pretensiones en que convivió en forma permanente, estable e ininterrumpida con Carlos Julio García Herrera desde el año 1983 hasta el 5 de enero de 2004, fecha en que el último falleció; desde 1983 la pareja se radicó en Houston, Texas, Estados Unidos, y tuvieron una hija, hoy mayor de edad llamada Catherine García Flórez; debido a la profesión de Ingeniero de la empresa Eidecol Ltda, la pareja tuvo que vivir unos años en Bogotá y otros años en Houston; el causante era pensionado del ISS y falleció el 5 de enero de 2004; solicitó la pensión de sobrevivientes junto con su hija, el 2 de marzo de 2005, pero fue negada mediante resolución n.º 18364 de 2005 bajo el argumento de que se habían presentado varias personas a reclamar con el mismo derecho, por lo que la justicia ordinaria debía resolver.

Agregó que el causante convivió con Yolanda Amelia Cruz y procreó una hija llamada Melba García Cruz, con quienes dejó de convivir desde el año 1983, pero disolvió la sociedad conyugal mediante escritura pública n.º 2999 del 1º de febrero de 1989 elevada ante la Notaría 26 de este Circuito, como quedó plasmado en la sentencia del 28 de marzo de 2014 proferida por el Juzgado 9º Laboral de Descongestión del Circuito, y confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 26 de junio siguiente dentro del proceso ordinario con radicado n.º 2010 00220, mediante la cual se absolvió a Colpensiones y a ella, (la demandante) de todas las

pretensiones incoadas por Yolanda Cruz; Yolanda y su hija siempre supieron que el causante vivía en Houston (f.º 22-27).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 28 de junio de 2018, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 182), quien contestó con oposición con el argumento de que la demandante no acreditó el requisito de convivencia con el causante dentro de los últimos 5 años de vida; propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, prescripción, caducidad, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación, reajuste, intereses moratorios o indemnización moratoria (f.º 198-205).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 8 de mayo de 2019, declaró probada en forma oficiosa la excepción de cosa juzgada, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de la demandante, tras considerar que el extinto ISS dejó en suspenso el reconocimiento pensional hasta que la justicia ordinaria resolviera dado que se habían presentado varias personas a reclamar el mismo derecho, y que al observar las sentencias de primera y segunda instancia proferidas dentro del proceso ordinario radicado 2010 00220 ventilado ante el Juzgado 9º Laboral de Descongestión de este Circuito, logró verificar que ese fue precisamente el objeto de la fijación del litigio, máxime cuando la aquí demandante fungió como interviniente excluyente en aquel proceso.

Señaló que el Tribunal no dijo que el objeto de la litis no

guardaba relación con Leny Flórez, aquí demandante, quien no hizo uso de los remedios procesales para solicitar aclaraciones, correcciones o adiciones de las mencionadas providencias, sino que únicamente apeló la de primera instancia, motivo por el que consideró que el Tribunal sí abordó los derechos y las pruebas tanto de Yolanda Cruz como de Leny Flórez, concluyendo que no era posible encontrar con certeza, las fechas del tiempo de convivencia de cada una de las litigantes con el causante, por lo que no lograron demostrar en dicho proceso los presupuestos consagrados en la ley 797 de 2003 para ser beneficiarias de la prestación reclamada, razón por la que confirmó la sentencia absolutoria, quedando así resuelta la controversia (f.º 268-270).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** sostuvo que no hay cosa juzgada, en la medida en que no hubo una decisión de fondo en relación con el derecho que reclama, porque la sentencia fue absolutoria, aunado a que la parte activa en aquel proceso fue Yolanda Cruz de García en contra de ella, su hija Katherine y Colpensiones, luego no son las mismas partes del presente caso y no se ha decidido quién tiene derecho a esa pensión de sobrevivientes; adujo que en las sentencias de aquel proceso no se indicó en forma clara y expresa que ella como compañera permanente del causante no tenía derecho a esa prestación y las pruebas allí recaudadas no se ajustan a derecho, de manera que considera que las razones expuestas tanto en primera como en segunda instancia, no son válidas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del CPTSS, la Sala verificará si en este caso se dan los presupuestos para

declarar probada la figura de la cosa juzgada frente a lo decidido dentro del proceso ordinario laboral con radicado 016 2010 00220 que cursó ante el Juzgado 9º Laboral de Descongestión de este Circuito.

A fin de resolver, se considera importante recordar que el artículo 303 del CGP, establece que para que se configure la cosa juzgada, el nuevo proceso debe versar sobre el mismo objeto, tener la misma causa y debe existir identidad de partes; elementos que sea el caso advertir, no sólo deben ser estudiados desde la óptica de la demanda y su contestación, sino además a partir de los problemas jurídicos desarrollados en el curso del proceso y las decisiones judiciales que los resolvieron, pues es claro que una vez en firme, las mismas adquieren el carácter de definitivas e inmutables, lo que confiere a las partes en contienda seguridad jurídica respecto de lo resuelto, pues justamente uno de los propósitos de la figura estudiada es evitar que sobre los mismos hechos se dicten decisiones contrarias.

En este asunto se advierte que la excepción de cosa juzgada se declaró probada en forma oficiosa con fundamento en las sentencias de carácter absolutorio de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado 9º Laboral de Descongestión de este Circuito y la Sala Laboral de Descongestión de esta Colegiatura el 28 de marzo y el 26 de junio de 2014, respectivamente, dentro del proceso ordinario laboral radicado 016 2010 00220, instaurado por Yolanda Amelia Cruz de García en contra del entonces Instituto de Seguros Sociales, Leny Helga Flórez Rojas y Catherine García Flórez, dentro del cual, Leny Flórez, en calidad de interviniente excluyente, también impetró demanda en contra de Colpensiones y de Yolanda Cruz (f.º 155-180, 253-266), por lo que sin duda alguna, se encuentra acreditado que en el caso de autos existe identidad de partes.

Ahora bien, frente a la identidad de objeto y de causa, debe decirse que si bien no son, en estricto sentido iguales, pues en el presente proceso, Leny Flórez, reclama exclusivamente frente a Colpensiones, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en su calidad de compañera permanente del pensionado Carlos Julio García Herrera (QEPD), a partir del 5 de enero de 2004, junto con los reajustes de ley hasta la fecha de inclusión en nómina, los intereses moratorios desde la misma fecha y la indexación de las sumas adeudadas, teniendo en cuenta que el extinto ISS mediante resolución n.º 18364 de 2005 negó la prestación (f.º 20-22); esa situación fue prácticamente la controversia que suscitó la interposición de la demanda por parte de Yolanda Cruz, en el radicado 016 2010 00220, quien, según los antecedentes que se observan en las providencias reseñadas, de conformidad con la decisión tomada por el ISS en la mentada mediante resolución n.º 18364 de 2005, solicitó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, incluyendo las mesadas dejadas de cobrar por el causante junto con los reajustes, mesadas adicionales e indexación, en calidad de esposa legítima de Carlos Julio García Herrera (QEPD), por considerar tener un mayor derecho frente a la compañera permanente Leny Flórez y su hija Catherine García (f.º 155-180, 253-266).

Lo anterior se afirma, porque en efecto, mediante resolución n.º 18364 de 2005, el ISS hoy Colpensiones, resolvió negar la sustitución pensional a Catherine García Flórez y dejar en suspenso el trámite de reconocimiento de la prestación solicitada por Yolanda Cruz y Leny Flórez, por causa del fallecimiento del pensionado Carlos Julio García Herrera (QEPD) *«hasta tanto se decida judicialmente por medio de sentencia debidamente ejecutoriada a qué personas o persona corresponde el derecho»*, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Acuerdo 049 de

1990, por existir controversia entre los pretendidos beneficiarios (f.º 34-37).

De ahí que se iniciara el proceso con radicado 016 2010 00220, en el que teniendo en cuenta que Colpensiones aceptó los hechos contenidos en los numerales 10 a 15 y que Yolanda Cruz no contestó el escrito presentado por la interviniente excluyente, se fijó el litigio, en *«establecer si la demandante y/o la interviniente tienen derecho a la sustitución pensional causada por el fallecimiento de Carlos Julio García Herrera»* (f.º 232-234); posteriormente, en dicho proceso Leny Flórez, en calidad de interviniente excluyente interpuso recurso de apelación en contra de la decisión absolutoria de primera instancia, para objetar *«el fallo en cuanto no resuelve la controversia sobre el derecho pensional que era la esencia del proceso»*, ya que al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 del mencionado Acuerdo 049, el Juzgado 9º Laboral de Descongestión de este Circuito, no definió qué persona es la beneficiaria de la prestación pensional, teniendo ella el derecho a percibirla en su condición de compañera permanente de Carlos Julio García Herrera (QEPD), por las pruebas allegadas a dicho proceso, mientras que en su sentir, Yolanda Cruz no acreditó los requisitos previstos en la normativa aplicable al caso (f.º 246-635).

Por virtud de esa impugnación y de la interpuesta por Yolanda Cruz, la Sala Laboral de Descongestión de esta Corporación, en providencia del 26 de junio de 2014, se ocupó de *«determinar quién es beneficiario de la pensión de sobrevivientes del causante señor Carlos Julio García Herrera»*, y para ello concluyó que *«las solicitantes no logra [sic] demostrar los presupuestos estipulados Ley 797 de 2003 [sic], para hacerse acreedora [sic] de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, no quedando otro camino que confirmar la sentencia objeto de apelación»* (f.º 167-180, 253-266), sin que de la consulta de procesos realizada en la página web de la Rama Judicial, se observe que la interviniente excluyente de ese proceso, misma demandante en este, haya impetrado recurso de casación o

solicitud de adición, aclaración o corrección frente a la providencia emitida por la Sala Laboral de Descongestión, para esbozar sus argumentos relacionados con que las pruebas allí recaudadas no se ajustan a derecho, que es en lo que basa su apelación dentro del presente asunto.

De manera que no se equivocó el juzgador de instancia en dar aplicación al artículo 282 del CGP, aplicable por vía de remisión al procedimiento laboral (artículo 145 del CPTSS) y declarar probada de manera oficiosa la excepción de cosa juzgada, porque como quedó visto, Yolanda Cruz y Leny Flórez, no acreditaron dentro del proceso ordinario laboral con radicado 016 2010 00220 acreditaron los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, para ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes reclamada con ocasión del fallecimiento de Carlos Julio García Herrera; por ende ello envuelve las pretensiones aquí reclamadas que giran en torno a verificar si con las pruebas aportadas Leny Flórez, en calidad de compañera permanente del mencionado causante, tiene derecho a dicha prestación, pues esa controversia en estricto sentido fue zanjada por la Sala Laboral de Descongestión de esta Corporación, sin que se vislumbre la vulneración de derecho alguno.

Además, nótese que tal y como da cuenta la constancia secretarial que obra al reverso del f.º 180, prácticamente la mayoría de las pruebas que la aquí demandante pretende hacer valer dentro del presente proceso y que fueron aportadas con la subsanación a la demanda de f.º 41 a 180, se tratan de copias autenticadas tomadas de los originales que reposan dentro del expediente radicado 016 2010 00220, que evidentemente fueron valorados probatoriamente dentro las sentencias sobre las cuales hoy se estudia la figura de la cosa juzgada; por ende, no puede pretender la demandante que

dentro del presente proceso se valoren pruebas que no fueron allegadas en su oportunidad ante el Juzgado 9º Laboral de Descongestión de este Circuito, y que tal vez surgieron con posterioridad al proferimiento de las providencias de primera y segunda instancia a las que se ha hecho referencia, mucho menos, que se vuelva a reabrir un debate ya concluido entre ella y Colpensiones.

En los anteriores términos queda estudiado el recurso de la demandante, por lo tanto, habrá de **confirmarse** la decisión del *a quo*. Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de mayo de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'DAVID A. J. CORREA STEER', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ANA VICTORIA MEJÍA PÉREZ** en contra de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 017 2017 00661 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y surtir en su favor el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la sentencia proferida el 8 de julio de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Se reconoce a las Dras. Diana Marcela Contreras Supelano y Jeimmy Carolina Buitrago Peralta, como apoderadas sustituta y general de las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., respectivamente, en los términos y para los efectos legales de los poderes allegados.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad porque Colfondos S.A. no proporcionó una debida información al momento de su traslado acerca de los riesgos y sus desventajas; en consecuencia, se condene a Colfondos a trasladar los aportes cotizados al régimen de prima media con prestación definida (f.º 2, 3).

Sustentó sus pretensiones en que se afilió al ISS desde el 15 de febrero de 1982; aportó un total de 455,29 semanas; el 30 de julio de 1999 se afilió a Colfondos S.A. sin que se le informara que el monto de la pensión proyectada no guardaba relación con lo que recibiría en ISS, ni teniendo en cuenta el valor del bono pensional, las desventajas de trasladarse de régimen, ni que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes de cumplir los 47 años y al contrario se le entregó información de manera sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado, con la información de que el ISS se iba acabar y que se podría pensionar a cualquier edad.

Sostuvo que el 12 de mayo de 2017 solicitó a Colfondos S.A. la invalidación de afiliación, petición que fue rechazada el 6 de junio de 2017 por insuficientes elementos de juicio, y a su vez radicó formulario de traslado de régimen a Colpensiones pero obtuvo respuesta negativa ese mismo día; hoy en día se encuentra afiliada a Colfondos S.A. y cuenta con más de 1.350 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones (f.º 3-6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de noviembre de 2017, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 47). En auto proferido

dentro de audiencia celebrada el 24 de julio de 2018 se ordenó integrar a Colpensiones (f.º 104-108).

Colfondos SA, se opuso aduciendo que la demandante se afilió libre y espontáneamente y no propuso excepciones en su defensa (f.º 76-90).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 110-130).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 137).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 8 de julio de 2019, declaró no aprobadas las excepciones de inexistencia de la obligación y de prescripción propuestas por Colpensiones; declaró que la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS por Colfondos S.A. fue infecaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declaró que la demandante se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y que dicha entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad; ordenó a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores relacionados a cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiera lugar, con todos sus frutos y

rendimientos; ordenó a Colpensiones a recibir el traslado de fondos y convalidarlos en su historia laboral y condenó en costas a las demandadas.

En lo que interesa a la alzada, consideró que no se acreditó por parte de las demandadas, teniendo la carga procesal de hacerlo, cuál fue la asesoría brindada a la demandante para que tomara la decisión de trasladarse del RPMPD al RAIS, por ende, no se tiene certeza de que la misma haya sido completa, ni que se cumplió con el deber legal de información, así que también existió un vicio en el consentimiento, por no contar con la suficiente documentación respecto de su afiliación; adujo que si el derecho a la pensión es imprescriptible, igual debe ocurrir con lo referente a la nulidad del traslado (f.º 155-159).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló con el argumento de que dentro del proceso no fue demandada inicial, por lo que no puede ser condenada en costas, de modo que tampoco tiene conocimiento de las situaciones específicas por las cuales la demandante pudo haber realizado el traslado de régimen.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 8 de noviembre de 1959 (f.º 19); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 15 de febrero de 1982 hasta el 31 de julio de 2001, 455.29 semanas (f.º 31); **iii)** que el 30 de julio de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos SA (f.º 30, 91), a la que actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1791.14 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de f.º 41-46, 92-94.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la

selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado ‘voluntad de afiliación’ de la afiliación a fondo de pensiones obligatorias n.º 7093542 diligenciado el 30 de julio de 1999, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *«Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado **en forma libre, espontánea y sin presiones**. Así mismo que he elegido a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos, para que administre mis aportes pensionales y que los datos aquí reportados son verdaderos»* (f.º 30, 91).

De manera que se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas en los hechos 11 y 15 (f.º 5), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, porque admitió que los asesores le indicaron los beneficios de pasarse al fondo, dentro de los cuales se encontraba obtener una pensión anticipada. Manifestación que denota su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona

alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 6-14), no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas (455.29 - f.º 31), y la edad cumplida a la fecha de traslado (40 años - f.º 19), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió la demandante y el *a quo*, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 17 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 50% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Colfondos, informarle a la demandante previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 4 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda y en la decisión de primera instancia, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho

pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque contaba con 34 años de edad y 455.29 semanas de cotización a 1º de abril de 1994 y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 8 de noviembre de 2006 y no lo hizo, sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado en periódico de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto con impresión del 9 de enero de 2004 (f.º 98-100).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar

libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en julio del año 1999, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Sin que sea viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Protección SA-Santander.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

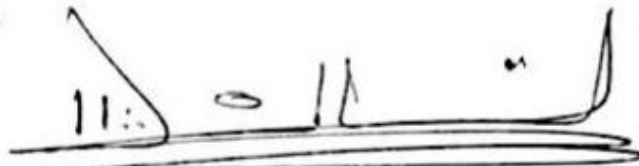
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS SA**, de todas las pretensiones incoadas por **ANA VICTORIA MEJÍA PÉREZ**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVAMENTO VOTO

Rad. 110013105 017 2017 00661 01

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Ana Victoria Mejía
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 017 2017 00661 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas

públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

Rad. 110013105 017 2017 00661 01

3

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **KJAKSON TARAZONA RAMOS** en contra de **LUCKY GAMING SAS.**

EXP. 11001 31 05 022 2017 00438 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 9 de agosto de 2019, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 3 de noviembre de 2015 y el 27 de marzo de 2017, que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de la indemnización de los perjuicios causados,

por lucro cesante, desde que ocurrió el despido, más el pago de las cesantías y los intereses moratorios *«dejados de percibir desde el momento del despido (...) hasta el momento en que se produzca el fallo»*, las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del CST, y la indexación (f.º 14, 15).

Sustentó sus pretensiones en que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, el 3 de noviembre de 2015, con el fin de desempeñar el cargo de Gerente Comercial en esta ciudad, con un sueldo quincenal de \$5.500.000, data para la que no se encontraba bajo ninguna causal objetiva que impidiera desarrollar la mencionada labor, no había sido condenado ni tenía antecedentes; el 8 de junio de 2016 fue condenado por el Juzgado 26 Penal del Circuito; el 1º de febrero de 2017 se suscribió entre las partes un otrosí del contrato referido; el 22 de marzo siguiente, fue citado a rendir descargos por la presunta vulneración a las obligaciones legales, contractuales y reglamentarias.

Sostuvo que el 27 de marzo de 2017 la demandada terminó de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo, bajo el argumento de haber suministrado información alejada de la realidad respecto del adelantamiento de estudios de maestría en la Universidad Complutense de Madrid, y ocultar actividades ilícitas previas a su vinculación con la empresa; no obstante, consideró que nunca defraudó el deber de confianza y fidelidad hacia su empleador y tampoco suministró información falsa para ingresar a trabajar; desde la intempestiva decisión, ha sufrido perjuicios económicos al no poder solventar sus obligaciones personales y familiares (f.º 12-14).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de diciembre de 2017, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 20), quien contestó con oposición con el argumento de que el demandante no informó al momento de ingresar a laborar que había sido detenido, además indicó que había terminado sus estudios de maestría sin ser ello cierto; propuso como excepciones de mérito las de terminación del contrato de trabajo con justa causa, falta de causa para la acción, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, pago y compensación (f.º 59-74).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 9 de agosto de 2019, declaró probada la excepción de terminación del contrato de trabajo con justa causa, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar inicialmente, que lo que ató a las partes fue un contrato de trabajo a término fijo de un año vigente entre el 3 de noviembre de 2015 y el 27 de marzo de 2017 y, posteriormente señaló que se acreditó por parte de la demandada la justeza del despido porque el actor desde la presentación de su hoja de vida afirmó tener una maestría que realmente no ostentaba y adicional a ello, omitió informar que en su contra cursaba un proceso penal que, finalmente culminó con sentencia adversa. Así mismo, explicó que la terminación del contrato laboral, no requiere de un proceso disciplinario previo y que dentro del expediente no se acreditaron los perjuicios ocasionados con dicha decisión (f.º 154, 155).

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del CPTSS y en concordancia con la fijación del litigio realizada en la audiencia de que trata el artículo 77 ídem (f.º 143, 144), por cuestiones de método, la Sala verificará cuál fue la modalidad contractual que pactaron las partes, si hay lugar al pago de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, con ocasión del despido del demandante y si este se tornó en injusto que lo haga acreedor de las indemnizaciones reclamadas con base en los artículos 64 y 65 del CST, así como al pago de cesantías e intereses causados con posterioridad a ese suceso.

Modalidad contractual

Si bien los extremos temporales planteados en la demanda no fueron objeto de discusión, en cuanto a la modalidad contractual se debe advertir que pese a que el demandante sostuvo que lo que lo unió con la demandada fue un contrato de trabajo a término indefinido, tal afirmación quedó desvirtuada no solo con el contrato de trabajo individual a término fijo de un año n.º 16452439 suscrito por las partes el 3 de noviembre de 2015 aportado con la demanda y contestación (f.º 4, 78), la certificación laboral visible a f.º 9 y el primer otrosí celebrado por los contendientes el 3 de marzo de 2016 (f.º 79), sino por la confesión realizada en el interrogatorio de parte, en donde el demandante admitió haber firmado sin reparo el mencionado contrato y los otrosíes.

De manera que no cabe duda que la modalidad contractual que ató a las partes fue un contrato de trabajo individual a término fijo de un año con el fin de que el demandante se desempeñara como Gerente Comercial, frente a lo cual, vale la pena recordar que por el solo hecho de hacer renovaciones ininterrumpidas, como aquí sucedió, no significa que se cambie la naturaleza del contrato y que

se mute a uno de duración indefinida, porque ello depende siempre del acuerdo de voluntades (CSJ SL, 5 may. 2006 rad. 27034 y SL, 1º dic. 2009 rad. 35902), ni siquiera si subsisten las causas que le dieron origen, porque ello no se traduce en que el vínculo permanezca vigente en el tiempo (CSJ SL, 7 feb. de 2003 rad. 19343), máxime cuando el empleador es libre de escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades y por ende el contrato a término fijo, goza de plena legitimidad dentro de nuestro ordenamiento (CSJ SL3535-2015 y SL15610-2016). Por lo que en este ítem será **confirmada** la sentencia consultada.

Terminación del contrato de trabajo – indemnizaciones

Aclarado lo anterior, se debe advertir que no fue objeto de discusión que la demandada unilateralmente dio por terminado el contrato de trabajo que celebró con el demandante, a partir de la culminación de la jornada laboral del 27 de marzo de 2017, pues así da cuenta la misiva que reposa de f.º 96 a 101 del plenario. Sin embargo, en cuanto a los perjuicios reclamados con ocasión de este suceso, la jurisprudencia de nuestro Órgano Máximo de Cierre, ha sostenido que la indemnización de perjuicios generados por la desvinculación ilegal o injusta no está contemplada dentro del Código Sustantivo del Trabajo para el despido (CSJ SL, 15 sep. 2009 rad. 35510), de ahí que no prospere el pedimento del demandante.

En todo caso, los perjuicios deben ser ciertos y existir plena convicción de la gravedad en el detrimento que se deba reparar (CSJ SL887-2013 y SL4510-2018), carga probatoria que no ejerció el actor, al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del CGP, ya que no acreditó una conducta torcida del empleador que hubiere causado perjuicios adicionales y distintos a los previstos en el artículo 64 del CST para el simple acto del despido injusto, ni que este se configuró

ante una actuación de la demandada que tenía por objeto lesionar al trabajador o generar en menoscabo en su patrimonio moral, como lo sería la imputación injustificada y arbitraria de conductas delictivas, contrarias a la moral o la ética que afecten su honra o el buen nombre.

Ahora, sabido es que la indemnización del artículo 64 del CST contempla el lucro cesante y el daño emergente por el simple despido injusto (CSJ SL4510-2018), pero tal y como lo concluyó el *a quo*, no es viable su imposición, dado que la empleadora probó la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios, veamos:

La carta de despido suscrita el 27 de marzo de 2017 hace alusión a que el demandante incumplió de manera grave con sus obligaciones, dado que engañó de manera deliberada, consciente e intencional a la empresa, con información que no corresponde a la realidad y que además ocultó información relevante, dado que en el desarrollo de los nuevos requerimientos en materia de seguridad de la información, la compañía verificó los antecedentes de todos los trabajadores, encontrando que en contra del demandante se había proferido una condena en su contra por los delitos de estafa agravada y falsedad en documento privado, desde el de junio de 2016, para lo cual se le impuso una pena de prisión, multa económica e inhabilidad en el ejercicio de derechos y funciones públicas, hecho que fue negado por el trabajador a la empresa, el 10 de marzo de 2017.

Adicional a lo anterior, señaló la demandada que al momento de ingresar a la compañía, el demandante diligenció un formulario en el que no respondió con la verdad a las preguntas realizadas relacionadas con una posible detención y un posible hurto a empresas donde haya prestado servicios con anterioridad. También se adujo que en la hoja de vida se indicó que ya había realizado una

maestría en la Universidad Complutense de Madrid, sin embargo, dicha institución educativa sostuvo que el demandante nunca ha cursado estudios allí (f.º 96-101).

En efecto, la acreditación de esta última conducta, se verifica con la hoja de vida que fue allegada por la demandada, en la que el demandante adujo en su perfil profesional ser «*master en administración y dirección de empresas (MBA) de la Universidad Complutense de Madrid*», lo que colocó además en el capítulo de estudios formales, como si hubiera adquirido el título en el año 2015(f.º 75-77). Empero, la testigo Ana Cristina Orjuela, Directora Administrativa de la compañía, el 24 de marzo de 2017 le informó por escrito a Carlos David Orjuela Avella, representante legal, que una vez efectuada una llamada a la línea de información que aparece en la página web de dicha institución educativa, le informaron que no contaban con un MBA virtual y que el mencionado programa no existe en la Universidad, por lo que no podían confirmar si el demandante aparecía en sus registros como estudiante o como egresado (f.º 86).

La testigo enunciada junto con el otro trabajador de la compañía, Jorge Luís Silva, agregaron con sus declaraciones, que esa verificación se dio con ocasión a un reporte emitido por el personal encargado de la verificación del sistema SIPLAFT, en el que se alertó al demandante por una condena penal en su contra; y frente a esta situación el Gerente en su interrogatorio de parte, sostuvo que hicieron unas verificaciones mínimas al momento de recepcionar la hoja de vida del demandante.

Al ser indagado por este suceso en el interrogatorio de parte, el demandante adujo que realmente para la época en que pasó la entrevista para ingresar a trabajar en la empresa demandada, se encontraba cursando un máster en la entidad Bureau Veritas, que se

encarga de facilitar el acceso a la educación como master oficial en las universidades de España, para ofrecer una doble titulación en Dirección de Administración como MBA Dirección de Marketing y como Auditor Interno, pero que *«en la hoja de vida puse que era la Universidad Complutense de Madrid, para no explicar todo (...), para que no fuera tan extenso de explicar, que era por dicha entidad»*, para lo cual hizo referencia a una certificación que aparentemente fue la aportada a los hermanos Orjuela, al momento de ser contratado, y que según su insistente dicho, es la misma allegada con la demanda a f.º 10.

Dicha certificación fue expedida el 23 de mayo de 2017 por la Secretaría de Alumnos del Centro Universitario de Madrid, España Bureau Veritas, por lo que resulta desde todo punto de vista ilógico que la hubiera presentado al momento de haber sido contratado en noviembre de 2015; además, allí no se hace referencia a una doble titulación y tampoco a alguna relación con la Universidad Complutense de Madrid; lo que allí se certificó es que el demandante *«cursó (pero no concluyó) en la convocatoria de septiembre de 2013, el Máster MBA Internacional en Administración y Dirección de Empresas, (...) impartido en modalidad elearning por Bureau Veritas Centro Universitario, con título propio de la Universidad Camilo José Cela»* con calificaciones asignadas solo en 2 materias de las 10 que debe cursar.

De manera que, la tercera causal aducida en la carta de despido fue debidamente acreditada, en la medida en que como se observó, el demandante no solo afirmó en su hoja de vida ostentar un importante título académico que no ha adquirido, sino que no dio información real acerca de la institución educativa de la ciudad de Madrid, España, en la cual estaba cursando la maestría, por lo que la empresa no tenía conocimiento de que a quien debía pedir la confirmación de la información era a Bureau Veritas Centro Universitario de Madrid, España, como lo afirma el demandante en su interrogatorio de parte.

Ahora, acerca de la primera conducta enrostrada (omisión u ocultamiento en la información acerca de la condena por sentencia de la justicia penal impuesta en su contra), se tiene que el representante legal sostuvo que teniendo en cuenta que el eje principal de la empresa es un contrato de concesión con el estado con la empresa Coljuegos, tiene la obligación de tener al día la información en el Sistema Integral de Prevención y Control de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo – SIPLAFT, lo que incumbe un monitoreo periódico del todo el entorno empresarial, es decir, a los clientes, proveedores y trabajadores, con el fin de saber con qué personas se relaciona la compañía; de ahí que el personal encargado de hacer el monitoreo, emitió un reporte en el que se alertó que el demandante presentó una condena por estafa y falsedad en documento, motivo por el cual empezaron las investigaciones.

A f.º 84 obra escrito del 22 de marzo de 2017 mediante el cual fue citado el demandante a diligencia de descargos para ese mismo día, no obstante, no compareció dado que según lo indicado en una llamada telefónica realizada por el personal de la compañía, así le asesoró su abogado (f.º 85), lo que constató en su interrogatorio de parte, al sostener que no asistió porque no tenía tiempo para preparar su defensa. De manera que al tenor de lo dispuesto en el art. 96 del RIT, al no comparecer a la diligencia sin justificación alguna, perdió el derecho a ser escuchado entendiéndose como aceptada la falta (f.º 125 vto).

En este punto se advierte que conforme al criterio acogido por esta Sala, sentado por la CSJ entre otras en las sentencias SL560-2013, SL3655-2016, SL8307-2017, el despido no se asimila a una sanción disciplinaria y tampoco tiene la naturaleza que ostenta esta, por lo que legalmente no está sujeto a un trámite previo, a menos que así se hubiera pactado en el contrato de trabajo, el reglamento interno

de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral. Y, si no se fijó como condición para el despido un trámite preliminar, el hecho de que se lleve a cabo por parte del empleador, es una garantía que redundará en beneficio del trabajador, quien en tal evento, tendría la posibilidad de justificar la levedad de sus actos u omisiones o probar que no incurrió en las faltas atribuidas, pero aquí ni el despido está consagrado como una sanción disciplinaria en el RIT o en el contrato de trabajo, ni el demandante hizo uso de ese beneficio, a pesar de que la demandada adoptó una posición totalmente garantista y respetuosa de los derechos al debido proceso y defensa, al haberlo citado a la diligencia de descargos.

En todo caso, la sentencia a la que se hizo referencia, la obtuvo la compañía el 27 de febrero de 2017 en respuesta a una petición elevada por el representante legal, decisión que fue expedida el 8 de junio de 2016 dentro del radicado 2009 076 88 NI 223859, por el Juzgado 26 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá DC, mediante la cual se condenó al demandante en su condición de autor responsable del delito de falsedad en documento privado en concurso homogéneo sucesivo y heterogéneo con el delito de estafa agravada, a una pena privativa de 32.5 meses de prisión, multa de 45 smlmv, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas durante el mismo tiempo; también se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena poniéndolo a 2 años de prueba con diligencia de compromiso y pago de caución prendaria y se ordenó la destrucción de los documentos espurios.

Según los antecedentes de la decisión, el demandante se allanó en forma libre, consiente y voluntaria a los cargos, mediante audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 11 de febrero de 2015 ante el Juzgado 30 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, por hechos relacionados con la

obtención de 532 anticipos irregulares de caja menor para fotocopiado por un valor total de \$102.043.650 con la utilización entre los años 2007 y 2009 de facturas y autorizaciones falsificadas y por los que, ante una denuncia realizada por Auros Copias, fue capturado en flagrancia el 17 de septiembre de 2009 en el Centro Comercial Cafam de la Floresta, entidad última en la cual había dejado de trabajar desde el 2 de febrero de 2009 (f.º 87-93).

Es decir que, para el 29 de octubre de 2015, momento en que del demandante diligenció el cuestionario de sinceridad previo a su contratación laboral en Lucky Gaming SAS, tenía conocimiento del proceso penal que cursaba en su contra, y además ya había sido capturado en flagrancia; sin embargo, en dicho formulario sostuvo no haber sido detenido, ni haber cometido hurtos en las empresas donde había trabajado (f.º 82). Así mismo, omitió poner como referencia en su hoja de vida, a su antiguo empleador, Cafam y solo enunció que entre los años 2007 y 2010 había prestado servicios como Coordinador Comercial de tarjetas de crédito en Multibanca Colpatria (f.º 76).

En el interrogatorio de parte, el demandante admitió que el 10 de marzo de 2017 el representante legal de la compañía, David Orjuela, le preguntó que si cursaba alguna condena en su contra, lo cual en ese momento negó con el argumento de que estaba almorzando con la presencia de su esposa y sus hijas, pero sostuvo que solo hasta el 16 de marzo siguiente, le aceptó al representante legal que tenía una condena en su contra, situación que admitió el Gerente en el interrogatorio de parte, aunque sostuvo que Kjakson le relató hechos distintos a los verificados en la sentencia judicial. El demandante continuó señalando que no consideró importante manifestar algo relacionado con sus antecedentes judiciales al momento de ser contratado, porque en su sentir, nada afectaría sus

funciones laborales y los delitos por los que fue condenado no guardan relación con el lavado de activos o financiación del terrorismo que era la información que debía reportar a la empresa, y afirmó que al contrario, siempre causó beneficios para la empresa y reconocimiento.

De las anteriores probanzas claramente se colige que el demandante sí omitió información personal relevante para la compañía, en relación con su pasado, pues precisamente por la naturaleza del importante cargo que ostentó y las funciones que debía desarrollar para los casinos de propiedad de la demandada y demás empresas proveedoras, era necesario que todas sus actuaciones estuvieran acordes con el reglamento interno de trabajo y con el código de conducta que admitió conocer por ser parte integral del contrato de trabajo (f.° 83, 104-138), último en el que se impone como valores corporativos, la honestidad, el respeto y la confianza. Por lo que incumplió así algunas de sus disposiciones, en especial el numeral 60 del artículo 91 del RIT y el numeral 17 del artículo 89 del RIT, que replica lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 58 del CST, con la precisión de que para calificar como grave una conducta, no es necesario que se ocasione un daño o un perjuicio al empleador (CSJ SL12438-2015), ni verificar la antigüedad o buen comportamiento de un trabajador; aquí es diáfano el incumplimiento de los deberes y obligaciones contractuales, legales y reglamentarios en que incurrió el demandante.

Adicional a lo anterior, se tipificaron las conductas descritas en los numerales 1° y 7° del literal a) del artículo 62 del CST, replicadas en el artículo 99 del RIT, para dar por terminado con justa causa el contrato de trabajo relativas a haber sufrido engaño por parte del trabajador al indicar información falsa para su admisión, y a la detención preventiva por más de 30 días.

Así que con razón, estaba habilitada la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, teniendo en cuenta además, que ante el ocultamiento sistemático en la información personal y las mentiras en que incurrió desde el inicio de la relación, se defraudó gravemente la confianza dada en el desarrollo de las funciones a uno de sus trabajadores directivos, teniendo en cuenta las calidades y competencias funcionales y profesionales que desempeñó Kjaksin Tarazona, como trabajador de dirección, confianza y manejo, por lo que su comportamiento evidentemente debía enmarcarse y no lo estuvo, bajo los presupuestos de la buena fe, fidelidad y lealtad, establecidos en los artículos 55 y 56 del CST que inspiran la relación laboral entre las partes contratantes (CSJ SL, 23 oct. 2007 rad. 28169, SL871-2018). De ahí que no se equivocó la juzgadora de instancia al sostener que el despido fue justo.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con el pago de cesantías causadas con posterioridad a la terminación del contrato, debe indicar la Sala que no es procedente, en la medida en que como se advirtió, la prestación de los servicios del demandante en favor de Lucky Gaming SAS, se dio hasta el 27 de marzo de 2017 y en el presente proceso, no opera en forma alguna un reintegro que es lo que pareciera petitionar el demandante.

Finalmente, tampoco hay lugar al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, dado que dos días después de la terminación del vínculo contractual que ató a las partes, la demandada realizó una transferencia bancaria a la cuenta de ahorros de titularidad del actor en el Banco de Bogotá, equivalente al monto que arrojó la liquidación definitiva de prestaciones sociales, que incluye por supuesto el pago del auxilio de cesantías (f.º 102, 103 vto); así mismo, el 11 de abril de 2017 la Directora Administrativa,

realizó otra transacción electrónica para cancelar lo atinente a la reliquidación de prestaciones sociales tal y como da cuenta la constancia aportada con la demanda a f.º 8 y la impresión de la transacción que obra a f.º 103, sin que se afirmara en el libelo, que lo consignado no atendía a valores reales y, por el contrario, el actor admitió en su interrogatorio de parte, que la empresa le había liquidado correctamente sus acreencias laborales.

En los anteriores términos queda surtido el grado jurisdiccional de consulta para **confirmar** la sentencia de primera instancia. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de agosto de 2019, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


DAVID A. J. CORREA STEER


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Impedido!

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado Impedido



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Magistrado Ponente: **HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**


REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2017 00438 01
DEMANDANTE: KJAKSON TARAZONA RAMOS
DEMANDADO: LUKY GAMING S.A.S.

Bogotá D.C., 23 de junio de dos mil veinte (2.020).

AUTO

De conformidad con lo establecido en el inciso 4º del art. 140 del C.G.P., me permito poner en conocimiento de Sala, particularmente del Ponente Dr. DAVID S. J. CORREA STEER, que me encuentro impedido para conocer del proceso de la referencia, al amparo de la causal consagrada en el numeral 2 del art. 141 del C.G.P., por haber conocido del proceso en calidad de Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

CÚMPLASE


HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decretos Laboral

DR. DAVID A.J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **KJAKSON TARAZONA RAMOS** contra **LUKY GAMING S.A.S.**

EXPEDIENTE n.º 11001 31 05 022 2017 00438 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

AUTO

En el caso de autos el H. Magistrado Doctor Hernán Mauricio Oliveros Motta, manifiesta encontrarse impedido para conocer del asunto de la referencia, por configurarse la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 141 del CGP.

En consecuencia al verificarse la causal de recusación consagrada en la norma procesal memorada, se procederá a declarar fundado el impedimento formulado.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

Aceptar el impedimento manifestado por el H. Magistrado, Doctor Hernán Mauricio Oliveros Motta, por las razones expuestas.

CÚMPLASE

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **SARA ALMANZA VALERO** en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 022 2017 00717 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 8 de octubre de 2019, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes desde el 1° de junio de 2014, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 por virtud del principio de la condición más beneficiosa, junto con los intereses moratorios (f.º 35).

Sustentó sus pretensiones en que el causante Ángel Gabriel López Arias, cotizó en forma interrumpida, 375 semanas hasta el 31 de mayo de 2014, no obstante no se reflejan los períodos comprendidos entre febrero de 1993 y noviembre de 1995 con su empleador Schrader Camargo Ingenieros Asociados SA; convivió con él durante más de 20 años hasta la fecha en que falleció, el 1º de junio de 2014, sin embargo, contrajeron matrimonio el 31 de mayo del mismo año; el 10 de septiembre de 2015 solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada en resolución GNR 373299 de 2015, con el argumento de no reunir las 50 semanas dentro de los últimos 3 años de vida, sin tener en cuenta que antes de la Ley 100 de 1993 completó más de 300 semanas, decisión confirmada en resolución GNR 387219 de 2016 (f.º 36, 37).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de noviembre de 2017, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 51), quien contestó con oposición con el argumento de que el causante no reunió 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento, faltándole 29 semanas; propuso como excepciones de mérito las de cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración al derecho al pago de intereses moratorios, o indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 54-64).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 53).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 8 de octubre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar que si bien, con base en la certificación laboral suscrita por Shrader Camargo Ingenieros Asociados SA, resulta viable sumar 142.18 semanas a las que se reportan en la historia laboral del causante, no se puede emplear el principio de la condición más beneficiosa para estudiar el derecho con base en el Acuerdo 049 de 1990, dado que no es posible dar una plus ultra actividad a dicha normativa, al ser aplicable la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento del causante, quien no completó la densidad mínima de semanas exigida por las Leyes 797 de 2003 y 100 de 1993; al examinar el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 encontró que el causante tampoco fue beneficiario del régimen de transición ni reunió las cotizaciones necesarias para obtener la pensión de vejez, pues en toda su vida laboral tuvo 517.75 semanas incluyendo las del mencionado empleador (f.º 75, 82, 83).

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del CPTSS y en concordancia con la fijación del litigio realizada en la audiencia de que trata el artículo 77 ídem (f.º 82), la Sala verificará si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama, junto con los intereses moratorios.

Está al margen de la discusión y se acreditó, que el causante Ángel Gabriel López Arias, nació el 28 de noviembre de 1959, cotizó

en vida un total de 375.57 semanas entre el 6 de junio de 1984 y el 31 de mayo de 2014, que en esta última data contrajo matrimonio por el rito católico con la demandante, y que falleció el 1º de junio de 2014 con 54 años de edad (f.º 8-16, 20 y CD f.º 70).

Así las cosas, la norma aplicable para resolver la controversia, en principio, es la vigente para el 1º de junio de 2014, fecha de la muerte del causante, esto es, los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016, SL15873-2017 y SL1362-2019), en la primera se establece que la pensión de sobrevivientes la deja causada el afiliado fallecido, que hubiere efectuado aportes durante por lo menos 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al momento en que se produzca su muerte.

En el presente caso, el afiliado causante no completó 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la data en que falleció, porque entre el 1º de junio de 2011 y el 1º de junio de 2014 cotizó al sistema de pensiones, 21.43 semanas (f.º 8-14).

Además, si bien era cotizante activo según el lit. b) del art. 46 original, de la Ley 100 de 1993 y alcanzó a cotizar por lo menos 26 semanas al momento de su muerte; no se cumplen las reglas básicas jurisprudenciales y límites temporales para la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa del inc. final del art. 53 de la CP, teniendo en cuenta la fecha de la muerte, los lapsos dejados de cotizar al sistema y la última semana aportada, esto es, en aplicación de lo dispuesto en la normativa inmediatamente anterior a la vigente, por excepción a la regla general de aplicación de la norma vigente al momento del fallecimiento (CSJ SL, 15 feb. 2011 rad. 40662, SL4650-2017, SL4649, SL2544, SL765 y SL797 estas

últimas de 2018); por lo que no es viable aplicar el principio de la condición más beneficiosa.

Ahora, según el par. 1º del art. 12 de la Ley 797 de 2003, se verificará si el causante alcanzó a completar el número de semanas mínimas requeridas en el régimen de prima media en tiempo anterior a su fallecimiento, entendiéndose por ello, el régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993 y, de manera excepcional, el del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, siempre y cuando el asegurado fallecido sea a su vez beneficiario del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL, 31 ago. 2010 rad. 42628, SL13684-2016, SL15262 y SL22158 ambas de 2017, SL2393 y SL3461 de 2018, SL114 y SL573, SL3169 y SL876 últimas de 2019).

Con base en lo anterior, según se desprende del material probatorio, Ángel Gabriel López Arias, no era beneficiario del régimen de transición en la medida en que, a 1º de abril de 1994 tenía 35 años de edad y 280.15 semanas de cotización, insuficientes para acreditar las exigencias mínimas para acceder a dicha prerrogativa; y tampoco alcanzó los aportes requeridos por el art. 33 de la citada Ley 100, modificado por la Ley 797 de 2003, pues en toda su vida laboral reunió 375.57 semanas.

En este punto, es preciso señalar que, contrario a lo concluido por el *a quo*, no resulta viable sumar las semanas comprendidas entre el 10 de febrero de 1993 y el 15 de noviembre de 1995, como efecto de la presunta relación laboral sostenida con Schrader Camargo Ingenieros Asociados SA (f.º 19), porque debió efectuar tal pedimento, es decir, demandar a ese empleador, pero como no lo hizo, no es posible tener en cuenta ese periodo por falta de afiliación, tal y como lo enseña la Corte Suprema en sentencia SL, 14 jun. 2011 rad.

40765, ya que para que ello fuera viable, el presunto empleador debió pagar el cálculo actuarial, acorde con lo consagrado en el literal d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, aspecto que de todas maneras no se puede definir en este proceso, teniendo en cuenta además que la no afiliación y la mora en el pago de aportes, conducen a consecuencias diferentes.

Adicional a ello, en lo referente a la aplicación al principio de condición más beneficiosa, bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, que es lo pretendido por la demandante como para darle una especie de efectos “plus ultractivos”, basta señalar que la Sala de Casación Laboral, ha adoctrinado de manera reiterada y pacífica, la imposibilidad de tener en cuenta tal normatividad en los casos en que el causante fallece en vigor de la Ley 797 de 2003, dado que el mencionado principio constitucional permite aplicar en forma exclusiva, la norma inmediatamente anterior a la reinante al momento del deceso, y el Acuerdo 049 fue derogado por los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados a su vez por la citada Ley 797, para lo cual se pueden consultar entre muchas otras, las sentencias SL765, SL2040, y SL2269 de 2018, SL1605, SL1362 y SL1379 de 2019, en donde además se ha establecido que los operadores judiciales no pueden hacer un recuento histórico de las leyes anteriores que rigen tal situación para determinar cuál es la norma más favorable o la que se ajusta a las condiciones particulares del causante, y por ello, el régimen anterior a la Ley 797, únicamente es la Ley 100, siendo posible acudir con base en este principio, al Acuerdo 049 cuando el afiliado fallece en vigencia de la Ley 100 de 1993, antes de la reforma de la Ley 797 de 2003, que no es el caso del causante de la demandante.

Por lo demás, se debe decir que si bien la Corte Constitucional ha considerado que en algunos casos en virtud del principio de la

condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, hay lugar a que se aplique, de manera ultra activa, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 –o de un régimen anterior- en cuanto al requisito de las semanas de cotización, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de un afiliado que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003 (sentencias T-566 y T-719 de 2014, T-735-2016, T-084 y T-235 de 2017 y SU-005-2018), esta Sala no comparte tal razonamiento, en razón a que la tesis actual y sostenida por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, la cual constituye un precedente obligatorio para los jueces ordinarios laborales, es la que más se acompasa con la naturaleza jurídica del derecho reclamado y la finalidad del principio aplicado.

Tampoco es procedente considerar los requisitos para la pensión de sobrevivientes de conformidad con el citado Acuerdo 049, bajo el argumento de acudir al principio de favorabilidad de conformidad con los arts. 53 de la CP, 21 del CST, 272 y 288 de la Ley 100 de 1993, puesto que su mandato parte de la existencia de dudas en la aplicación o interpretación de normas vigentes (CSJ SL3375-2018, SL876 y SL1402 de 2019), lo que de ninguna manera ocurre en el asunto que se estudia, pues se reitera, para lo que aquí atañe el Acuerdo 049 había perdido vigencia por los arts. 31 y 289 de la Ley 100 de 1993, aunado a que la Ley 797 de 2003 no resulta regresiva, ni menoscaba la libertad, la dignidad humana, o los derechos de los trabajadores (CSJ SL573-2019 y CC C-1094-2003 y C-556-2009).

En todo caso, la diversidad de criterios jurídicos en la Rama Judicial, entre una corporación y otra, por ningún motivo constituye un trato discriminatorio para las partes de un proceso, o una vulneración a derechos fundamentales, toda vez que tales criterios son fruto de una valoración normativa, fáctica y probatoria, en

ejercicio de la autonomía e independencia que ostentan los jueces en sus decisiones (CSJ STL12807-2016).

Por lo anterior, se **confirmará** la sentencia consultada, sin costas ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

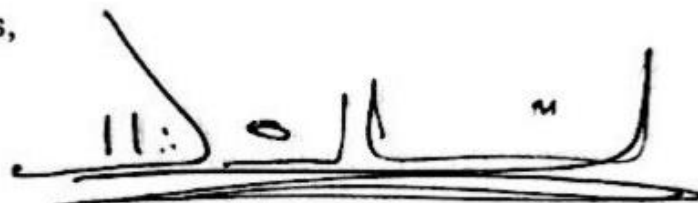
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de octubre de 2019, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Impedido!
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado Impedido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARTHA STELLA ALARCÓN CAMELO** en contra de **CREDICOOP**.

EXP. 11001 31 05 023 2018 00546 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida el 6 de febrero de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a la demandada a reconocer y pagar el mayor valor mensual de la pensión compartida, junto con la mesada 14 del mes de junio de 2018 y en adelante, cada año, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100

de 1993, en calidad de cónyuge superviviente de José Joaquín Pulido (QEPD) (f.º 4, 5).

Sustentó sus pretensiones en que su esposo José Joaquín Pulido (QEPD), nació el 26 de mayo de 1956; la empleadora demandada le reconoció la pensión voluntaria a partir del 22 de diciembre de 2003, en cuantía inicial de \$1.421.967 a razón de 14 mesadas anuales; la empleadora continuó cotizando al ISS con el fin de compartir la pensión; su esposo falleció el 14 de junio de 2017, data en la que devengaba una pensión de \$2.657.015 por parte de la demandada, la demandada le reconoció la sustitución pensional en dicha cuantía; solicitó el 11 de julio de 2017 la pensión de sobrevivientes a Colpensiones, la cual fue reconocida mediante resolución SUB170546 de 2017, a partir del 14 de junio de 2017, en cuantía de \$2.489.337 a razón de 13 mesadas anuales; la demandada le pagó la sustitución pensional hasta el 26 de mayo de 2018, por lo que no recibió mesada 14 para junio siguiente; la mesada de Colpensiones asciende a \$2.591.151 para el año 2018 y no ha recibido la diferencia entre la pensión que había sido reconocida por el empleador a su cónyuge (f.º 5-7).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 1º de noviembre de 2018, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 61), quien contestó con oposición con el argumento de que suscribió un acuerdo conciliatorio con el causante, mediante el cual se comprometió a reconocerle una pensión de jubilación de carácter extralegal, transitoria, temporal y no compartible, hasta que cumpliera los requisitos establecidos legalmente para el reconocimiento de la pensión por parte del ISS, con la finalidad de que el trabajador tuviera recursos para su subsistencia.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, cumplimiento total del acuerdo conciliatorio del 22 de diciembre de 2003, carencia de derecho y compensación (f.º 85-101).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 6 de febrero de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar que la demandada suscribió un acuerdo conciliatorio con el causante, mediante el cual se comprometió a reconocerle una pensión de jubilación de carácter extralegal, hasta que cumpliera los requisitos establecidos legalmente para el reconocimiento de la pensión por parte del ISS, y 4 meses más, pero se estableció que en caso de fallecimiento del trabajador solo tendría lugar hasta el 26 de mayo de 2016 cuando el causante cumpliera los 60 años de edad o hasta el 26 de mayo de 2018 cuando cumpliera los 62 años de edad, y que las cotizaciones a salud y pensión irían hasta el momento en que el trabajador cumpliera el requisito de la edad, por lo que encontró que la demandada cumplió con la obligación que pactó con el causante, dado que se acordó una fecha límite para el reconocimiento de las mesadas pensionales (f.º 144, 145).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** sostuvo que el punto 4.4. del acuerdo celebrado entre su difunto esposo y la demandada, remite expresamente al punto 4.2., que hace referencia al pago de los aportes legales al sistema de salud, por tanto la demandada se comprometió con el ex trabajador a cubrir los aportes al sistema de seguridad social para los

riesgos de vejez y salud hasta el cumplimiento de los requisitos legales, que parala época iba al 26 de mayo de 2016 de conformidad con la Ley 797 de 2003. De igual forma, la demandada se comprometió a pagar la mesada pensional del extrabajador y su núcleo familiar hasta después del reconocimiento de la mesada pensional legal por parte del ISS, así como la diferencia que llegare a existir entre la pensión legal y la de jubilación, por lo que tiene la obligación de continuar cancelando el mayor valor cada mes y la mesada 14, dado que la pensión fue reconocida antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y la sustitución pensional, debe estar en iguales condiciones a las reconocidas en el acuerdo conciliatorio mencionado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del CPTSS, la Sala verificará cuál la viabilidad en la continuación del pago del mayor valor que surja entre la sustitución de la pensión de jubilación extralegal reconocida por la demandada y la pensión de sobrevivientes que hoy percibe la demandante por parte de Colpensiones, con ocasión de fallecimiento de su esposo José Joaquín Pulido (QEPD).

Frente al tema de la compartibilidad pensional, es pertinente recordar que la jurisprudencia laboral ha sostenido de manera uniforme, pacífica y reiterada, que las pensiones extralegales causadas con anterioridad al 17 de octubre de 1985, es decir, antes de la entrada en vigencia del Decreto 2879 del mismo año, que aprobó el Acuerdo 029, son, por regla general, compatibles con la de vejez que otorgaba el ISS, hoy Colpensiones, a menos que las partes hubieren dispuesto lo contrario a través de una convención colectiva de trabajo, o laudo arbitral (CSJ SL, 26 ene. 2010 rad. 36773 y

36790, SL, 31 ene., 6 mar., y 16 oct. 2012 rad. 39720, 51616 y 54914, respectivamente).

Lo anterior es así, en razón a que según el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, los empleadores inscritos en el Instituto de Seguros Sociales que, a partir de la fecha de publicación del referido decreto, otorgaran a sus trabajadores afiliados, pensiones de jubilación reconocidas en convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales, o en forma voluntaria, debían continuar cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta que los asegurados cumplieran los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en ese momento el Instituto procedería a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere. Es decir, que se estableció la figura de la subrogación del riesgo. Este punto fue reiterado e, incluso, precisado con el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

De manera que, la compartibilidad pensional opera por ministerio de la ley, las pensiones extralegales causadas después del 17 de octubre de 1985 son compartibles con la de vejez, salvo estipulación expresa en contrario (CSJ SL2384-2019), lo que sucede en el presente proceso, si se tiene en cuenta que de la conciliación suscrita el 22 de diciembre de 2003 entre el causante, José Joaquín pulido y su empleadora aquí demandada, ante la Inspección 16 de Trabajo de Bogotá (f.º 102-105) se extrae que las partes pactaron lo siguiente:

«4. Pensión provisional y voluntaria de jubilación: (...) Credicoop le reconoce al extrabajador una pensión provisional y voluntaria de jubilación (...) a partir del 22 de diciembre de 2003, con sus mesadas adicionales de ley de junio y diciembre de cada anualidad, con los respectivos incrementos legales.

«4.1. (...) Credicoop se obliga, como consecuencia del retiro aquí acordado, a cancelar la pensión extralegal otorgada al EXTRABAJADOR hasta que cumpla con los requisitos de edad establecidos o a establecerse en la legislación laboral y 4 meses más. Tan pronto cumpla el requisito de edad, el EXTRABAJADOR se obliga

a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo del ISS o la entidad administradora de pensiones, correspondiéndole a (...) Credicoop reconocer y pagar la diferencia que resultare entre la pensión extralegal aquí reconocida y la de vejez que reconozca el ISS o la entidad administradora de pensiones. Se aclara que de no existir diferencia o de ser mayor la pensión de vejez que reconozca el ISS, (...) no habrá lugar a pago ninguno por parte de (...) Credicoop.

“4.2. (...) Credicoop continuará haciendo los aportes legales al sistema de seguridad social en salud, a la EPS que escoja el EXTRABAJADOR, inicialmente **hasta el 26 de mayo de 2016, o la fecha posterior que por cambio de legislación pudiera determinarse** (...) El costo de la cotización se distribuirá de la siguiente manera: El EXTRABAJADOR asume la totalidad del porcentaje liquidado con el monto de su correspondiente mesada, incluidas las mesadas adicionales, y la diferencia entre la suma así liquidada y la totalidad del aporte liquidado con el ingreso base de cotización mensual, la asume (...) Credicoop. El EXTRABAJADOR autoriza expresamente a la Cooperativa para efectuar los descuentos de las correspondientes mesadas.

“4.3. Las cotizaciones por pensión, serán asumidas en su totalidad por (...) Credicoop, entidad que continuará haciendo los aportes a la AFP que escoja el EXTRABAJADOR, hasta el 26 de mayo de 2016, o la fecha posterior que por cambio de legislación pudiera determinarse (...).

“4.4. **en Caso de fallecimiento del EXTRABAJADOR,** (...) Credicoop, **seguirá reconociendo y pagando hasta la fecha estipulada en el numeral 4.2. las mesadas pensionales al cónyuge supérstite o al compañero permanente y/o sus hijos menores de 25 años, siempre que acrediten estar estudiando en un establecimiento educativo debidamente autorizado por el Gobierno Nacional, como lo establece la Ley 100 de 1993.**» (Negritas y subrayas fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, se observa sin duda, que el causante pactó, en caso de fallecimiento, que la demandada continuará pagando las mesadas pensionales a sus causahabientes hasta cuando cumpliera en forma hipotética los 60 años de edad, es decir, hasta el 26 de mayo de 2016, **«o la fecha posterior que por cambio de legislación pudiera determinarse»** teniendo en cuenta que nació el 26 de mayo de 1956 (f.º 17), su deceso ocurrió el 14 de junio de 2017 (f.º 18), y para ambas datas ya estaba vigente la Ley 797 de 2003.

Dicha normativa, exige 62 años para que los hombres sean acreedores a la pensión legal de vejez allí regulada, los cuales, en forma hipotética José Joaquín Pulido los hubiera cumplido el 26 de mayo de 2018, data hasta la que, según lo afirmado en el hecho 14 de la demanda (f.º 6), la demandada cumplió con el pago de las mesadas pensionales a la demandante, y se constata con los

desprendibles de pago aportados con la contestación a la demanda de f.º 106 a 118.

Así las cosas, la demandada no se obligó para con su ex trabajador a pagar la pensión extralegal en forma vitalicia, sino en los términos descritos en la transcripción que se realizó del acuerdo conciliatorio celebrado el 22 de diciembre de 2003, y como a similar conclusión arribó el *a quo*, se **confirmará** la sentencia apelada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de febrero de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

EXP. 23.2018.00546.01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ ALBERTO ATEHORTÚA CARDONA** en contra de la **UGPP**.

EXP. 11001 31 05 025 2015 00129 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 12 de julio de 2019, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, se declare que estuvo vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido con la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 14 de enero de 1975 y el 12 de noviembre de 1991, que terminó por mutuo consentimiento a través

de conciliación; en consecuencia se condene a la UGPP a pagar la pensión proporcional conforme los arts. 8º de la Ley 171 de 1961 y 74 del Decreto 1848 de 1969 a partir del 12 de mayo de 2014, cuando cumplió los 60 años de edad, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, reajustes anuales e indexación de las sumas adeudadas y de la primera mesada pensional desde el 13 de noviembre de 1991 al 12 de mayo de 2014, teniendo en cuenta como último salario promedio mensual la suma de \$300.461, y que la prestación se pague en forma compartida con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones (f.º 4, 5).

Sustentó sus pretensiones en que nació el 12 de mayo de 1954 por lo que cumplió 60 años en el 2014; prestó servicios para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en ejecución de un contrato de trabajo escrito a término indefinido como Promotor de Desarrollo Rural Grado 05 en la oficina de Macarena (Meta) entre las fechas enunciadas; se terminó el contrato por mutuo acuerdo mediante conciliación surtida ante el Inspector del Trabajo; su último salario promedio mensual fue de \$300.461; reclamó administrativamente el 30 de julio de 2014; Colpensiones le reconoció la pensión de vejez a partir del 1º de junio de 2014 en cuantía inicial de \$965.896, monto inferior al que le corresponde por la prestación aquí reclamada (f.º 3, 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de mayo de 2015, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 34), quien contestó con oposición y propuso como excepciones de mérito las de cosa juzgada, indebida escogencia de la acción judicial por no tramitar proceso ejecutivo, inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe (f.º 66-68).

En auto del 6 de julio de 2017 se ordenó integrar a Colpensiones como litis consorte necesario (f.º 72, 75), quien se opuso a lo pretendido al formular las excepciones denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 71-80).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado, guardó silencio (f.º 35, 36).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de julio de 2019, condenó a la demandada al pago del mayor valor de la pensión restringida de jubilación en cuantía de \$1.971.988 desde el 12 de mayo de 2014 sobre la pensión de vejez que actualmente paga Colpensiones, mayor valor que *«debe ser actualizado de acuerdo con el incremento de las pensiones decretadas por el gobierno nacional, con sus respectivos aumentos legales año a año»*, la indexación mensual de cada una de las mesadas causadas hasta que se verifique su pago, las mesadas de junio y diciembre y las costas.

Luego de verificar el cumplimiento de los requisitos del art. 8º de la Ley 171 de 1961, vigente al momento de la desvinculación y de advertir que la edad, es simplemente una condición para la exigibilidad del derecho pensional reclamado, señaló que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación por virtud del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, la cual liquidó con una tasa de reemplazo del 63.11% sobre un salario de \$300.461 con los factores salariales del artículo 1º de la Ley 62 de 1985, obteniendo un IBL actualizado a mayo de 2014 de \$3.124.684, que arrojó una suma superior a la que paga Colpensiones por concepto de pensión legal de vejez para el

mismo año (\$965.896), reconocimiento que tuvo en cuenta el mismo tiempo laborado para la Caja Agraria y sobre el cual versa las pretensiones de este proceso; declaró no probada la prescripción teniendo en cuenta la fecha en que el demandante cumplió 60 años de edad, de la reclamación administrativa y de reparto de la demanda (f.º 104, 103).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La UGPP argumentó que la pensión sanción tiene un carácter prestacional, subsidiario e incompatible con otra pensión del sistema general de pensiones, dado su calidad residual para garantizar el acceso a la protección de la tercera edad a las personas que no pueden tener acceso a una pensión; pero como el demandante goza de una pensión de vejez, el objetivo de la prestación reclamada ya no se cumple.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los arts. 66 A y 69 del CPTSS, la Sala verificará por cuestiones de método, inicialmente si hay lugar a otorgar la pensión restringida de jubilación regulada en el art. 8º de la Ley 171 de 1961 que reclama el demandante, y si la misma resulta ser incompatible con la pensión legal de vejez que hoy percibe por parte de Colpensiones; de no serlo, se verificará lo atinente a la cuantía de la prestación, el número de mesadas al año y si las mismas están afectadas del fenómeno prescriptivo.

Para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, debe indicar la Sala que el referido art. 8º, menciona varios escenarios para acceder a la pensión: el primero, que el trabajador sea

despedido, luego de haber laborado 10 años y menos de 15 continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la ley, si para entonces tiene cumplidos 60 años de edad o desde la fecha en que los cumpla, luego del despido; el segundo, si el despido del trabajador ocurre luego de 15 años de servicios, la pensión se reconoce una vez cumpla 50 años de edad, o desde la fecha del despido si los hubiera cumplido; y tercero, cuando el retiro del servicio del trabajador es voluntario, se reconoce una vez cumpla 60 años de edad.

En el presente asunto, se encuentra acreditado que, el demandante trabajó en la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 14 de enero de 1975 hasta el 12 de noviembre de 1991, por lo que completó un tiempo de servicios de 16 años, 9 meses y 29 días. También, está probado que, se desvinculó de la entidad por mutuo acuerdo según diligencia realizada ante la Inspección de Trabajo de la Regional Meta (f.º 17-21), hecho que ha sido entendido por la jurisprudencia como retiro voluntario del servicio (CSJ SL773-2013, SL4578-2014, SL3773-2018).

Cabe precisar que, la pensión restringida de jubilación, se causa con el tiempo de servicios y el retiro del trabajador, ya que la edad tan solo constituye un requisito de exigibilidad de la prestación (CSJ SL5705, SL11966 y SL16888 todas de 2015, SL3210-2016, SL15199-2018), que esta modalidad pensional no fue derogada ni por la Ley 71 de 1988, ni por la Ley 50 de 1990, para los trabajadores oficiales, caso del demandante, y que conservó su vigencia hasta que entró a regir el art. 133 de la Ley 100 de 1993, es decir, hasta el 1º de abril de 1994, por lo que José Atehortúa, contaba hasta el 31 de marzo de ese mismo año, para cumplir el requisito de causación que, como se dijo, únicamente es el retiro voluntario, más no el de la edad (CSJ SL15490, SL 16869 y SL17704 todas de 2015).

Por tal motivo, su derecho pensional no se puede ver afectado por el Acto Legislativo n.º 1 de 2005, aun cuando dicha normativa prevé el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo, toda vez que ese derecho ya se había causado de manera definitiva desde el retiro en 1991.

Entonces, según el marco normativo enunciado y la situación fáctica del actor, sin duda tiene derecho a la pensión restringida de jubilación a partir del 12 de mayo de 2014, data en la que alcanzó la edad de 60 años, como quiera que nació el mismo día y mes del año 1954 (f.º 15, 16), y se terminó su contrato de trabajo por mutuo acuerdo, después de completar un poco más de 16 años al servicio de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

Con relación al salario base para liquidar la prestación, contrario a lo desarrollado por el *a quo*, se tendrá en cuenta exclusivamente lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 62 de 1985, porque esta prestación se calcula en relación con lo que le hubiera correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena de jubilación, que para ese momento era la consagrada en la Ley 33 de 1985, por remisión del num. 4º del art. 74 del Decreto 1848 de 1969 (CSJ SL17066-2014, SL13192 y SL17479 de 2015, SL2427 de 27 ene., y 17 de feb. 2016 rads. 61023 y 52399, SL9571-2016, SL5199-2019).

Conforme a la liquidación de cesantía total elaborada por la Gerencia de Recursos Humanos de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y la certificación de la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas (f.º 17-19), los factores para hallar la base de liquidación de la pensión son: el sueldo básico de \$113.735 en su totalidad, más la prima de antigüedad equivalente a \$30.709, **pero** en una sesentava parte en tratándose de quinquenios

que se pagan una sola vez al año (CSJ SL17066-2014), mas no en su totalidad como la tuvo en cuenta el *a quo*.

Así las cosas, el IBL es \$114.247 que actualizado para el año 2014, teniendo en cuenta el IPC final el del 2013 -113.98- y el IPC inicial el de diciembre de 1990 -10.96-, asciende a la suma de \$1.188.041,11, con sujeción a la fórmula de la sentencia SL, 13 dic. 2007 rad. 31222, criterio vigente en la Sala de Casación Laboral, verbigracia en sentencias SL, 30 ene. 2013 rad. 43945, SL15789 y SL15278 de 2016, dado que aunque la norma no consagra la indexación de la primera mesada, el pensionado beneficiario no puede cargar con la pérdida del poder adquisitivo de emolumentos que se hayan causado en el pasado y que se paguen tardíamente (CSJ SL, 24 ene. 2008 rad. 32.002, SL, 2 jul. 2009 rad. 32068 y CC SU-120-2003, C-862-2006, C-891A-2006 y SU-1073-2012; arts. 14, 21, 36 y 117 de la Ley 100 de 1993, 13, 46, 48 y 53 de la CP, y 1º del CST).

A dicho monto se le aplica la tasa de reemplazo del 63.07%, no el señalado por el *a quo*, ya que el mismo se fija en consideración al tiempo laborado por el demandante, por lo que se obtiene \$749.297,53 como mesada para el año 2014, suma inferior a la determinada por el juez de primera instancia, y a la que tendría derecho el demandante a razón de 14 mesadas anuales (art. 142 de la Ley 100 de 1993, par. 1º del art. 43 del Decreto 692 de 1994, CSJ SL7659-2016), sin que el fenómeno de prescriptivo del art. 151 del CPTSS lo hubiese afectado, teniendo en cuenta el disfrute de la pensión y la fecha en que fue radicada la demanda (30 de enero de 2015 – f.º 33).

En este punto es necesario precisar, para darle contestación a la apelación de la demandada, que pese a que los tiempos servidos por el demandante a la Caja Agraria, equivalentes a 6139 días, fueron

contabilizados como tiempos públicos para obtener los 20 años exigidos por la Ley 71 de 1988 ya que no se cotizaron al ISS, la compatibilidad entre la pensión que aquí reclama y la que goza en la actualidad el demandante -causada el 12 de mayo de 2014-, surge en razón a que ambas cumplen propósitos diferentes y se originan en causas disimiles, es así que, la pensión restringida de jubilación o pensión sanción establecida en el artículo de la Ley 171 de 1961, corre a cargo exclusivamente del empleador, fue establecida *«para garantizar la estabilidad del trabajador en su empleo o para reprimir al empleador que despedía injustamente al asalariado después de una más o menos larga prestación de servicios»* (CSJ SL, 12 feb. 2007 rad. 28733, SL, 12 ago. 2009 rad. 35374), y además, es independiente de las prestaciones que garantiza el sistema general de pensiones.

Consideraciones que se acompasan con los razonamientos expuestos en sede de tutela por la Corporación de cierre de esta Jurisdicción en la sentencia CSJ STL1198-2019, razón por la que no hay lugar a declarar la incompatibilidad entre las mencionadas pensiones, de ahí que no resulte próspero el recurso de apelación de la demandada, en los precisos términos en que lo argumentó.

Lo anterior serviría de base para condenar a la demandada al pago de la pensión sanción que sería una prestación compatible con la prestación que hoy percibe José Atehortúa, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, de no ser, porque advierte la Sala, que el demandante actualmente goza de una pensión de jubilación por aportes bajo los parámetros del artículo 7º de la Ley 71 de 1988 concedida por Colpensiones en Resolución n.º GNR335092 de 2014 (f.º 26-28), en cuantía inicial de \$965.896 a partir del día siguiente a la última cotización, esto es, desde el 1º de junio de 2014, monto superior en \$216.59847 a la que le pudiera corresponder a cargo de la UGPP (\$749.297,53) para la misma data.

Así las cosas, como no existe un mayor valor que deba reconocer la UGPP en favor del demandante, resulta obligada la Sala a **revocar** en su totalidad, la sentencia apelada y consultada, **pero** por las razones aquí expuestas. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

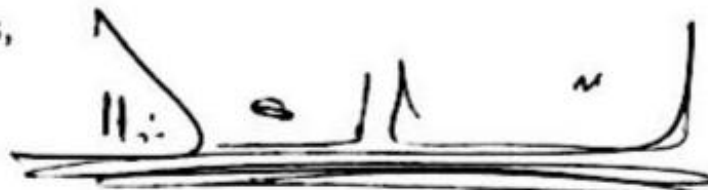
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada proferida el 12 de julio de 2019, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **absolver** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, de todas las pretensiones incoadas en su contra por **JOSÉ ALBERTO ATEHORTÚA CARDONA**, **pero** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, overlapping loops and lines, positioned above the printed name.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **VÍCTOR RAMÍREZ CASTILLO** en contra de **GRUPO ENERGÍA DE BOGOTÁ SA ESP.**

EXP. 11001 31 05 027 2017 00557 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos presentados por las partes contra la sentencia proferida el 14 de agosto de 2019, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que la pensión de jubilación reconocida por la demandada es compatible con la pensión de vejez reconocida por el extinto ISS; en consecuencia, se condene a la demandada a pagar en forma íntegra y autónoma el 100% de la

pensión de jubilación, así como a indexar la primera mesada pensional teniendo en cuenta los factores salariales de la liquidación efectuada para del año 1983 al año 1984, junto con los intereses moratorios y/o sanción moratoria, o subsidiariamente la indexación de las sumas debidas (f.º 3, 85, vto).

Sustentó sus pretensiones en que prestó servicios a la demandada desde el 15 de octubre de 1962 al 1º de enero de 1984; la demandada le reconoció la pensión convencional extralegal de jubilación regulada en el literal b) del artículo 39 de la CCT vigente para 1984, mediante resolución n.º 019 de 1984, con base en el 88% de los salarios devengados en el último año de servicios, por lo que otorgó una primera mesada pensional de \$54.301,79 a partir del 2 de enero de 1984, sin indexar la primera mesada pensional.

Sostuvo que el extinto ISS, le reconoció la pensión de vejez de que trata el Acuerdo 049 de 1990, mediante resolución n.º 9379 de 1996, en cuantía inicial de \$333.919 a partir del 31 de mayo de 1996; la demandada decidió deducir dicha prestación otorgada por el ISS, de la pensión de jubilación convencional, por lo que mediante resolución n.º 3618 de 1996 fijó como valor de la mesada la suma de \$131.705 a partir de septiembre de 1996, sin haber realizado el procedimiento establecido en el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, respecto de su propio acto administrativo y sin su consentimiento; para la fecha de la presentación de la demanda la demandada le paga \$562.409 mensuales en razón de su pensión extralegal; reclamó ante la entidad el 29 de junio de 2017, pero obtuvo una respuesta negativa el 18 de julio siguiente (f.º 4, 85 vto).

En audiencia del artículo 77 del CPTSS, desistió de la pretensión relacionada con el reajuste pensional por elevación de la cotización

regulado en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994 (f.º 186, 216).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de enero de 2018, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 83); de igual manera, se admitió la reforma el 3 de septiembre de 2018 (f.º 175).

La demandada contestó demanda y reforma con oposición con el argumento de que afilió al demandante al ISS el 9 de febrero de 1986 y la pensión legal de vejez reconocida por el ISS tiene el carácter de compartible al tenor de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aunado a que un servidor oficial no puede devengar dos pensiones por el mismo tiempo de servicio oficial; agregó que no es viable la indexación de la primera mesada comoquiera que la pensión de jubilación convencional, le fue otorgada en forma concomitante con su retiro como servidor oficial de la entidad.

Propuso como excepciones de mérito las de falta de causa, ausencia de condiciones fácticas y jurídicas para invocar derecho a mantener el reconocimiento de una pensión de jubilación adicional a la que legalmente disfruta, cobro de lo no debido, compensación, pago, buena fe y prescripción (f.º 92-101, 176-184).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 89, 90).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 14 de agosto de 2019, declaró que la pensión de jubilación

convencional reconocida por la demandada es compatible con la legal de vejez que percibe el demandante por parte de Colpensiones; en consecuencia, condenó a la demandada a pagar el valor completo de la mesada pensional desde el 1º de septiembre de 1996 en cuantía de \$455.624 mensuales; ordenó el pago del retroactivo pensional desde el 29 de junio de 2014, data para la cual la mesada asciende a \$1.698.797; calculó dicho retroactivo por diferencias en \$98.157.085 liquidado hasta el 31 de julio de 2019, del cual debe ser indexada cada diferencia mensual desde el momento en que se hizo exigible hasta cuando se efectúe el pago; autorizó a la demandada a descontar los aportes a salud para trasladarlos a la EPS en donde se encuentra afiliado el demandante; declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción, pago, compensación, y no probadas las demás; negó las restantes pretensiones de la demanda e impuso costas a cargo de la demandada.

En lo que interesa a la alzada, luego de explicar los conceptos de compartibilidad y compatibilidad pensional, motivó lo decidido en que como la pensión convencional otorgada por la demandada se causó el 2 de enero de 1984, es decir, antes del 17 de octubre de 1985 es compatible con la de vejez que hoy recibe el demandante de Colpensiones de conformidad con el Acuerdo 029 de 1985, pese a que la empleadora continuó efectuando aportes al sistema después de pensionar al demandante y hasta que cumplió los requisitos para obtener una pensión legal, lo cual fue realizado en forma unilateral por parte de la entidad, aunado a que las prestaciones tienen un origen distinto. No accedió a la indexación de la primera mesada pensional, teniendo en cuenta que, entre la fecha del retiro y la fecha del reconocimiento pensional, no medió ningún día, por ende, no hubo pérdida en el poder adquisitivo de la moneda (f.º 217-220).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las partes apelaron así:

El **demandante** solicitó la indexación del IBL de conformidad con la sentencia SU-637-2016, por cuanto no se reduce la primera mesada pensional teniendo en cuenta el transcurso del tiempo desde que se retira el trabajador hasta cuando se reconoce la prestación, sino que se debe incluir la actualización del salario base de liquidación, es decir, del año 1983 al año 1984.

La **demandada** argumentó, que pese a que la pensión convencional fue reconocida con anterioridad al Acuerdo 029 de 1985, lo cierto es que el demandante aceptó que la entidad le anticipara su pensión legal; adicional a ello, la pensión legal de vejez reconocida por el ISS tiene el carácter de compatible al tenor de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990. Agregó que no debe ordenarse la indexación objeto de condena, dado que no medió un día de mora entre la fecha del retiro y cuando se reconoció la prestación, la cual fue pagada en forma oportuna.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del CPTSS, por cuestiones de método, la Sala verificará inicialmente si la pensión de jubilación convencional otorgada por la demandada resulta compatible con la que el demandante devenga por parte de Colpensiones; para finalmente estudiar si es procedente la indexación de la primera mesada.

Para dar solución al problema jurídico aquí planteado, sea lo primero precisar que, para definir la validez o eficacia de las cotizaciones pensionales realizadas por un empleador que ha

reconocido una pensión de jubilación extralegal o convencional a su extrabajador, el juzgador debe necesariamente verificar si esta prestación fue causada con anterioridad o posterioridad a la vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, en razón a que, es desde allí que puede determinarse si se configuran los fenómenos de compatibilidad y compartibilidad.

En el presente caso fueron hechos indiscutidos por las partes y debidamente acreditados que **i)** al demandante le fue reconocida una pensión mensual vitalicia de jubilación de carácter extralegal por el empleador Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, mediante Resolución n.º 019 de 1984, a partir del 2 de enero de 1984, con fundamento en el literal b) del artículo 39 de la Convención Colectiva vigente para la época (f.º 10, 11, 73, 74, 132-134), es decir, con anterioridad a la vigencia del mencionado acuerdo, 17 de octubre de 1985; y **ii)** que el empleador referido, una vez se produjo el retiro del trabajador por adquirir la pensión extralegal, efectuó cotizaciones al extinto ISS, hoy Colpensiones, hasta completar 1169 semanas, con las que esta entidad, mediante Resolución n.º 9379 de 1996 le reconoció la pensión legal de vejez regulada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 31 de mayo de 1996 (f.º 12, 135-137).

Frente al tema en discusión, debe decirse, que la jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que si la pensión de jubilación extralegal fue reconocida con anterioridad al 17 de octubre de 1985, cuando por regla general operaba el fenómeno de la compatibilidad pensional, por ser precisamente compatible tal prestación con la de vejez que posterior o eventualmente pueda reconocer el ISS, hoy Colpensiones, las cotizaciones que se realicen con posterioridad a dicho status de jubilado serían ineficaces o inválidas para efectos de contabilizarlas a fin de acreditar la densidad mínima de cotizaciones

exigidas para obtener el derecho a la pensión de vejez legal, toda vez que los aportes realizados en dicho interregno se sufragarían por quien ya no podría tener la condición de afiliado al sistema pensional.

En otras palabras, la jurisprudencia no admite la validez ni eficacia de tales cotizaciones pensionales, en razón a que se ha dejado claro que así como la creación del ente de seguridad social tuvo por finalidad subrogar a los empleadores en el pago de las pensiones previstas en la ley cuando se cumplieran sus reglamentos, de modo que no fuera posible al trabajador con la pensión legal de jubilación o vejez reconocida por el empleador al mismo tiempo que con la de vejez otorgada por el ente de seguridad social con soporte en las cotizaciones efectuadas por ese mismo empleador, tampoco es posible que el empleador se exima del pago total o parcial de una pensión extralegal reconocida con anterioridad a la vigencia del mencionado acuerdo, efectuando los aportes necesarios hasta el reconocimiento pensional, ya que los acuerdos que lo regían para esa época no previeron la subrogación de pensiones distintas a la legal, y solo hasta el 17 de octubre de 1985, fue posible que el ente de seguridad social asumiera tal clase de subrogación y que se produjera la posible compartibilidad pensional (CSJ SL, 12 feb. 2008 rad. 31816, SL, 5 abr. 2011 rad. 40357, SL628-2013, SL16155-2014, SL10548-2015, SL4952-2016, SL5118-2019 y SL995-2020).

De manera que, por corresponder la pensión extralegal reconocida al aquí demandante por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, hoy Grupo de Energía de Bogotá SA ESP, a una prestación extralegal que no tiene vocación de compartibilidad con la que le reconoció el ISS, hoy Colpensiones, sino de compatibilidad, no resultan válidas las cotizaciones pensionales realizadas con posterioridad al retiro del trabajador que resultó pensionado, para crear una compartibilidad, dado que por una parte, no se previó para

esa época la posibilidad de que el ISS subrogara las pensiones extralegales de jubilación a cargo de un determinado patrono; por otra parte, el empleador no podía, sin sustento jurídico, continuar cotizando al ISS para lograr una compartibilidad pensional, cuando la prestación fue reconocida antes de 1985 y no mediaba un vínculo laboral entre las partes; y además, no se dispuso la compartibilidad en la mencionada resolución de reconocimiento n.º 019 de 1984, ni en el artículo 39 de la CCT vigente para el año 1983 (f.º 73, 74). Por ende, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada en este punto.

Ahora, en lo que tiene que ver con la indexación de la primera mesada pensional, debe indicar la Sala que aun cuando no desconoce el criterio jurisprudencial unificado y vigente acerca de aplicabilidad de la indexación de las primeras mesadas a todas las pensiones causadas incluso antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991 sin interesar si son de origen convencional o legal, en tanto que procede frente a la devaluación del peso y el transcurso del tiempo entre la fecha en que terminó el vínculo laboral y la data del reconocimiento de la pensión (CC SU-1073-2012 y SU-131-2013, CSJ SL2382-2018 y SL2424-2018); la verdad es que en este asunto, al tratarse de una pensión de un trabajador que se desvinculó de su empleador, sin tener la edad para pensionarse bajo el régimen legal, el salario base de liquidación no sufrió afectación alguna, dado que el reconocimiento y pago se produjo de manera concomitante a la terminación del vínculo laboral, sin que hubiere tenido que soportar el paso del tiempo para gozar de la misma, pues el vínculo se terminó el 1º de enero de 1984 y la pensión mensual vitalicia de jubilación convencional fue reconocida mediante acto administrativo expedido el 18 de enero siguiente, para ser otorgada a partir del día 2 de los mismos mes y año (f.º 10, 11).

En consecuencia, como no hubo un paso de tiempo con cual se pudiera predicar una notoria pérdida del poder adquisitivo de la moneda o una desmejora en la cuantía de su pensión de jubilación convencional (CSJ SL, 14 jun. 2011 rad. 47353 y SL698-2013) y al observarse que la pensión extralegal se liquidó con el promedio mensual de los factores salariales del último año de prestación de servicios, esto es, entre el 1º de enero de 1983 y el 1º de enero de 1984 (f.º 10, 11), se **confirma** en este aspecto la sentencia apelada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de agosto de 2019, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
EXP. 272017-00557.01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **DIANA CATALINA MONTEALEGRE ARBELÁEZ** en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR**

EXP. 11001 31 05 030 2018 00328 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Se reconoce a la Dra. María Marcela Pérez Montero como apoderada sustituta de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos legales del poder allegado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual realizado a partir de junio de 1994 por haber sido bajo engaño al ser inducida a error y omitir su deber de entregar información clara, veraz y suficiente, sobre las ventajas y desventajas de los efectos del traslado, en consecuencia se retorne automáticamente al régimen de prima media con prestación definida con la devolución de todos los valores relacionados con cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses (f.º 68-70).

Sustentó sus pretensiones en que nació el 16 de junio de 1965; efectuó aportes de forma ininterrumpida entre el 6 de enero de 1989 hasta el mes de mayo de 1994, tiempos que fueron cotizados al extinto ISS, acumulando más de 281 semanas; se trasladó al fondo privado demandado hacia junio de 1994 inducida por error, entidad que le informó hacia el mes de mayo de 1994 que el Regimen de Ahorro Individual le permitiría acceder a su derecho pensional con antelación a la fecha prevista por el ISS y en cuantía muy superior a la que reconocería dicha entidad, lo presentó como el más beneficioso en materia pensional sin realizar una proyección pensional, sin explicarle las implicaciones de su traslado y sin advertirle que debía realizar aportes voluntarios adicionales a las cotizaciones fijadas de manera obligatoria por la ley para acceder a una pensión de vejez.

Adujo que posteriormente solicitó a Porvenir una proyección pensional la cual arroja un valor inferior al calculo actuarial aportado como prueba; nunca se le informó que su derecho pensional quedaba condicionado a la redención de su bono pensional, que podría redimirlo de manera anticipada mediante su negociación, implicando aceptar una suma bastante inferior al monto real; se le informó que el regimen pensional del ISS seria reformado, incrementaria los requisitos para acceder al derecho pensional frente a edad y semanas

minimas requeridas y reduciria considerablemente la tasa de reemplazo para cuantificarlo advirtiendo los multiples riesgos que acarrea su permanencia en dicha entidad; solicitó a Porvenir S.A. y a Colpensiones el 2 y el 14 marzo de 2018 traslado de fondo de pensiones con fundamento en la nulidad de la afiliacion realizada al regimen de ahorro individual por vicio del consentimiento pero obtuvo sendas respuestas negativas (f.º 70-75).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 8 de junio de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 92).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, y buena fe (f.º 101-110).

Porvenir SA, se encuentra representada a través de Curadora Ad - Litem, quien no propuso excepciones en su defensa (f.º 131, 135-137). La constancia de publicación del emplazamiento obra a f.º 144.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 94).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 2 de agosto de 2019, declaró nulo e ineficaz el traslado de regimen pensional realizado a Porvenir S.A. el 10 de mayo de 1994, por ende, válida la vinculación al regimen de prima media administrado por Colpensiones; condenó a Porvenir S.A. a devolver todos los valores de la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y costos

cobrados por concepto de administración desde el 10 de mayo de 1994 hasta el momento en que el traslado se cumpla; ordenó a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual, actualice la información en su historia laboral; declaró no probadas las excepciones planteadas por Colpensiones; condenó en costas a Porvenir S.A. a favor de la demandante; y asignó gastos de curaduría a cargo de la demandante.

Para lo que interesa a la alzada, encontró evidente el engaño al que fue sometida la demandante por parte de fondo privado de pensiones, al inducirla a aceptar el traslado y no darle una información veraz y completa con proyección pensional, sin que la información que se registra en el formulario de afiliación a Colfondos sea insuficiente, aunado a que no tiene anexo alguno, y no se acreditó que se le hubiera informado que podía trasladarse posteriormente una vez cumplidos 5 años o antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensionarse. Finalmente, expuso que, la acción para obtener la nulidad de traslado de régimen no está sujeta al término de prescripción de 3 años, sino que es imprescriptible (f.º 150-153).

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 16 de junio de 1965 (f.º 9); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 6 de junio de 1989 hasta el 31 de mayo de 1994, 281.71 semanas (f.º 15); **iii)** que el 10 de mayo de 1994 se trasladó al RAIS

administrado por la AFP Porvenir SA (f.º 10), entidad a la que actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1204 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de f.º 1 a 14.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y

sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la afiliación a fondo de pensiones obligatorias n.º 070394 diligenciado el 10 de mayo de 1994, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como trabajadora: *«Hago constar que realizo **en forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia del régimen de ahorro individual, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 10).

De manera que se podría entender que este acto produjo los efectos de traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir SA, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Porvenir.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte (f.º 150-152), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, porque admitió que recibió una asesoría grupal e individual por parte de Porvenir SA - Santander, en Corficolombiana, en donde trabajaba para esa época como analista de crédito; que los asesores le indicaron los beneficios de pasarse al fondo, dentro de los cuales se encontraba obtener una pensión anticipada de acuerdo con el dinero ahorrado y que el ISS sería liquidado. Agregó que solo cuando se acercaba al cumplimiento de la edad inició averiguaciones acerca de su pensión, admitió que siempre recibió los extractos de sus aportes. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Aunado a lo anterior, los testigos María Cecilia Gamboa Casablanca y Carlos Edgar Moreno Jiménez, compañeros de trabajo de la demandante, confirmaron lo atinente a la asesoría individual grupal e individual que recibieron en aquella época, por parte de Porvenir SA, sus bondades como que podían pensionarse

anticipadamente de acuerdo al dinero ahorrado cuando quisieran, que retirar su dinero en cualquier momento.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 75-85) y del fallo de primera instancia-, no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se

encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas (281.71 – f.º 15), y la edad cumplida a la fecha de traslado (29 años – f.º 9), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que el *a quo*, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 28 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 60% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Porvenir, informarle a la demandante previo a la suscripción de la afiliación, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 9 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda y en la decisión de primera instancia, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque contaba con 28 años de edad y 277,42 semanas de cotización a 1º de abril de 1994 y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 16 de junio de 2012 y no lo hizo.

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del

régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen

pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en mayo del año 1994, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Sin que sea viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Porvenir SA.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, de todas las pretensiones incoadas por **DIANA CATALINA MONTEALEGRE ARBELAEZ**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVAMENTO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAIME ESCOBAR**
en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 032 2018 00239 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia absolutoria proferida el 1º de agosto de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

En relación con el memorial allegado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.º 80-89), precisa la Sala que el procedimiento establecido en el inc. 2º del art. 278 del CGP, no es aplicable en materia laboral, comoquiera que nuestro procedimiento tiene regulación expresa. Se reconoce al abogado Moisés David Alario Echavarría como apoderado sustituto de la demandada, para los efectos legales del poder allegado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por compañera permanente a cargo, previsto en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, desde el 1º de octubre de 2010 y los intereses moratorios respecto de las sumas adeudadas; solicitó igualmente la «*reliquidación pensional de la pensión de invalidez reconocida mediante resolución n.º 901257 de 2010 sobre el 75% del IBL*» (f.º 3, 4).

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que mediante fallo proferido en el año 2020 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Cali, Valle, en la acción de tutela con rad. 2010 00507, se ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez, por lo que el extinto ISS, le reconoció la prestación mediante la res. n.º 901257 de 2010 «desconociendo que contaba con 65 años para acceder a la pensión de vejez»; desde el año 2009 convive bajo el mismo techo, lecho y mesa, con Dora Alicia Chantre Banguero, quien depende económicamente de él y no devenga pensión; reclamó administrativamente ante la entidad «*solicitándole la reliquidación de su mesada pensional de invalidez y el reconocimiento y aumento del 14% por compañera permanente*» (f.º 3).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Inicialmente la demanda fue repartida al Juzgado 18 Laboral del Circuito de Cali, Valle, quien el 16 de marzo de 2018 la rechazó de plano por competencia y la remitió a esta ciudad, correspondiéndole al despacho homólogo n.º 32 (f.º 34-38).

Se admitió la demanda el 26 de abril de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 39), quien la contestó oponiéndose a todas las pretensiones, para lo cual formuló como excepción previa la de cosa juzgada, que en audiencia del 23 de mayo

de 2019 (f.º 69, 70), se dejó para su estudio junto con las excepciones de fondo propuestas denominadas: buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado (f.º 42-48).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada pero guardó silencio (f.º 41).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 1º de agosto de 2019, declaró probadas las excepciones de cosa juzgada, respecto de la reliquidación pensional, y falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación frente a los incrementos por persona a cargo; en consecuencia absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar, inicialmente que teniendo en cuenta que la pensión de invalidez le fue reconocida de manera definitiva mediante sentencia judicial proferida por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Cali, Valle, en el radicado n.º 2010 01198, decisión que se encuentra en firme porque no se recurrió, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada; en todo caso, sostuvo que no es posible reliquidar la pensión al margen de la edad que tiene el demandante, comoquiera que no superó las 500 semanas a las que hace alusión el art. 40 de la Ley 100 de 1993, y sus cotizaciones nunca superaron 1 smlmv para cada período.

Finalmente adujo que los incrementos pensionales por personas a cargo fueron derogados a partir del 1º de abril de 1994 como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia SU-140-2019, y no le aplican al demandante teniendo en cuenta que su pensión de invalidez fue reconocida con base en la Ley 860 de 2003, y causó el

derecho con posterioridad a la fecha en mención (f.º 73, 74).

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del CPTSS, la Sala verificará si hay lugar a reliquidar la pensión de invalidez que devenga el demandante, y si los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en caso afirmativo, si se reúnen los presupuestos de la norma para disponer su pago.

No fue objeto de discusión y se encuentra plenamente demostrado que al demandante, inicialmente el extinto ISS mediante resolución n.º 901257 de 2010 le reconoció la pensión de invalidez de manera transitoria desde el 1º de octubre de 2010 a razón de 1 smlmv, en cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Cali, Valle, en la acción de tutela con rad. 2010 00507 (f.º 17-19 y CD f.º 61); posteriormente, para dar alcance a la sentencia proferida el 2 de agosto de 2012 por el Juzgado 7º Laboral del mismo circuito, dentro del proceso ordinario rad. 2010 01198, Colpensiones en resolución GNR166371 de 2014 reliquidó y reconoció de manera definitiva la prestación a partir del 11 de abril de 2008 en la misma cuantía, al tenor de lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó el art. 39 de la Ley 100 de 1993, junto con los réditos del art. 141 ídem, por tener Jaime Escobar una PCL del 52,98% y 117 semanas [sic] cotizadas dentro de los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la enfermedad de origen común y catastrófica que padece (CD f.º 61).

El a quo sostuvo que con base en la sentencia dictada dentro del mencionado proceso ordinario laboral, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada, lo cual no es acertado, en la medida en que el art.

303 del CGP establece que para que se configure dicha figura, ambos procesos deben versar sobre el mismo objeto, tener la misma causa y existir identidad de partes; elementos que sea el caso advertir no sólo deben ser estudiados desde la óptica de la demanda y su contestación, sino además a partir de los problemas jurídicos desarrollados en el curso de los procesos y las decisiones judiciales que los resolvieron, pues es claro que una vez en firme las mismas adquieren el carácter de definitivas e inmutables, lo que confiere a las partes en contienda seguridad jurídica respecto de lo resuelto, pues justamente uno de los propósitos de la figura estudiada es evitar que sobre los mismos hechos se dicten decisiones contrarias.

Empero, del caudaloso material probatorio que obra dentro del expediente administrativo allegado en medio óptico (f.º 61), se verifica que aun cuando entre el presente proceso y el ordinario n.º 2010 01198 cursado ante el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Cali, Valle, puede existir identidad de partes, los dos casos no versan sobre el mismo objeto y causa, dado que aquel proceso se instauró en cumplimiento de lo ordenado transitoriamente por un juez de tutela el 28 de junio de 2010, con el fin de perseguir el reconocimiento definitivo de la pensión de invalidez *«con base en el art. 39 original de la Ley 100 de 1993, invocando el principio de favorabilidad y/o la condición más beneficiosa o en su defecto invocando los num. 1º y 2º de la Ley 860 de 2003, teniendo en cuenta la sentencia C-428 (...) de 2009 (...)*», mientras que aquí se solicitó la *«reliquidación pensional de la pensión de invalidez reconocida mediante resolución n.º 901257 de 2010 sobre el 75% del IBL»* (f.º 3, 4), porque considera el demandante que en este acto administrativo el extinto ISS desconoció *«que contaba con 65 años para acceder a la pensión de vejez»* (f.º 3); lo que así quedó plenamente establecido en la fijación del litigio efectuada en audiencia del art. 77 del CPTSS surtida el 23 de mayo de 2019, al señalar que el debate se contraería a verificar la viabilidad de la

conversión de la pensión de invalidez en la prestación por vejez [mins 1:03 y 3:28 CD f.º69]. De manera que, contrario a lo concluido por la a quo, no se dan los presupuestos para poder declarar probado el medio exceptivo propuesto inicialmente como previo (f.º 46), y en esa medida, se debe revocar parcialmente el numeral primero de la sentencia consultada, con el fin de declarar no probada la cosa juzgada.

No obstante, la Sala llegaría al mismo resultado absolutorio de primera instancia, en relación con la reliquidación pensional pretendida, porque si bien el demandante fue beneficiario del régimen de transición a que hace alusión el art. 36 de la Ley 100 de 1993, dado que para la entrada en vigencia de dicha norma, contaba con 49 años de edad por nacer el 30 de abril de 1945 (f.º 20) y estaba afiliado al ISS desde el 24 de febrero de 1972 (f.º 49), lo cierto es que tal prerrogativa la perdió al trasladarse al RAIS administrado por Porvenir SA, como dan cuenta las comunicaciones emitidas por esta entidad y el ISS el 23 de junio, 8 de agosto y 29 de octubre de 2008, con el fin de solucionar lo relacionado con la multivinculación presentada con la conclusión de que la entidad responsable de tramitar y decidir la prestación, es el ISS (CD f.º 61), por tanto, a Jaime Escobar le afectan las consecuencias del traslado que señalan los arts. 36 de la citada Ley 100 y 3º del Decreto 3800 de 2003, esto es, que no le es aplicable la transición, por cambiarse de régimen de manera voluntaria.

Aunado a lo anterior, no demostró 15 años de servicio o de aportes al sistema para la entrada en vigencia de la mencionada Ley 100, pues solo alcanzó a completar a esa data 138,43 semanas, insuficientes para poder afirmar que recuperó el beneficio transicional (CC C-789-2002, CSJ SL4312-2018 y SL696-2019); de manera que no le son aplicables las disposiciones del Acuerdo 049 de

1990 para estudiar la pensión de vejez, sino el art. 33 de la mencionada Ley 100 modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003.

Empero, a pesar de que cumplió los 60 años de edad el 30 de abril de 2005, no reunió la densidad mínima de cotizaciones exigida para hacerse acreedor de la prestación por vejez reclamada porque en toda su vida laboral alcanzó un total de 289 semanas de cotización (f.º 49-53), de ahí que tampoco sea viable aumentar la tasa de reemplazo de la pensión de invalidez que hoy recibe, de conformidad con lo establecido en el art. 40 de la pluricitada Ley 100.

En todo caso, teniendo en cuenta el monto de las cotizaciones realizadas por el demandante en toda su vida laboral y el porcentaje que debería aplicársele al IBL, arrojaría un monto inferior a 1 smlmv, yendo en perjuicio de los intereses de Jaime Escobar, y en contravía de lo dispuesto en el inc. 3º del mencionado art. 40. Así que básicamente estos son los motivos por los cuales no hay lugar a acceder a la reliquidación pensional pretendida, confirmando la absolución de primera instancia.

Ahora, en relación con los incrementos pensionales por personas a cargo previstos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, esta Sala advierte que ningún reproche merece la decisión del a quo, porque si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que los citados incrementos pensionales conservan su vigencia en la medida en que los mismos no fueron derogados por el art. 289 de la Ley 100 de 1993, por ende, se deben considerar como parte del régimen de prima media con prestación definida, al tenor de lo dispuesto en el art. 31 ídem (CSJ SL1975-2018, SL13007-2017, SL 10 ago. 2010 rad. 36345, SL 27 jun. 2005 rad. 21517), criterio acogido por esta Sala de Decisión, no se puede pasar por alto que dicho beneficio opera única y

exclusivamente para aquellos pensionados por vejez o invalidez, en aplicación del Acuerdo que los consagra, bien por derecho propio, o por ser beneficiarios del régimen de transición, en razón del cambio del modelo de financiación del sistema (CSJ SL, 10 ago. 2010 rad. 36345, STL6456 y STL12658 ambas de 2015, y SL9562-2016), condición que no ostenta el demandante, pues como quedó visto, el gestor causó la pensión de invalidez bajo el amparo de la Ley 860 de 2003, conforme se constata en la mentada resolución GNR166371 de 2014 (CD f.º 61), normativa que no contempló la procedencia de este derecho.

Bajo estos términos se **confirmará** la absolución. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **primero** de la sentencia proferida el 1º de agosto de 2019 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, con el fin de **declarar no probada** la excepción de cosa juzgada propuesta por Colpensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR los numerales **segundo** y **tercero** de la sentencia consultada, **pero** de acuerdo con lo considerado.

TERCERO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

exp. 32-2018-00239-01



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

exp. 32-2018-239



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

exp. 32-2018-00239



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GABRIEL FERNANDO BEJARANO FERNÁNDEZ** en contra de **EXPRESO BOLIVARIANO SA EN EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN.**

EXP. 11001 31 05 038 2016 00946 01

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 19 de julio de 2019, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Se acepta la renuncia presentada por la Dra. Diana Marcela Camacho Fernández, al poder que le fuera otorgado por la demandada, y en su lugar, se reconoce a la abogada Sandra Liliana Novoa Suárez, como apoderada principal de dicha sociedad, de conformidad con los memoriales aportados al plenario.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 27 de agosto de 2003 y el 4 de junio de 2015 el cual fue terminado de manera unilateral y sin justa causa y en el que el salario pactado equivalía al 8% sobre el valor bruto del tiquete vendido a los pasajeros de la ruta que le fuera asignada como conductor de bus durante cada período mensual; así como que los dineros consignados a través de la tarjeta prepago de Bancolombia – Visa Electron n.º 4468 4600 3184 constituyen salario.

En consecuencia solicitó que se condene a la demandada al pago del reajuste salarial del 75% sobre 280 domingos y 105 festivos laborales a lo largo de la relación laboral y del 8% sobre el valor de los mencionados tiquetes y se reliquiden las cesantías, intereses a las cesantías doblados, primas de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensiones e indemnización por despido sin justa causa sobre el salario realmente devengado, más el reintegro de los descuentos realizados por concepto de seguro de previsión exequial, por omisión en la afiliación, así como por los descuentos realizados por ausencia de 129 días; las indemnizaciones de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, reajustes e indexación de las sumas debidas (f.º 1-4).

Como fundamento fáctico relevante para la alzada, sustentó sus pretensiones en que pactó con la demandada un salario de carácter variable en suma equivalente al 8% del valor bruto por pasaje vendido a los pasajeros que transportaba durante su jornada de trabajo como conductor de bus, de la ruta o itinerario que le fuera asignado en cada período mensual, no obstante ese porcentaje no se liquidó según lo pactado, porque la demandada pagó lo que quiso a su antojo.

Sostuvo que la demandada le efectuó pagos parciales a la cuenta de nómina registrada en el Banco GNB Sudameris, con el fin de tomar en cuenta para liquidar las prestaciones y aportes parafiscales, mientras que el saldo restante fue consignado a través de la reseñada tarjeta prepago en Bancolombia, montos que en forma discriminada se encuentran en el hecho 7 de la demanda.

Adujo que la demandada certificó el 19 de octubre de 2015 que la titular o usuaria de la tarjeta prepago era la sociedad Diamo Ltda, empresa que el 18 de marzo de 2016 le señaló que los dineros depositados en la mencionada tarjeta tenían como único fin, ser dedicados al mantenimiento de los vehículos y no para retribuir salarios; no obstante, ello no es cierto porque tales dinero eran de su entera propiedad y disposición para su disfrute o beneficio personal y familiar *«por así disponerlo las partes como retribución a su labor»*.

Indicó que su ultimo pago recibido en la tarjeta prepago fue de \$459.909, consignado el 5 de junio de 2015, data en la que se encontraba terminado el contrato de trabajo; muchos de los pagos salariales que fueron tenidos en cuenta para liquidar las prestaciones sociales y aportes parafiscales, también provenían de traslados electrónicos bancarios realizados por Diamo Ltda a la cuenta de ahorros n.º 90120018630 del Banco GNB Sudameris. Finalmente agregó que la demandada realizó descuentos sin su autorización por concepto de seguro de previsión exequial, sin haber existido jamás una afiliación (f.º 4-10)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de noviembre de 2016, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 72), quien contestó con

oposición con el argumento de que nunca le consignó salarios mensuales a razón de \$1.539.719 a la mencionada tarjeta prepago, sino a la cuenta de ahorros de titularidad del demandante en el Banco GNB Sudameris, aunado a que el demandante fue afiliado al seguro exequial.

Sostuvo que algunos vehículos de dueños de buses, terceros afiliados a la compañía hacen los mantenimientos mayores y menores a través de Diamo Ltda, por lo que a través de dicha empresa, algunos afiliados consignaban a cada conductor de sus vehículos, los valores correspondientes a mantenimientos menores e imprevistos del automotor, por lo que Expreso Bolivariano SA no tiene vínculo comercial ni ninguno con Diamo Ltda. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa, temeridad y buena fe (f.º 82-102).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de julio de 2019, condenó a la demandada al pago de \$138.560 por concepto de salarios deducidos de manera irregular, que deberán ser indexados al momento de su pago, desde junio de 2015, más las costas, declaró probada la excepción de prescripción y no probadas las demás propuestas, y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, motivó la decisión en que la tarjeta de la entidad financiera Bancolombia que le fue otorgada al demandante, tenía como finalidad el mantenimiento de los vehículos que condujo a lo largo del vínculo laboral, sin que se hubiera demostrado que retribuyó el servicio prestado por el demandante, que su destinación era otra distinta al mantenimiento, ni que el dinero

allí consignado correspondiera al kilometraje recorrido.

Agregó con relación al descuento efectuado por concepto de seguro de previsión exequial, que no se acreditó la autorización firmada por la demandante para proceder como tal, ni un documento mediante el cual se demuestre su interés de beneficiarse de ese seguro, por lo que ordenó la devolución de esos conceptos, causados desde el 21 de octubre de 2013, por virtud de la prescripción que declaró probada con base en la presentación de la demanda (f.º 495-493).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las partes apelaron así:

El **demandante** sostuvo que se deben incluir los dineros consignados por la sociedad Diamo Ltda, a través de la tarjeta prepago de Bancolombia – Visa Electron n.º 4468 4600 3184 en la cuenta de ahorros 9012018630 como constitutivos de salario, porque la demandada realizaba pagos de salario mensual a través de transferencia bancaria realizada por la mencionada sociedad, por ende, no se trataba de emolumentos para gastos de mantenimiento del vehículo, sino de montos reconocidos como contraprestación directa del servicio prestado por él, retribuyendo salarios y prestaciones sociales, dado que incluso el 5 de julio de 2015, cuando fue retirado, le pagaron \$459.000 a la tarjeta prepago, por lo que considera que se utilizó dicha ‘maniobra’ para disminuir su carga prestacional

La **demandada** dijo que el *a quo* se equivocó al concluir que la suma a la que fue condenada, no estaba autorizada por parte del trabajador, porque reposa una constancia expedida por parte de Los

Olivos, en el que se indica que el demandante está afiliado como titular, lo que implica el diligenciamiento y firma por parte del demandante, por ende, sí se probó que existió el consentimiento del trabajador para efectuar los descuentos desde el año 2012.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del CPTSS, la Sala verificará si las sumas consignadas a través de la tarjeta prepago Bancolombia son constitutivas de salario, y si la demandada se encontraba autorizada para descontar mensualmente lo atinente al seguro exequial.

Dispone el artículo 127 del CST, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, que 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 adopte”*. De allí se sigue que *«independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial»* (CSJ SL12220-2017).

Por su parte, el artículo 128 del CST, prevé que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como bonificaciones o gratificaciones ocasionales, ni aquellos 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.

Así las cosas, en el presente caso, según el contrato suscrito entre las partes el 26 de agosto de 2003 se pactó en la cláusula 4ª como remuneración el monto equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes pagaderos en forma quincenal; en la cláusula adicional se estableció que se pagaría el 2.5% del producido bruto mensual del vehículo, siendo el 80% remuneración ordinaria, y el 20% restante contribuye a remunerar las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos (f.º 33, 103); y en la liquidación final del contrato de trabajo se informó que el salario promedio para liquidar vacaciones era de \$1.539.719 y para liquidar primas de servicio y auxilio de cesantías fue de \$1.555.845,48 (f.º 36, 114).

Dicho contrato tiene las extensiones visibles de f.º 105 a 113, mediante las cuales se le asignaron los vehículos a conducir al demandante, con la descripción de quiénes eran los propietarios de los mismos. Posteriormente, desde el 16 de enero de 2014 se determinó una tabla porcentual de remuneración por kilómetros recorridos para cada ruta como relevador duo bus y como relevador superexpreso 2G – 2G Gold (f.º 113).

De f.º 44, 45, 131 y 132 la Gerencia de Relaciones Laborales de Bancolombia, indicó en comunicación del 19 de octubre de 2015 que la tarjeta n.º 4468 4600 3184 7646, era de un ‘convenio prepago’ n.º DIW01 suscrito el 5 de febrero de 2014 con la empresa Diamo Ltda, que el monto total por el cual fue cargada la tarjeta fue de \$13.359.119, valor del que se registraron movimientos hasta mayo de 2015 por \$13.358.928 y que se dispuso en el realce de la tarjeta la notación ‘mantenimiento 0082’, lo que dicho sea de paso se constata con el original del plástico que fue aportado a f.º 50. No obstante, no se informa que la titularidad de dicha cuenta esté a nombre del demandante.

De f.º 47 a 49, 148 a 150, la Representante legal de Diamo Ltda, le comunicó al demandante, en oficio del 18 de marzo de 2016, que los dineros depositados en la cuenta mencionada bajo el código 0082, tienen como único fin el mantenimiento de los vehículos, no para retribuir salarios de ninguna especie, por lo que no se trata de una cuenta de nómina, en la que depositó \$13.359.119 entre el 1º de febrero de 2014 y el 5 de junio de 2015, tal y como lo certificó Bancolombia.

Lo anterior, tiene respaldo probatorio con lo manifestado por el testigo Jorge Enrique Gutiérrez, quien además de haber sido conductor de la demandada, también fue propietario de algún vehículo que administró dicha compañía, en la medida en que informó de manera detallada que el costo del mantenimiento de los vehículos que condujo el demandante los asumía el respectivo propietario, y para tal efecto, el conductor, que según su dicho, no tiene dinero de dónde pagar, ni le corresponde a él pagar la lavada, las llantas, los frenos, o tanquear, debe llevar el vehículo a cada serviteca, al taller o a los centros autorizados por la empresa para que le descuenten cada mes al propietario en el extracto del producido del vehículo, de acuerdo a lo que ha firmado el conductor como gastos, lo cual se paga con un dinero que consigna la empresa a una cuenta bancaria en Bancolombia, nunca en dinero en efectivo y mucho menos con dinero de los conductores, a quienes les pagan a través de una cuenta de nómina en el Banco GNB Sudameris.

Esta versión, fue ratificada por Edna Liliana Heredia Rodríguez, quien laboró siempre en el área de gestión humana de la demandada desde el año 2011, y adicionó que el sueldo se les consigna a los conductores exclusivamente por la cuenta que ellos tienen de su titularidad en el Banco GNB Sudameris, y que a pesar de que el costo

del mantenimiento vehicular lo asumen en su totalidad los propietarios de los automotores, estos escogen la manera cómo quieren pagar tales gastos; sin embargo, explicó que el relación con el demandante, el pago de estos mantenimientos se hacía a través de Diamo Ltda, quien realizaba giros bancarios teniendo en cuenta el dinero girado por cada afiliado, y el monto promedio tasado por Diamo Ltda para los mantenimientos a cargo de los afiliados. Estas situaciones también fueron narradas por el representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte.

De manera que a pesar de que el demandante era quien manejaba los movimientos de la tarjeta prepago Bancolombia, no cabe duda de que todas estas transacciones estaban dirigidas a atender los gastos vehiculares de los automotores conducidos por él en el interregno dentro del cual se registraron tales movimientos y no para los gastos personales o familiares del conductor, mucho menos, atendía al modelo de remuneración que fue pactado entre las partes.

Ahora, debe indicar la Sala que, los dineros consignados en septiembre de 2014, abril y mayo de 2015 visibles de f.º 61 a 63 bajo la descripción ‘CR pago electrónico enviado x830003429 Diamo Ltda’, en la cuenta de titularidad del demandante en el Banco GNB Sudameris, no fueron objeto de reproche desde el libelo de la demanda y según la respuesta brindada por dicho banco a un requerimiento realizado por el Juzgado, se tratan de pagos hechos por concepto de ‘nota crédito ACH’ (f.º 456 a 489); en todo caso, a pesar de que se trata de pagos realizados en forma periódica, se recuerda que los testigos sostuvieron que todo lo que se consignara en las cuentas de nómina del Banco GNB Sudameris, era para pagar los salarios y demás acreencias de los conductores, y aquí el demandante admitió en el libelo, que estos montos sí fueron tenidos en cuenta para la liquidación de sus acreencias laborales.

En consecuencia, considera la Sala que no se equivocó el juzgador de instancia al concluir que ninguno de los movimientos transaccionales registrados en la tarjeta prepago Bancolombia, son constitutivos de salario, por lo que habrá de **confirmarse** la sentencia en este aspecto.

Ahora, en relación con lo que tiene que ver con el descuento exequial realizado mes por mes por la demandada, se debe indicar que no se equivocó el *a quo* en ordenar el reintegro de dicho dinero, en la medida en que si bien, a f.º 176 reposa el certificado o constancia de afiliación exequial en la que aparece la demandada como tomador del Plan Integral Grupo de Los Olivos y al demandante como afiliado titular ingresado desde el 1º de agosto de 2012 y retirado el 1º de julio de 2015, con un valor asegurado de \$2.000.000 para el amparo de ‘muerte anexo exequias’, con el pago de \$4.560 mensuales; lo cierto es que no se aportó un documento mediante el cual, el demandante se obligara al pago mensual de la suma descrita anteriormente, como por ejemplo una libranza, para que la demandada le descontara mensualmente lo relacionado con la cuota mensual para el seguro exequial.

Al contrario, de este documento se podría desprender, que quien tomó la póliza fue realmente la compañía y no el trabajador de manera voluntaria; motivo por el cual, al no existir una autorización expresa por parte del trabajador para que le realizaran de manera voluntaria esos descuentos de su nómina mensual, los mismos se tornan en retenciones ilegales del salario, lo cual se encuentra legalmente prohibido; motivo por el cual, se **confirma** la sentencia apelada en este aspecto por la demandada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación, las de primera serán a cargo de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de julio de 2019, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARIO EFRÉN GODOY ROJAS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 004 2018 00387 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado por la parte demandante y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 20 de mayo de 2019, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de esta ciudad.

Téngase a la Doctora Edna Carolina Olarte Marquez, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del memorial aportado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que siempre ha estado afiliado al Régimen de Prima Media y que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100; en consecuencia, se condene a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez en aplicación de lo establecido en el Decreto 758 de 1990 con una tasa de remplazo del 90% del ingreso base de liquidación, desde el 3 de octubre de 2015, incluyendo el pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año; y subsidiariamente, a reliquidarla conforme lo dispone la Ley 71 de 1988, con una tasa de remplazo del 75% del ingreso base de liquidación.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 15 de junio de 1950. Señaló que inició su vida laboral en el año 1974, al servicio de la Secretaría de Boyacá. Sostuvo, que el 21 de noviembre de 1996, cuando contaba con 46 años, se trasladó del Instituto de Seguros Sociales a Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección. Afirmó, que al momento de diligenciar el traslado se encontraba acompañado del señor Alonso Vega García, quien también era funcionario de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, y que tal acto se hizo sin la debida asesoría acerca de las implicaciones de la pérdida del régimen de transición, con afirmaciones engañosas del asesor, relacionadas con que en su situación específica, resultaba más beneficioso el Régimen de Ahorro Individual, porque la mesada pensional sería el doble, se pensionaría cuando lo decidiera, y además, porque el Instituto de

Seguros Sociales se iba a acabar. Dijo, que mediante fallo de tutela del 16 de junio de 2010, el Juzgado 41 Penal del Circuito de Bogotá D.C., le ordenó al Instituto de Seguros Sociales y al fondo de pensiones ING hoy Protección, el traslado al régimen de prima media con prestación definida, con fundamento en que las personas que cumplieran con el requisito de edad también tenían derecho a pensionarse bajo el régimen de transición, con la única condición de que se trasladara todo el ahorro. Aludió que cumplió con todos los requisitos para adquirir su derecho pensional y solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, la cual fue concedida mediante Resolución n.º GNR 303299 del 3 de octubre de 2015, bajo los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003, argumentando que no era aplicable el régimen de transición por cuanto no acreditaba 750 semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya que para recuperar el régimen de transición de las personas que alguna vez se trasladaron a un fondo privado, se requería el cálculo de la rentabilidad, de conformidad con lo dispuesto en la Circular n.º 06 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia (f.º 50 a 63).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 9 de agosto de 2018, previa subsanación, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 67).

Protección S.A. Pensiones y Cesantías, contestó con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, para lo cual, argumentó que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual, es totalmente eficaz y válida, ya que se le informaron sobre las implicaciones y los efectos jurídicos que conllevaba el traslado de régimen, y al haber recibido la

información de manera clara y completa tomó la decisión libremente, sin presión ni fuerza. En su defensa, propuso como excepciones de mérito las de *“Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir”*, *“Buena fe”* y *“Prescripción”* (f.º 76 a 88).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, tras mencionar que los medios de prueba que obran en el plenario conllevan a determinar que el traslado efectuado por el demandante, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como también, que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información de manera detallada, clara, precisa y oportuna, respecto de los efectos que le acarrearía al demandante trasladarse de régimen pensional, de acuerdo con la normatividad existente para ese momento. Formuló como excepciones de mérito las de *“Imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación”*, *“Imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida”*, *“Buena fe”*, *“Prescripción”* y *“Compensación”* (f.º 110 a 119).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia del 20 de mayo de 2019 , declaró la nulidad de la afiliación que hizo el demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección S.A., para tenerlo como válidamente

afiliado a Colpensiones; y, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones.

Para arribar a tales conclusiones, indicó que las pruebas documentales que reposan en el expediente no demuestran que Protección S.A., hubiera desplegado alguna actuación con el fin de demostrar, que en el año 1996, fecha en que se efectuó el traslado, le hubiera suministrado algún tipo de información adicional de la que reposa en el formulario al demandante, a pesar de que era su obligación hacerlo de manera transparente, indicando las consecuencias que acarrearía el cambio de régimen, conforme lo dispone el Decreto 663 de 1993 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Respecto a la aplicación del régimen de transición, señaló que al demostrarse que el demandante nació el 15 de junio de 1950 y que al 1.º de abril de 1994 contaba con 44 años, así como también, que para el 25 de julio de 2005, tenía 676,73 semanas, en principio sería beneficiario de este y le serían aplicables las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, pero que debido a que al revisar las semanas cotizadas a Colpensiones, se advierte que cuenta con 927,71, tendría derecho a una tasa de reemplazo del 69%, porcentaje similar al concedido por la encartada mediante acto administrativo de 2016 en el que se liquidó la pensión teniendo en cuenta el 70.16%.

De ahí que, al efectuar las operaciones matemáticas respectivas, la mesada pensional no resultaría superior a la otorgada por la entidad, por tanto, no es posible que el ingreso base de liquidación del demandante se le aplique el 90% de la tasa de reemplazo, ya que no cotizó 1250, sino 927.71 semanas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior la parte demandante, interpuso recurso de apelación, que sustentó en que es beneficiario del régimen de transición, ya que al 1.º de abril de 1994, tenía 40 años de edad y al 22 de julio de 2005 tenía más de 750 semanas cotizadas, y en esa medida, su pensión se debe calcular teniendo como tasa de reemplazo el 90% del ingreso base de liquidación.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar nulo el traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en caso afirmativo, se verificará si hay lugar a reliquidar la pensión de vejez que actualmente se encuentra pagando Colpensiones, por ser el actor beneficiario del régimen de transición, en aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, o en su defecto de la Ley 71 de 1988.

Como hechos probados se tienen, que el demandante nació el 15 de junio de 1950 (f.º 15); que estando afiliado al Instituto de Seguros Sociales, el 21 de noviembre de 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección S.A., (f.º 14), donde permaneció afiliado hasta el 1.º de agosto de 2010, cuando fue devuelto al Régimen de Prima media, con ocasión de la orden de tutela dictada el 16 de junio de 2010, por el Juzgado 41 Penal del Circuito (f.º 18 a 23).

Así mismo, se constata que Mario Efrén Godoy Rojas, para el 1.º de abril de 1994, contaba con 44 años de edad y un total de 475 semanas, entre las 58,29 cotizadas al ISS y los 8 años 1 mes y 7 días de tiempos públicos y aportes sufragados a varias entidades de previsión social (f.º 169, CD. Exp. Advo.); y, que mediante Resolución n.º VPB 4897 del 1.º de febrero de 2016, Colpensiones dispuso modificar el acto administrativo por el cual se había dejado en suspenso el ingreso en nómina de la pensión de vejez y ordenó su pago a partir del 1.º de noviembre de 2015, en cuantía de \$3.925.370,00, prestación que fue reconocida en aplicación de lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, tomando como ingreso base de liquidación la suma de \$5.594.883, a la que se le aplicó una tasa de reemplazo del 70,16% (f.º 44 a 47).

Establecido lo anterior, se tiene que el demandante aduce que procede la nulidad del traslado, por cuanto el referido fondo privado no le suministró información alguna, sobre los beneficios contemplados en el régimen de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Sobre el particular, señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, que:

“La doctrina bien ha 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”.

A su vez, frente a la falta de información completa y comprensible a los afiliados, dicho Colegiado, en la sentencia CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, expuso:

"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".

Luego agregó:

"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."

Criterio reiterado por la misma Corporación en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL19447-2017, CSJ SL17595-2017 y CSJ SL413-2018.

Entonces, en principio, claramente la línea jurisprudencial señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado; no obstante el Tribunal de Cierre en esas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el

afiliado ya cuenta con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Ahora, para que prospere el traslado de régimen, si bien se debe suministrar la información suficiente y completa por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones, no es menos cierto que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional.

Así las cosas, se tiene que la protección que se ha brindado mediante las sentencias que declaran la nulidad del traslado, se encaminan a evitar que el derecho pensional se vea frustrado en las específicas condiciones establecidas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, situación en la que se encontraba el demandante al momento en que decidió efectuar su cambio de sistema pensional.

Pues no existe la menor evidencia de que el fondo privado le hubiera brindado información clara y comprensible, de las consecuencias de celebrar el acto jurídico cuestionado, ya que sobre el particular solo se arrió el formulario de afiliación en el que únicamente quedó expresada la voluntad de selección del Régimen de Ahorro Individual (f.º 89 a 90), y a su vez, del interrogatorio de parte practicado al gestor no se extrae prueba de confesión en ese sentido; todo ello a pesar de que Mario Efrén Godoy Rojas, fue beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la

Ley 100 de 1993, por cuanto al 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad (f.º 15).

Prerrogativas, que sea bueno decir, se mantuvieron vigentes, debido a que para el 31 de julio de 2010, el actor ya había arribado a los 60 años y cumplía con la densidad mínima de semanas requerida en el Acuerdo 049 de 1990, y que en todo caso, se extendieron hasta el 31 de diciembre del año 2014, ya que a 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de ese año (fecha de publicación del Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005), registraba más de 750 semanas, que incluyendo los tiempos de servicio público y los aportes a entidades de previsión social, sumaban 916,20 semanas.

Circunstancias, que constituyen razón suficiente para confirmar la declaratoria de nulidad de traslado de régimen pensional del demandante, dispuesta en la sentencia de primer grado, pues estima la Sala que se encuentra demostrado el perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, debido a que dicho tránsito conllevó a la pérdida del régimen de transición, en la medida en que el demandante no podría haberlo recuperado, debido a que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, no acreditaba 15 o más años de servicios cotizados.

Máxime cuando esta Colegiatura advierte, contrario a lo señalado por el *a quo*, que la calidad de beneficiario del régimen de transición del gestor, si daba lugar a la reliquidación del derecho pensional, bajo el amparo de lo normado en el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, si bien no en el porcentaje suplicado en la demanda, si en uno superior al establecido por la entidad.

Lo anterior, porque el actor arribó a los 60 años el 15 de junio de 2010 y para esa fecha registraba más de 500 semanas en los 20 años anteriores a su cumplimiento, y a su vez, el total de aportes efectuados de manera exclusiva al extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, suman 1.009,14 semanas, tal como da cuenta el reporte que reposa a folios 163 a 168, lo que conforme al parágrafo 2º del art. 20 del Acuerdo 049 de 1990, daría lugar a aplicar una tasa de reemplazo del 75% del IBL, que es superior a la dispuesta por la encartada correspondiente a 70,16% (f.º 44 a 47).

En ese orden, se aclara que como el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece como supuesto para la causación del derecho a la pensión de vejez, la acreditación de un mínimo de semanas “cotizadas” y “sufragadas”, ello impide sumar los tiempos de servicios no cotizados a la entidad para su cálculo y para incrementar el monto o tasa de reemplazo, tal como se ha explicado en el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencias CSJ SL138752014, CSJ SL16104-2014, CSJ SL17699-2015, CSJ SL2135-2016, CSJ SL4362-2016 y CSJ SL11592-2017).

De este modo, teniendo en cuenta que no mereció reproche de las partes el valor del ingreso base de liquidación establecido por Colpensiones en la Resolución n.º VPB 4897 del 1.º de febrero de 2016, con el promedio de los salarios o rentas sobre los que cotizó el promotor del proceso durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, equivalente para el año 2015 a la suma de \$5.594.883,00, al aplicarle el monto del 75%, se obtiene una mesada inicial de \$4.196.162,00, por lo que sobre ese aspecto se revocará la sentencia apelada.

En cuanto a la prescripción observa la Sala, que de acuerdo con lo previsto en el art. 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el mismo no operó en este caso, toda vez que el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de vejez, se emitió el 1º de febrero de 2016 (f.º 44 a 47), y la demanda se interpuso el 7 de junio de 2018 (f.º 48), es decir, dentro del trienio a que hace referencia la norma citada.

En tal medida, se tiene que la demandada deberá pagar las diferencias que resulten entre la mesada pensional dispuesta en la Resolución n.º VPB 4897 del 1.º de febrero de 2016, que para el año 2015, correspondía a \$3.925.370,00 y la establecida en esta Sentencia, por lo que el retroactivo del reajuste causado del 1.º de noviembre de 2015 al 30 de junio de 2020, en trece mesadas pensionales al año (Acto Legislativo 01 de 2005), equivale a la suma de \$18.997.037,00, la cual deberá ser indexada a la fecha de pago efectivo.

AÑO	Reajuste anual	Mesada Debida	Mesada Pagada	Diferencia	No. Mesadas	Retroactivo
2015	3,66%	\$4.196.162	\$3.925.370	\$270.792	3	\$812.376
2016	6,77%	\$4.480.242	\$4.191.118	\$289.125	13	\$3.758.620
2017	5,75%	\$4.737.856	\$4.432.107	\$305.749	13	\$3.974.741
2018	4,09%	\$4.931.634	\$4.613.380	\$318.254	13	\$4.137.308
2019	3,18%	\$5.088.460	\$4.760.085	\$328.375	13	\$4.268.874
2020	3,80%	\$5.281.822	\$4.940.969	\$340.853	6	\$2.045.119
TOTAL						\$18.997.037

Finalmente, se autorizará a la administradora de pensiones demandada a realizar los descuentos por concepto de cotización al sistema general de salud, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993.

Costas. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 20 de mayo de 2019, por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de esta ciudad, para en su lugar, **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar la reliquidación de la pensión de vejez reconocida a Mario Efrén Godoy Rojas en trece mesadas al año, teniendo en cuenta para ello, que la mesada inicial para el 1º noviembre de 2015, asciende a la suma de **\$4.196.162,00**, la cual deberá ser reajustada anualmente, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$18.997.037,00 por concepto del retroactivo de las diferencias causadas del .º de noviembre de 2015 al 30 de junio de 2020, junto con las que se causen en lo sucesivo hasta que se produzca la inclusión nómina, las cuales deberán ser indexadas a la fecha de pago efectivo.

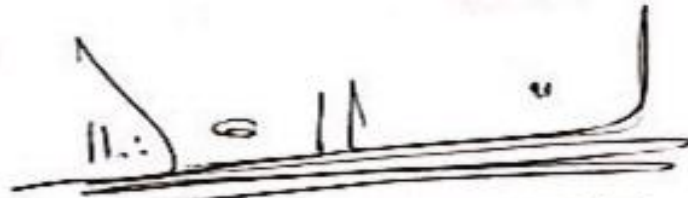
TERCERO: AUTORIZAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, realizar los descuentos por concepto de cotización al Sistema General de Salud, conforme a lo explicado en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Aclaración de voto


Rad. 110013105 004 2018 00387 01

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Mario Efrén Godoy
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 004 2018 00387 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar el voto, para señalar que el suscrito a efectos de resolver lo concerniente a la ineficacia del traslado de régimen pensional ha acogido en su integridad las reglas sentadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se sintetizan en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL1452-2019; SL1421-2019; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020.

En estos términos aclaro el voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARINA ÁLVAREZ DE FLÓREZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Tercera Ad Excludendum: MARÍA ISABEL RODRÍGUEZ BAYÓN

EXP. 11001 31 05 005 2015 00281 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación formulado por la entidad demandada, a favor de quien se surtirá el grado jurisdiccional de consulta junto con la Tercera Ad Excludendum de la sentencia dictada el 27 de enero de 2020, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la sustitución pensional desde el fallecimiento de Alsidero Flórez Sánchez, junto con la indemnización de perjuicios morales y materiales y los intereses moratorios (f.º 3).

Sustentó sus pretensiones, en que con ocasión del fallecimiento de Alsidero Flórez se inició el trámite de sustitución pensional el 23 de agosto de 2014, el cual fue negado mediante Res. n.º GNR 161683 del 9 de mayo de 2014, confirmada en el acto administrativo n.º VPB 15946 del 15 de septiembre de 2014, por existir controversia en el derecho pensional (f.º 3).

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 27 de abril de 2015, ordenando su notificación y traslado a la demandada, así mismo, ordenó integrar como litis consorte a María Isabel Rodríguez Bayón, quien luego fue vinculada como tercera Ad Excludendum mediante auto del 20 de septiembre de 2018 (f.º 82 a 83).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó “*Prescripción*”, “*Inexistencia del derecho y de la obligación*”, “*Cobro de lo no debido*”, “*No configuración del derecho al pago de intereses moratorios*”, “*Enriquecimiento sin justa causa*” y “*Carencia del derecho*” (f.º 87 a 91).

III. DEMANDA TERCERA AD EXCLUDENDUM

María Isabel Rodríguez Bayón, pretende que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago del 100% de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente, junto con el retroactivo pensional, desde la fecha de causación del derecho y los intereses moratorios previstos en el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (f.º 140 vto).

Como fundamento de sus pedimentos, señaló que Alsidero Flórez Sánchez falleció el 18 de julio de 2013, con quien desde el año 2007 decidieron iniciar un proyecto de vida juntos, caracterizado por el afecto, compromiso, auxilio mutuo, apoyo económico y el acompañamiento espiritual hasta que tuvo lugar el deceso. Dijo que ella y el causante rindieron declaración juramentada ante Notario para acreditar la existencia de la sociedad patrimonial de hecho prevista en el Artículo 2.º del literal b) de la Ley 54 de 1990, manifestando una convivencia superior a 2 años. Aseguró, que dependía económicamente del causante. Mencionó, que el 14 de agosto de 2013, solicitó a la demanda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada mediante la Resolución n.º GNR 161683 de mayo de 2014, por la existencia de otra reclamante en calidad de cónyuge supérstite. Adujo, que el causante contrajo matrimonio con Marina Álvarez de Flórez, con quien no compartió techo, lecho y mesa en los 20 años anteriores al fallecimiento e hizo reparto de los bienes sociales luego de la separación (f.º 140 a 141).

A Colpensiones, se le dio por no contestada la demanda mediante auto del 28 de agosto de 2019 (f.º 178), en el que se ordenó la notificación del auto admisorio al Ministerio Público (f.º 178), quien

dio contestación y propuso la excepción de prescripción (f.º 187 a 188).

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5º. Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 27 de enero de 2020, condenó a Colpensiones a cancelar a favor de los sucesores procesales de Marina Álvarez de Flórez, señores Wilmer Aldemar Flórez Álvarez, Alba Lucía Flórez Álvarez, Luz Amparo Flórez Álvarez, Jenny Margelis Flórez Álvarez, Estela Flórez Álvarez, Amanda Cristina Flórez Álvarez, Heidi Mireya Flórez Álvarez, Oscar Alexis Flórez Álvarez y Martha Liliana Flórez Álvarez, el retroactivo pensional causado del 19 de Julio de 2013 al 29 de diciembre de 2019, con ocasión del fallecimiento del pensionado Alsidero Flórez Sánchez, con sus reajustes legales y mesadas adicionales. A su vez, absolvió a Colpensiones del pago de intereses moratorios y de todas las pretensiones invocadas por María Isabel Rodríguez Bayona.

Para arribar a tales conclusiones, luego de establecer la condición de pensionado del causante, señaló que en el caso de María Isabel Rodríguez Bayón no había lugar a ordenar el reconocimiento pretendido debido a que la misma confesó que convivió con Alsiderio Flórez solamente en los dos últimos años anteriores al fallecimiento.

Y en cuanto a Marina Álvarez de Flórez, señaló que dada su calidad de cónyuge bastaba con la prueba de la convivencia de 5 años en cualquier tiempo, la cual se desprendía del testimonio del hijo de la pareja quien manifestó que cuando él tenía 29 años, esto es, entre 2007 y 2008, observó que su papá se fue de la casa y del registro civil de matrimonio del que se extraía que ello tuvo lugar el 15 de mayo de 1965. De esa manera, concluyó que había lugar a disponer el pago de

la prestación desde el 19 de julio de 2013 hasta el 29 de diciembre de 2019, cuando tuvo lugar el fallecimiento de la beneficiaria.

V. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado judicial de la entidad de seguridad social demandada la apeló con fundamento en que el retroactivo causado desde el 19 de julio de 2013 hasta el 29 de diciembre de 2019, es susceptible de la prescripción trienal prevista en los Artículo 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si la demandante y la Tercera Ad Excludendum acreditaron o no las condiciones necesarias para ser consideradas beneficiarias de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del afiliado, en caso afirmativo, se determinará si el retroactivo pensional se vio afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Está al margen de la discusión, que mediante Resolución n.º 015766 del 25 de agosto de 2000, Colpensiones le concedió pensión de vejez al señor Alsidero Flórez Pérez a partir del 1º. de septiembre de 2000 (f.º 210); que el pensionado falleció el 18 de julio de 2013 (f.º 21), fecha para la cual se encontraba vigente su vínculo matrimonial con Marina Álvarez Mahecha, celebrado el 15 de mayo de 1965 (f.º 24); que la cónyuge y María Isabel Rodríguez Bayona, en calidad de compañera permanente, reclamaron la sustitución pensional por su muerte, reconocimiento que se dejó en suspenso, hasta tanto la justicia ordinaria dirimiera el asunto (f.º 25 a 30).

Ahora bien, la normatividad aplicable para resolver la controversia objeto de estudio, es la vigente para el 18 de julio de 2013, fecha de la muerte del causante, esto es, los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que a luz de lo normado en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes causada por el pensionado que fallezca, los miembros del grupo familiar que se determinan en el Artículo 13 *ibídem*, que son, entre otros, el cónyuge o compañero permanente que acrediten convivencia con el causante hasta su muerte de por lo menos 5 años continuos.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1399-2018, explicó que según la normatividad citada *“la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges(...)”* entendiendo por convivencia aquella *«comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado»* (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605)”.

Además, ha dejado sentado la Alta Corporación que, mientras los compañeros permanentes deben demostrar el cumplimiento del requisito expresamente establecido en la norma, a favor del cónyuge

separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, se acepta que los cinco años mínimos de convivencia pueda ser en cualquier tiempo (CSJ SL4346-2015, CSJ SL6990-2016, CSJ SL1399-2018 y CSJ SL1880-2018).

Y también, ha concluido que: “(...) *la convivencia entre los esposos o compañeros permanentes, para efectos de acceder a la pensión de sobrevivientes, debe ser examinada y determinada según las particularidades relevantes de cada caso concreto, por cuanto esta exigencia puede presentarse y predicarse incluso en eventos en que los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos bajo el mismo techo físico, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, pues ello no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja*” (CSJ SL16419-2017).

Explicado lo anterior, advierte la Sala que el cumplimiento de la exigencia aludida, respecto de la cónyuge del pensionado Marina Álvarez de Flórez, es factible derivarla de las declaraciones rendidas por Oscar Flórez Álvarez, María Angélica Flórez de García y Jaime García, quienes adujeron ser el hijo, la hermana y el cuñado de Alsiderio, y a quienes por su cercanía y lazos de familiaridad les consta que la pareja convivió de manera ininterrumpida aproximadamente hasta el año 2008, cuando se separaron de cuerpos.

Fue así como, Oscar Flórez narró que luego de la separación de sus padres, su progenitor se fue a vivir donde su tía Aracely y sostuvo que con anterioridad a esa situación Marina y Alsidero nunca se habían separado. Por su parte, María Angélica Flórez de García, relató que su hermano y la demandante al inicio de su vida juntos residieron en la misma finca en la que habitaban ella y sus padres, y luego se

trasladaron a Bogotá donde los visitaba y que antes de la separación, que tuvo lugar entre 2008 y 2009, debido a que empezaron a tener problemas por celos, la convivencia no se vio interrumpida.

Por último, Jaime García agregó que sabía que el pensionado después había establecido una relación con María Isabel, y que había tenido la oportunidad de visitarlos en una oportunidad en su lugar de habitación, aproximadamente seis meses antes del deceso y de Alsidero.

Lo anterior, sumado a que se encuentra probado que Alsidero y Marina tuvieron nueve hijos, nacidos entre el 28 de mayo de 1966 y el 3 de agosto de 1983 (f.º 196, 198, 216, 220, 224, 226, 228, 233 y 236), lleva a concluir la convivencia de la demandante y el pensionado desde el 15 de mayo de 1965 hasta el año 2008, sin rompimiento del vínculo matrimonial, manteniéndose inclusive la sociedad conyugal que se formó entre los cónyuges hasta el deceso del pensionado, toda vez que no se acreditó en el proceso su disolución y liquidación, por lo que se confirmará lo dispuesto sobre el particular por el *a quo*.

Ahora bien, en lo que concierne a María Isabel Rodríguez Bayona, es preciso indicar que debido a que esta durante la práctica del interrogatorio de parte confesó que su convivencia con Alsidero inició en marzo el año 2011, ya que con anterioridad a esa fecha únicamente existió una relación de noviazgo, se tiene que baste la admisión de tal hecho para desestimar sus pretensiones, sin que sea necesario pasar al análisis de las demás pruebas recaudadas, pues desde la calenda indicada por ella hasta el fallecimiento del pensionado transcurrieron un poco más de 2 años, lapso que resulta insuficiente para poder ser considerada beneficiaria de la prestación de sobrevivientes.

Respecto a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, prevé el Artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que los derechos que emanen de las leyes sociales prescriben contados tres años desde que el derecho se haya hecho exigible; y en el caso de autos, tal hecho se consolida con la ocurrencia de la muerte del causante, esto es, el 18 de julio de 2013, momento a partir del cual se comienza a contabilizar el trienio prescriptivo, de ahí que como la reclamación pensional se elevó por la demandante el 14 de agosto de 2013 (f.º 46 a 51), y la Resolución n.º VPB 15946 del 15 de septiembre de 2014, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación formulado contra el acto administrativo que negó el reconocimiento pensional, se notificó el 24 de septiembre de 2014 (f.º 13) y la demanda se formuló el 11 de marzo de 2015 (f.º 80), es claro que no se configuró dicho término, de ahí que se desestima el argumento de alzada presentado por el ente de seguridad social demandado.

En lo que concierne a la cuantía de la prestación, se tiene que la misma para el año 2013 ascendía a \$592.457 (f.º 157), se tiene que el valor del retroactivo pensional causado entre 18 de julio de 2013 y el 29 de diciembre de 2019 (f.º 191), cuando ocurrió el deceso de la beneficiaria Marina Álvarez de Flórez, equivale a la suma de **\$60.529.473**, por lo que sobre el particular se adicionará la sentencia de primer grado.

Finalmente, se autorizará a la administradora de pensiones demandada a realizar los descuentos por concepto de cotización al sistema general de salud, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, al verificarse el cumplimiento del requisito normativo controvertido en la alzada habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

Costas. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 27 de enero de 2020, en el entendido de **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar a favor de los sucesores procesales de Marina Álvarez de Flórez por concepto de retroactivo pensional causado del 18 de julio de 2013 y el 29 de diciembre de 2019 la suma de **\$60.529.473** y **AUTORIZAR** a la demandada a realizar los descuentos por concepto de cotización al Sistema General de Salud de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 5-2015-281.

Hernán Mauricio Oliveros Motta
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEER

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JHON JAIRO VALENCIA JARAMILLO
DEMANDADO: RV INMOBILIARIA S.A.
RADICACIÓN: 11001-31-05-008-2016-00553-01

En Bogotá D.C., el treinta (30) de junio dos mil veinte (2020), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia dictada el 5 de julio de 2019, por el Juzgado 8.º Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 24 de enero de 2011 hasta el 1.º de septiembre de 2016, y que la demandada le pagaba comisiones por fuera de la nómina, las cuales hacían parte integral del salario; en consecuencia, que se condene a reliquidar y pagar las prestaciones sociales, los aportes a seguridad social, y a su vez, a cancelar las horas extras, el calzado y vestido de labor y la indemnización moratoria (f.º 4 a 5).

Como sustento de sus pretensiones afirmó que suscribió contrato laboral a término indefinido, que estuvo vigente entre el 24 de enero de 2011 y el 1.º de septiembre de 2016, y finalizó de manera unilateral por la empresa sin justa causa. Indicó, que hubo varias irregularidades en el pago de las acreencias laborales, relacionadas con el reconocimiento de comisiones por fuera de nómina; la imposición de una hora extra semanal de trabajo, que

no fue pagada del 24 de enero al 1.º de abril de 2013; y, el pago de \$50.000 por concepto de dotación (f.º 3 a 4).

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 2 de noviembre de 2016, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 185), quien contestó previa subsanación oponiéndose parcialmente a las pretensiones con fundamento en que todas las acreencias laborales reclamadas fueron liquidadas y pagadas con base en el salario efectivamente devengado por el demandante e incluyendo todos los factores salariales del caso. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 200 a 212).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de julio de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 24 de enero de 2011 al 1.º de septiembre de 2016; condenó a la demandada a pagar las diferencias de las cesantías causadas del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2012 (\$117.659,17), y de las primas de servicios de los períodos 2014-2 (\$4.441,58) y 2016-1 (\$69.571,75); a pagar a Colpensiones el valor de la reliquidación de aportes al sistema general en pensiones entre el 24 de enero de 2011 y el 1.º de septiembre de 2016; declaró probada la excepción de buena fe y parcialmente la de prescripción propuesta por la demandada.

En lo que interesa al recurso de apelación la *a quo* hizo referencia en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y concluyó que de los pagos realizados al trabajador desde septiembre de 2011 hasta febrero de 2015, era factible desprender, respecto a los elementos que la jurisprudencia ha determinado como habitualidad, permanencia y uniformidad; que los mismos, se cancelaban en la primera quincena de cada mes de manera permanente, por lo que se efectuaron en la mayoría de las mensualidades, y aunque el monto no fue uniforme dependía de las funciones desempeñadas por el demandante, en concordancia con las metas y las tablas de comisión dispuestas por el empleador, lo

que originó su fluctuación, tal como lo indicó la testigo Lis Monsalva.

A su vez, estimó que la justificación dada por el representante legal de la demandada sobre el pago de las sumas anotadas, no se había demostrado ya que no se aportaron facturas o recibos, pues el testigo William Herrera, aludió que la empresa reembolsaba el auxilio de movilización de acuerdo con los desplazamientos que tuviera cada asesor. Además, refirió que aunque al plenario se arrimó un otro sí del contrato suscrito entre las partes, en el mismo, no se estableció el monto del auxilio de movilización y que como la enjuiciada no logró demostrar su finalidad, no era posible concluir que tenía como propósito facilitar al trabajador el cumplimiento de sus funciones, así como que el valor del mencionado auxilio se calculaba en la medida que el trabajador prestaba su servicio, lo cual le otorgaba una notoria naturaleza retributiva a dicho pago.

De otra parte, en el estudio de la indemnización moratoria concluyó que la encartada no actuó de mala fe, pues las sumas liquidadas equivalen a un valor mínimo, respecto al que se canceló al trabajador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación considerando que hay lugar a condenar al pago de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque se evidenció que hubo mala fe de la encartada, quien intentó disfrazar el pago de comisiones, haciéndolo pasar como un supuesto auxilio de movilidad, pues así se quiso hacer ver con la contestación de la demanda y el testimonio de William Herrera, a pesar de que en el juicio se probó que la liquidación de prestaciones sociales no se efectuó en debida forma aunque las diferencias sean mínimas.

El apoderado de la parte demandada, igualmente presentó recurso de apelación en el que expresó su inconformidad respecto al reconocimiento del carácter salarial de unos pagos que se hicieron al demandante, indicando que en el interrogatorio de parte

del representante legal de esa sociedad, aquel fue enfático en señalar que al actor se le cancelaba un auxilio de movilización cuyo propósito era facilitar el desplazamiento de aquel, razón por la cual no se tuvieron en cuenta para liquidar las acreencias laborales al no ser constitutivos de salario.

Dijo, que el demandante en el interrogatorio de parte, aceptó que su gestión era comercial, y que la misma, implicaba el desplazamiento fuera de las instalaciones y oficinas de la empresa, pues tenía que visitar inmuebles, y debido a eso, se reconocía el auxilio de movilización, lo cual fue reiterado por los deponentes Liz Manosalva y William Herrera, quienes agregaron que el actor no tenía porque “sacar de su bolsillo” dinero para sufragar los gastos destinados a la movilidad.

Añadió además, que de la documental que reposa a folios 219 y 221, se desprende que las partes acordaron que esos beneficios no constitutivos de salario se reconocían para facilitar la prestación del servicio como medios de transporte, y que además, el testimonio de William Herrera es consistente en el sentido que indicó respecto a los extractos bancarios adosados por el actor, que el auxilio referido no estaba incluido en la nómina y que por ello se generaban consignaciones por separado.

A su vez, agregó que el pago de prestaciones sociales y aportes a seguridad social, corresponde a los valores relacionados en los comprobantes de nómina, en los que se incluyeron los conceptos de sueldo básico, auxilio de transporte y comisiones, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, de ahí que no serían procedentes las diferencias ordenadas sobre las primas de servicios, cesantías y aportes a seguridad social, último concepto, sobre el que aludió, no podría haberse ordenado en todo caso el reajuste hasta el 2016, ya que el *a quo* solo encontró diferencias hasta febrero de 2015.

Finalmente, mencionó que esa sociedad no actuó de mala fe pues de las pruebas antes referidas se deriva que no se trató de disfrazar de ninguna manera un concepto que por su propia naturaleza no tenía carácter salarial.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, y sin causales de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver el recurso de apelación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde se tendrá como problema jurídico, determinar si los pagos realizados al demandante por fuera de la nómina son o no constitutivos de salario, y en consecuencia, si es procedente la reliquidación ordenada por la instancia, así como la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

No es materia de debate que Jhon Jairo Valencia Jaramillo, laboró al servicio de la demandada, desde el 24 de enero de 2011 hasta el 1.º de septiembre de 2016 (f.º 26 a 31, 33 y 34), así mismo, que el último cargo desempeñado fue el de promotor.

Para resolver, es preciso recordar que dispone el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 14 de la Ley 50 de 1990, que 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 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”*.

Por su parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como bonificaciones o gratificaciones ocasionales, ni aquellos 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.

Existe controversia respecto al carácter salarial de los pagos adicionales a los liquidados en las nóminas quincenales, que fueron efectuados al actor durante la vigencia del vínculo.

De ese modo, advierte la Sala que en otro sí suscrito el 24 de febrero de 2011, el demandante y la demandada modificaron la cláusula segunda del contrato de trabajo, estableciendo que de conformidad con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo no constituirían salario ni factor del mismo las sumas que ocasionalmente y a título de mera liberalidad le otorgara el empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, beneficios, participación de utilidades, y lo que recibiera en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo, etc.

Adicionalmente, convinieron que los auxilios y beneficios extralegales, tales como, gastos de movilización, desplazamientos y movilidad, y en general, los estipendios, bonificaciones, prestaciones sociales, beneficios, auxilios suministros, gratificaciones y devengos de cualquier naturaleza, así como, los incentivos implementados por discreción del empleador tampoco tendrían connotación salarial (f.º 219).

Así mismo, se constata que posteriormente en otro sí del 2 de febrero de 2015, fijaron que el trabajador podría tener derecho al reconocimiento y pago de comisiones de acuerdo con la tabla vigente en su momento, que se entendía parte integral del contrato y que había sido revisada y aceptada por las partes, la cual podría ser revisada, ajustada y modificada por el empleador de acuerdo con las necesidades y circunstancias del mercado (f.º 221).

A su vez, se evidencia que el presidente de la sociedad demandada, mediante memorando vigente a partir de junio de 2011, con asunto “*TABLA DE COMISIONES*”, determinó, entre otros aspectos que a los promotores de Suba, Plaza, Calle 80, Soacha, Kennedy, Restrepo, Fontibón, Unicentro, Metrópolis, Chía, Centro Mayor y Villavicencio, se les reconocerían “*COMISIONES DE PRODUCTIVIDAD*”, relacionadas con el valor y el número de cierres de arriendo en el mes y liquidadas por porcentajes, según si se trataba de un inmueble con garantía o un inmueble sin garantía; “*PREMIOS POR UNIDADES ARRENDADAS*”, los cuales se fijaron en una cuantía específica de acuerdo al número de unidades arrendadas, como su nombre lo indica, y a favor de quienes

cumplieran con la productividad de \$1.500.000, así fuera con una sola unidad; “*PREMIOS POR CALIDAD DEL PRODUCTO (UNIDADES CONSIGNADAS Y ARRENDADAS EN EL MISMO MES)*”, que se generaba por consignar y arrendar el inmueble de la respectiva zona hasta en 30 días y correspondía al 40% de la mitad de la publicidad y las “*BONIFICACIONES ESPECIALES*”, llamadas “*METAS VOLANTES*” que ascenderían a \$100.000 por haber legalizado 3 inmuebles antes del 15 de cada mes o 5 antes del 25 de cada mes (f.º 222).

Condiciones éstas, que fueron fijadas en similares términos en memorando vigente a partir del 1.º de febrero de 2015, en el que se ajustaron los rangos de los valores de los cierres de arriendos para las comisiones de productividad, se indicaron los nuevos montos de las “*Comisiones por unidades arrendadas*”, antes denominadas “*PREMIOS POR UNIDADES ARRENDADAS*”, donde se estableció que para acceder a las mismas se debía cumplir con una productividad de \$2.000.000; se señaló que las “*COMISIONES POR METAS VOLANTES*” equivaldrían a \$100.000 por haber legalizado 3 inmuebles antes del 15 de cada mes, y 5 inmuebles antes de 25 de cada mes y que se pagaría un auxilio de movilización por valor de \$50.000 mes vencido (f.º 223).

Se advierte igualmente que en los meses de febrero a noviembre de 2011; enero a marzo, mayo y junio y agosto a diciembre de 2012; enero a febrero, abril a septiembre y diciembre de 2013; junio, agosto a septiembre y noviembre a diciembre de 2014; y en febrero de 2015, el trabajador presentó ante la sociedad empleadora documentos denominados “*cuentas de cobro*”, en las que se liquidaron rubros que atienden, dado el valor establecido en la mayoría de los casos, a los conceptos que fueron relacionados en los memorandos referidos como premios o comisiones por unidades arrendadas y premios por calidad del producto (unidades consignadas y arrendadas en el mismo mes), en donde en dichas instrumentales se les catalogó, respectivamente como, “*PREMIO POR UNIDADES ARRENDADAS*” o “*MOVILIDAD POR UNIDADES ARRENDADAS*”, y, “*COMISIÓN POR PUBLICIDAD*”, “*PREMIO POR INMUEBLE ARRENDADO EN EL MISMO MES- PUBLICIDAD*”, “*PREMIO POR UNIDADES ARRENDADAS HASTA 30 DÍAS*”, “*MOVILIDAD POR UNIDADES ARRENDADAS HASTA 30 DÍAS*” Y

“REEMBOLSO GASTO DESPLAZAMIENTO POR INMUEBLES ARRENDADOS HASTA 30 DÍAS”.

Igualmente, en casos excepcionales se verifican cobros bajo las denominaciones de *“COMISIÓN POR RECIBIR INMUEBLES”* (Febrero a abril de 2011), *“MOVILIDAD POR NÚMERO DE UNIDADES RECIBIDAS EN EL MES”* (Febrero de 2015), *“PREMIO POR VENTA DE PÓLIZA”* (Noviembre de 2011), *“MOVILIDAD POR VENTA DE PÓLIZA DE RED ASSIST”* (Febrero de 2015), *“MOVILIDAD POR VENTA DE PÓLIZA DE SERVICIOS PÚBLICOS”* (Febrero de 2015) y *“MOVILIDAD POR METAS VOLANTES UNIDADES NUEVAS”* (Febrero de 2015) (f.º 146 a 183).

Por último, se encuentran extractos de cuenta bancaria, en los que se corrobora que la demandada pagó al trabajador además de las sumas liquidadas en cada una de las nóminas, valores que resultan superiores a los liquidados en las cuentas de cobro en diciembre de 2011, junio y septiembre de 2012, enero de 2013 y junio de 2014; inferiores en septiembre y octubre de 2011, enero, febrero, mayo y noviembre de 2012, abril, mayo, junio, julio, septiembre y diciembre de 2013, agosto a diciembre de 2014 y febrero de 2015; e, iguales en noviembre de 2011, marzo, agosto y octubre de 2012 y febrero de 2013.

En lo referente a los meses de marzo de 2013, mayo de 2014, enero y diciembre de 2015, solo se tiene constancia de las sumas que se relacionan en los extractos bancarios, de febrero a agosto de 2011, diciembre de 2012 y agosto de 2013, solo obran las cuentas de cobro presentadas por el trabajador.

Partiendo de lo expuesto, encuentra esta Sala de decisión que en el presente caso, ni los convenios introducidos en las cláusulas adicionales al contrato de trabajo, ni las declaraciones rendidas por las personas citadas como testigos quienes laboran al servicio de la demandada, afirmaron que los conceptos previamente reseñados estaban relacionados con los gastos movilización en los que tenían que incurrir los trabajadores, tienen la virtualidad de quitarle el carácter salarial a estos, porque de los memorandos arrojados con la respuesta de la demanda, se advierte que fue el mismo empleador el que estableció el sistema de comisiones que se reconocerían a los promotores, el cual hacía parte integral del

contrato de trabajo, dándoles tal connotación, inclusive por medio de la aceptación de las cuentas de cobro que eran presentadas por el trabajador y que en su mayoría fueron pagadas en los valores allí fijados o en cuantías similares o superiores, según los extractos bancarios.

Ahora bien, sin que pueda considerarse que el propósito de tales pagos estaba relacionado de algún modo con el desplazamiento, por el simple hecho de que el demandante admitió que para desempeñar su labor debía movilizarse fuera de las instalaciones de la empresa, pues de acuerdo con la denominación dada y la manera en que se verificó su pago correspondían a un porcentaje o fracción sobre el importe de las diversas operaciones que realizaba el demandante como promotor inmobiliario, lo que atiende al concepto de comisión, y a su vez, la documental que reposa a folio 223, permite establecer que la encartada en el 2015 fijó un auxilio de movilización de \$50.000, cuyo pago no se encuentra pormenorizado en las cuentas de cobro incorporadas.

De manera que como se evidencia que la demandada no tuvo en cuenta para la liquidación de las acreencias causadas a favor del trabajador, los valores que fueron pagados por fuera de la nómina, se confirmará la condena impuesta por el *a quo* en cuanto a las cesantías y las primas de servicios, como quiera que los montos establecidos en la primera instancia no fueron objeto de controversia.

No obstante lo anterior, en cuanto a los aportes al sistema general de seguridad social es menester precisar que se modificará el numeral tercero de la parte resolutive del fallo, pues se advierte que aunque la primera instancia en la parte considerativa estableció que solo se habían demostrado valores que daban lugar al reajuste de septiembre de 2011 hasta febrero de 2015, sin que ello mereciera reproche de la activa en la apelación, en la parte resolutive de manera errada dispuso que debían cancelarse durante todo el vínculo laboral.

En cuanto a la Indemnización Moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que no es de aplicación automática, como quiera que depende del estudio que se haga en

cada caso de la conducta del empleador, para determinar si su omisión en el pago total prestaciones sociales al finalizar el vínculo contractual, estuvo o no precedida de buena fe, dado que si se demuestra que su conducta omisiva obedece a motivos atendibles o razonables, se debe absolver de la sanción.

Sostiene el demandante, que la mala fe de la convocada se verifica porque aquella intentó disfrazar el pago de comisiones, haciéndolo pasar como un supuesto auxilio de movilidad. Sin embargo, estima la Sala que el examen de los medios de convicción adosados al plenario, llevan al mismo razonamiento al que llegó la instancia, en atención a que en este asunto se constata que la empleadora pagó casi en su totalidad las prestaciones sociales adeudadas, siendo ínfimo el valor que dejó de ser reconocido al trabajador, de ahí que no pueda considerarse que con ello se defraudaron los derechos laborales que ahora se reclaman por el trabajador, sin contar con que actuó bajo la firme convicción de que los pagos efectuados a través de cuentas de cobro no eran salariales, de ahí que no fueran incluidos en la liquidación de las prestaciones causadas en favor del actor.

En consecuencia, se confirmará la absolución dispuesta por este concepto.

Costas. Sin costas en la alzada ante su no causación.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 5 de julio de 2019, proferida por el Juzgado 8.º Laboral del Circuito de esta ciudad, en cuanto a que, el reajuste de los aportes a seguridad social solo versará respecto al período comprendido de septiembre de 2011 a febrero de 2015, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,



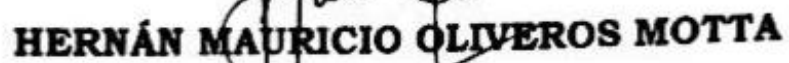
DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **BETTY PEDRAZA LÓPEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 010 2018 00030 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 5 de julio de 2019, por el Juzgado 10.º Laboral del Circuito de esta ciudad.

Téngase a la Doctora María Elena Fierro García, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del memorial aportado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por inadecuada asesoría e inducción en error, y en consecuencia, que se condene a Porvenir S.A. a liquidar los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual, con el respectivo cálculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, reintegro de los gastos administrativos y a depositarlos en Colpensiones, y a esta última a recibir dichos rubros (f.º 29 a 46).

Fundamentó sus pretensiones, en que nació el 21 de marzo de 1960 y se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual el 1.º de agosto de 2001, momento en el que el asesor comercial de la Administradora de fondos de pensiones Porvenir, no le informó sobre las consecuencias de ese acto y las ventajas que tendría de seguir cotizando al Régimen de Prima Media en cuanto a la edad y el monto de la pensión, así como tampoco, presentó solicitud formal en la que se indicara que la selección se había hecho exenta de error, fuerza o dolo, y además, le aseguró que con la inminente desaparición del Instituto del Seguro Social, el Gobierno Nacional no garantizaría el reconocimiento y pago de las pensiones a los afiliados (f.º 29 a 37).

Se admitió la demanda el 30 de abril de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 39).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que a la fecha, el traslado de la demandante del

Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual tiene plena validez y la afirmación de vicio del consentimiento acaecida en el proceso de traslado debe ser probada en el trámite judicial. A su vez, formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (f.º 42 a 46).

Porvenir S.A., oponiéndose a las pretensiones argumentó que el traslado de régimen pensional de la demandante no se hizo en contra de una prohibición legal, al contrario, se dio en cumplimiento de todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico. Así mismo, formuló como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 73 a 80).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de julio de 2019, declaró la nulidad de la afiliación realizada por la demandante el 30 de junio de 2001 a la Administradora de fondos de pensiones Porvenir S.A., y por ende, al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó restablecer la afiliación al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad. En consecuencia, condenó a Porvenir a entregar a Colpensiones dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la decisión, todo los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con lo rendimiento que se hubieren causado, y devolución de cuotas o gastos de

administración; y a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual revise que la devolución se haya efectuado en los términos antes indicados y realice la imputación en la historia laboral.

La Juez *a quo*, señaló que aunque en este asunto quedó establecido que hubo unos aspectos del régimen de ahorro individual que se le dieron a conocer a la demandante, ello no es suficiente para que entienda que la administradora de fondo de pensiones cumplió con el deber del buen consejo y de información, que indica que la misma debe ser clara, veraz y completa, pues de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia esta debe ser de tal contundencia que la persona conozca fehacientemente las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales vigentes en el momento de su traslado, lo cual no fue demostrado en el proceso por parte de Porvenir quien tenía la carga de la prueba.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A. presentó recurso de apelación, indicando que en el trámite se evidenció que no se encuentra afectado el acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, porque, con el mismo no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera, la demandante no tenía ningún derecho adquirido para ese momento, no era beneficiaria del régimen de transición, su consentimiento fue voluntario y libre de apremio y se reafirmó con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a la vinculación y con la afiliación a otros productos ofrecidos por la administradora que son propios del Régimen de Ahorro Individual.

En cuanto a los vicios del consentimiento, dijo que la parte actora no aportó prueba de su configuración, a pesar de que tenía la carga de acreditarlos de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso, sin que bastara que se hubiera alegado una eventual falta al deber de información, máxime cuando las consecuencias del traslado las previó la Ley 100 de 1993 y por ello cualquier duda interpretativa de la norma, constituye un error de derecho que no tiene el alcance de viciar el consentimiento.

Dijo, que como al momento del traslado a la demandante le faltaban más de 15 años, para cumplir la edad para acceder a pensión en el Régimen de Prima Media, era imposible para ese fondo informar sobre la conveniencia cierta de pertenecer a uno u otro régimen pensional, más aun cuando aquella tuvo la oportunidad de retractarse y no lo hizo; y que, para la aplicación del Decreto n.º 3800 de 2003, se expidió la Circular n.º 01 de 2004 de la Superintendencia Financiera, brindando amplia información en los medios de comunicación, sobre los beneficios del régimen y las posibilidades de retorno al de prima media.

Anotó, que cada régimen pensional tiene aspectos favorables y desfavorables y que es por ello que el ordenamiento jurídico le otorgó al afiliado la opción de elegir, luego de lo cual se aplican unas restricciones sobre las que se pronunció la Corte Constitucional, de ahí que, no se pueda imponer a las administradoras, requisitos o trámites que las normas no consagraban para la época de la afiliación.

Y por último, arguyó que no es equitativo ordenar que se devuelvan los rendimientos que acrecientan la cuenta de ahorro individual, y que no se disponga que la demandante restituya los

gastos de administración que fueron generados por el ejercicio fiduciario que la benefició.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones sostuvo que el análisis que efectuó la Juez *a quo* sobre el interrogatorio de parte resulta ser parcializado, ya que no tuvo en cuenta, que además de que la misma expresó que le explicación como características del Régimen de Ahorro Individual el tema de la rentabilidad, de los aportes y del hecho de poder pensionarse a cualquier edad, también admitió que se le había explicado que el monto de su mesada pensional dependía del valor de las cotizaciones y de los rendimientos que generaban las mismas, lo que contradice la afirmación del apoderado de la parte actora, relativa a que no se indicó nada sobre el Régimen de Ahorro Individual y lo dicho por la persona citada como testigo.

A su vez, dijo que en el caso de la demandante es más perjudicial la afiliación al Régimen de Prima Media, pues aunque el Despacho concluyó que era responsabilidad de Porvenir indicarle que no iba a tener las semanas suficientes para adquirir el derecho a la pensión, lo cierto es, que solo va a completar 1300 semanas cuando cumpla 64 años y ese hecho no es imputable a la administradora sino al afiliada, que debe saber que en ambos regímenes debía efectuar cotizaciones.

Esgrimió, que no es razonable que se indique que la administradora privada tenía el deber de informar con 20 años de anticipación las modalidades de pensión en el Régimen de Ahorro Individual y otros aspectos que se encuentran regulados en la Ley 100 de 1993, si se tiene en cuenta que el error sobre ello no podría viciar el consentimiento y fue gestora quien afirmó desconocer cómo podía pensionarse en el Régimen de Prima Media; así como tampoco lo es que, se haya concluido que también debía ponerse de presente

lo atinente a los requisitos para acceder a la prestaciones de invalidez y de sobrevivientes, como quiera que en ambos regímenes se deben cumplir las mismas condiciones.

Finalmente, señaló que para el momento del traslado no se imponía la obligación de documentar la asesoría, ya que ello solo se dispuso hasta el 2012.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente a la afiliada.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: *i)* la demandante nació el 21 de marzo de 1960 (f.º 9); *ii)* Cotizó 401,86 semanas al extinto Instituto del Seguro Social desde el 11 de junio 20 de enero de 1993 al 31 de diciembre de 2000 (f.º 52 Exp. Advo); *iii)* Que el 30 de junio de 2001 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por la Administradora de fondos de pensiones Porvenir S.A.(f.º 83).

El traslado de régimen por vinculación a una Administradora de fondos de pensiones, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general

de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Así mismo, dispuso el artículo 271 de la mencionada Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto n.º 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación.

Esto último es lo que precisamente sucedió en el caso de la demandante, porque si se observa el recuadro denominado ‘voluntad afiliado’ de la solicitud de vinculación o traslado diligenciada el 24 de marzo de 1995 ante la Administradora de fondos de pensiones Porvenir, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como trabajadora: *«HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES, LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS*

IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES(...) IGUALMENTE DECLARO QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA PRESENTACIÓN DE ESTA SOLICITUD (...)» (f.º 11).

De manera que este acto produjo los efectos de traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a la Administradora de fondos de pensiones Porvenir, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la gestora en el momento de celebrar el acto jurídico de traslado por vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *ídem*.

Tampoco, se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la Administradora de fondos de pensiones, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues las afirmaciones de la demandante y de la testigo, quien aseguró haber sido compañera de trabajo de esta, relativas a que el asesor de Porvenir indicó que el Instituto del Seguro Social se

acabaría, no tienen la virtualidad de configurar el vicio analizado, máxime cuando aquellas refirieron que también se les puso de presente conocer algunas de las posibilidades del Régimen de Ahorro Individual, como la de pensionarse anticipadamente.

Por lo anterior, se considera que no existen elementos de juicio que permitan establecer error o inducción al error como vicio del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, por lo tanto, no había lugar a declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad por vinculación a Colfondos, ni su ineficacia de conformidad con lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

De igual modo, debe advertirse que frente a la decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral, del 9 de septiembre de 2008, radicación n.º 31989 y n.º 31314, reiteradas en la n.º 33083 del 22 de noviembre de 2011, que aquellos asuntos difieren sustancialmente del que aquí se debate, encontrándose los afiliados en cada caso en circunstancias muy distintas respecto al sistema pensional, en la última citada, el afiliado contaba 58 años de edad y tenía 1286 semanas cotizadas cuando se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, por lo que consideró la Alta Corporación que era claro que tenía una expectativa legítima de *adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del Instituto del Seguro Social, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos*”, y además, “que era evidente que un afiliado de tales características tenía mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”, y en todas se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues

se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad.

Además, en esas providencias así como en la CSJ SL12136-2014, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad.

En este caso, la promotora del juicio no ha sido beneficiaria del régimen de transición, y su selección de régimen pensional por tanto se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente en los términos dispuestos en la ley, con las limitantes establecidas para todos los afiliados.

Adicionalmente, no se acreditó que se le hubiese suministrado información engañosa, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, mucho menos tenía una expectativa legítima, ya que le faltaban más de 16 años para arribar a la edad mínima pensional en el régimen de prima media para el momento del traslado, de 57 años según lo dispuesto en el inciso 1.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y contaba apenas con 401 semanas de las 1000 requeridas, que se incrementaron con la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, sin que pueda indicarse que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez, o que era evidente que le era más favorable la prestación en uno u otro régimen.

Sobre las consideraciones expuestas, en recientes sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019 y SL1421-2019, se debe advertir que no desconoce

esta Magistratura la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias particulares que lo rodean, y que dicho sea de paso, se reitera que en este asunto no se acreditó.

Así como también, se analizaron los asuntos en que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, acorde con las aclaraciones de voto de dos de los cuatro magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que solo en esos eventos, en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

Las razones anteriores, resultan suficientes para concluir que en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, razón por la cual se REVOCARÁ la sentencia objeto de estudio, en los términos expuestos, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en esta instancia, ante su no causación, las de primer grado corren a cargo de la parte actora, según liquidación que efectúe el *a quo*.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 5 de julio de 2019 por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de esta ciudad, en su lugar, **ABSOLVER** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de todas las pretensiones incoadas en su contra por Betty Pedraza López, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia, ante su no causación. Las de primera correrán a cargo de la parte demandante. Notifíquese y cúmplase,

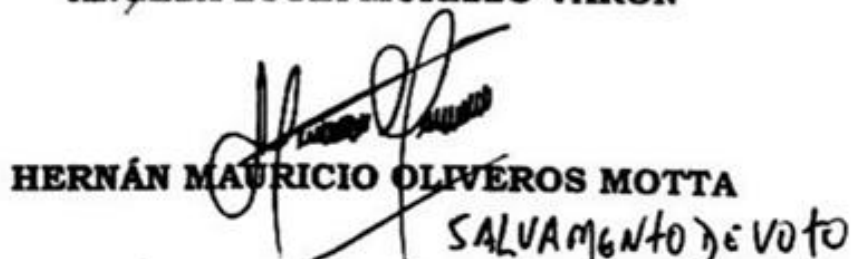
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVAMENTO DE VOTO

Rad. 110013105 010 2018 00030 01

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Betty Pedraza López
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 010 2018 00030 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regimenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas

públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *"expectativas legítimas"* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

Rad. 110013105 010 2018 00030 01

3

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: **"Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-**

en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio el demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEER

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001-31-05-011-2014-00303-03
DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO URIÁN BORDA
DEMANDADO: JOSÉ VICENTE AVELLA COY Y HANNER VICENTE AVELLA LÓPEZ

En Bogotá D.C., el treinta (30) de junio dos mil veinte (2020), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2019 por el Juzgado 11.º Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

Pretende el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo con los demandados, desde el 18 de septiembre de 1982 hasta el 15 de diciembre de 2013, que terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador; en consecuencia, se condene al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización por despido sin justa causa, las cotizaciones a la Administradora de Fondos de Pensiones y de las dotaciones correspondiente a vestuario y calzado(f.º 28 a 38).

Como fundamento de las anteriores peticiones, adujo que ingresó a laborar como capataz el 18 de septiembre de 1982, mediante contratación verbal, bajo las órdenes de los demandados. Dijo, que la prestación del servicio era permanente, ya que residía con su cónyuge en la finca. Señaló que para el año 2013, el salario

ascendía a \$750.000 y que Hanner Avella López dio por terminado el contrato unilateralmente el 15 de diciembre de 2013. Mencionó, que las prestaciones sociales eran liquidadas cada año y que no recibió dotaciones (f.º 28 a 38).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida, previa subsanación, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por auto del 26 de septiembre de 2014, ordenándose su notificación y traslado a los demandados (f.º 41), quienes dieron contestación con oposición a las pretensiones y en su defensa propusieron las excepciones de mérito que denominaron cobro de lo no debido, inexistencia de la relación laboral, prescripción y temeridad y mala fe (f.º 55 a 60 y 68 a 75).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 16 de julio de 2019, declaró que entre el demandante y José Vicente Avella Coy, existieron varias relaciones de trabajo a término indefinido, que se extendieron del 1.º de enero al 31 de diciembre de 1996, con un salario de \$170.000; del 1.º de enero de 1997 al 31 de diciembre de 1999, con una remuneración del smlmv; del 1.º de enero al 31 de diciembre de los años 2000 a 2012, con un salario de \$300.000 durante los años 2000 a 2003, \$350.000 para 2004, \$400.000 durante el 2005 y el 2006, \$450.000 para 2007; \$550.000 para el 2008 y \$650.000 durante los años 2009 a 2011; y, del 1.º de enero al 15 de diciembre de 2013 con una remuneración de \$750.000. Así mismo, condenó a José Vicente Avella Coy a reconocer y pagar los aportes al SGSSP de los períodos comprendidos del 1.º de junio de 1996 al 28 de febrero de 1998 y del 1.º de agosto de 1998 al 30 de junio de 2012, lo absolvió de las demás pretensiones y a Hanner Vicente Avella Coy de todos los pedimentos formulados en su contra (f.º 191 a 192).

Para arribar a las anteriores consideraciones, el *a quo* estimó que las documentales aportadas al trámite, las declaraciones tomadas a las personas citadas como testigos y los interrogatorios de parte tomados a los encartados, permitían tener por acreditado que

entre el demandante y José Vicente Avella se verificaron distintos contratos de trabajo verbales, en virtud de los cuales, el primero se desempeñó en el cargo de capataz, oficios varios y agregado de la finca denominada Rancho Grande. Adicionalmente, concluyó que Hanner Avella López, hizo las veces de representante del empleador, quien es su padre, en los términos del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, y que José Avella era quién impartía las órdenes en la finca de su propiedad. Igualmente, consideró que aunque la parte activa pidió la existencia de una única relación de trabajo, dicha situación se había desvirtuado con las liquidaciones de los contratos de trabajo que fueron adosados por ambas partes.

Por otra parte, estableció que la afiliación del actor al Instituto de Seguros Sociales por parte de la sociedad Diter's, no era un indicativo suficiente para declarar la existencia de un vínculo contractual de carácter laboral con esta persona, pues tal acto no implica la celebración de un contrato de trabajo, ya que para ello se requiere la voluntad de ambas partes de ejecutarlo y la concurrencia de sus elementos esenciales, máxime cuando en el interrogatorio de parte José Avella confesó que el actor le prestaba sus servicios en la finca de su propiedad, sin que se acreditaran las condiciones bajo las cuales laboraba para la referida sociedad.

Sobre las dotaciones, estimó que no había lugar a ordenarlas como quiera que la entrega de estas solo procede para el trabajador activo y no para aquel que se encuentra cesante, y que además el actor no probó los perjuicios causados al no habersele provisto dicha prestación.

En cuanto a la indemnización por despido injusto, señaló que debido a que en la carta de renuncia el trabajador indicó que la misma se fundaba en situaciones estrictamente personales, y no enteró al ex empleador de las circunstancias que fueron alegadas por su esposa en su testimonio, no era procedente su pago, pues tales motivos debieron comunicarse con claridad al momento de la ruptura del vínculo y no en la etapa inminentemente posterior.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, apeló la sentencia de primera instancia, con fundamento en que hay lugar a condenar al pago de las dotaciones, como quiera que las mismas están contempladas legalmente y el demandado no demostró que hubieran sido entregadas; así mismo, que resulta procedente la indemnización por despido injusto, porque con las pruebas testimoniales recaudadas y el interrogatorio de parte practicado, se pudo establecer que la decisiones tomadas por él fueron puestas en un solo paquete para ser firmadas, y aunque en la carta de renuncia se indicó que obedecía a motivos personales, en el trasfondo se pudo determinar que existió un despido que llevó a la presentación de esa misiva.

El demandado presentó inconformidad frente a la condena en el pago de aportes a seguridad social, esgrimió que olvidó el Juez la prueba aportada con posterioridad a la contestación de la demanda y el contrato de trabajo allegado por el actor en la audiencia de trámite, el cual fue suscrito con la sociedad Diters's, en el que se refleja que quien actuaba como representante legal de la misma era José Vicente Avella, por tal razón, era él quien impartía las órdenes al actor, y bajo esa premisa, no podrían desconocerse tampoco los pagos que se hicieron por dicha persona jurídica al Seguro Social, por qué de aceptarse que los mismos deben efectuarse por la persona natural, no se entendería a cuenta de, que la empresa los efectuó. Así mismo, expuso que con la instrumental traída a juicio se demostró que la relación laboral "*echó sus raíces*" inicialmente con la sociedad y posteriormente surgió con la persona natural Hanner Avella.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, y sin causales de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver el recurso de apelación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, donde se tendrá como problema jurídico, el establecer si existió un contrato de trabajo entre el demandante y la persona

natural José Vicente Avella, en caso afirmativo, se deberá determinar los extremos laborales, lo atinente al pago de los aportes a seguridad social, la indemnización por despido y las dotaciones.

Para empezar, es preciso recordar que el trabajo regulado por el estatuto sustantivo laboral, es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo, cuyos elementos esenciales, se encuentran previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, y son, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio.

Teniéndose en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole a quien alega su existencia, la acreditación de la prestación del servicio personal y a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, así como desvirtuar la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditar los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta.

Considera esta Sala de decisión, señalar desde ahora, que con las pruebas evacuadas en el trámite, fácil resulta concluir, contrario a lo considerado por el recurrente, que el demandante no sólo prestó sus servicios personales exclusivamente a favor del demandado José Vicente Avella Coy, en su condición de persona natural, durante los interregnos declarados en primera instancia, sino además, que tanto dicho supuesto, como los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, son predicables respecto de aquel, al menos desde el 18 de septiembre de 1992 y hasta que se dio el finiquito laboral.

Lo anterior, en virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, y enseña que ante la discrepancia que pueda surgir entre lo que ocurre en la práctica o en el terreno de los hechos, y lo que se plasma en documentos o formas contractuales, debe preferirse el primer escenario.

De ese modo, advierte este Cuerpo Colegiado que al plenario se arrió contrato de trabajo a término fijo, aparentemente celebrado entre el actor y Diter's Industrial Ltda., cuya vigencia se pactó del 1.º de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1994 (f.º 120), sociedad a través de la cual, se registró afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, habiéndose efectuado pagos al extinto Instituto de Seguros Sociales del 20 de octubre de 1993 al 31 de mayo de 1995, del 1.º al 31 de marzo de 1998 y del 1.º de junio al 31 de julio de 1998 (f.º 160 a 162 y 178 a 181).

Además, se observan liquidaciones de diversos contratos de trabajo, suscritas por el actor y José Vicente Avella, de los períodos comprendidos del 18 de septiembre de 1992 al 31 de julio de 1993 (f.º 118), del 1.º de agosto al 31 de diciembre de 1993 (f.º 119), del 1.º de enero al 31 de diciembre de 1994 (f.º 121) y del 1.º de enero al 31 de diciembre de 1996 (f.º 117), y a su vez, es plausible que respecto de las vigencias que abarcaron del 1.º de enero del 2000 al 15 de diciembre de 2013, fueron liquidadas al trabajador cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, dejándose consignado que quien fungía como empleador era el señor Hanner Avella López (f.º 84 a 97).

No obstante lo anterior, no se puede perder de vista que José Avella confesó en el interrogatorio de parte, que el demandante prestó sus servicios personales en la Finca Rancho Grande ubicada en el municipio de San Francisco, que dicho inmueble siempre ha sido de su propiedad y que él era socio de la empresa llamada Diter's Industrial Ltda., así mismo, y aunque afirmó que supuestamente después de la referida sociedad el empleador del actor había sido su

hijo Hanner Avella, a continuación confesó que él era el que iba a visitar la finca y le decía al demandante qué hacer y qué no hacer.

A lo que se suma, que los testigos, Milvia Arboleda Buritica, Wilfan Orlando Arias Rojas y Jairo Humberto Celis, quienes conocieron de los hechos aquí debatidos, en su orden, desde el 2000, 2008 y 2000 o 2001, la primera por haber sido vecina de la Finca Rancho Grande en la que también laboraba su esposo, el segundo por ser amigo personal de la familia del demandado y el tercero por haber prestado sus servicios en el inmueble referido aproximadamente por año y medio, ratificaron lo admitido por el demandado, habiendo agregado, en el caso de los dos primeros que, era José Vicente Avella quien le cancelaba el salario al demandante y en el testimonio del segundo, que el señor Hanner Avella nunca les pagó nada, pues el “*patrón*” y “*dueño*”, quien además les daba las órdenes era José Vicente.

Igualmente, se tiene que fue José Avella quien en certificaciones emitidas el 15 de mayo de 2009 y el 9 de mayo de 2012, hizo constar, que Carlos Alberto Urián, llevaba trabajando 10 y 15 años, respectivamente, en la Finca Rancho Grande de su propiedad, desempeñándose como Agregado General.

En tal sentido, a pesar de que a través de la celebración de actos formales, como la suscripción de contratos, el pago de prestaciones sociales, la afiliación al sistema general de seguridad social y el pago de aportes a pensión, efectuadas a través de terceros, se haya pretendido restar la responsabilidad que le asistía a José Vicente Avella, como verdadero empleador del demandante, lo cierto es que, el acervo probatorio muestra ciertamente que la prestación personal de los servicios del actor siempre se verificó a favor de dicha persona natural, quien evidentemente era el que se beneficiaba con su trabajo, al ser el propietario de la Finca en la que Carlos Alberto Urián realizaban las labores de Agregado General y ejercía los actos que son propios del empleador, en cuanto a las facultades

Pues no sobra indicar, que en este juicio no existe la menor evidencia de que el uso y goce de dicho inmueble se hubiera cedido bajo algún título a la sociedad Diter's Industrial Ltda. o al señor

Hanner Avella López, como para concluir que aquellos eran quienes se veían favorecidos con el trabajo del actor, aun cuando Hanner Avella, aseguró en el interrogatorio de parte que durante una época él había fungido como empleador, en tanto la realidad de los hechos desvirtúa esa aseveración.

Corolario de lo expuesto, encuentra la Sala que se impone la confirmación de la decisión primigenia sobre la declaratoria de la existencia de múltiples relaciones de trabajo, pues aunque aquí se determinó que el demandado fungió como verdadero empleador, inclusive desde el año 1992, conforme al principio de la *non reformatio in pejus* no podría hacer más gravosa la situación del apelante único respecto a este punto.

Adicionalmente, se confirmará la condena relacionada con el pago de aportes a seguridad social, pues se advierte que la misma solo abarca los ciclos en lo que no se registró pago, ni aun por intermedio de la sociedad Diter's Industrial Ltda., tal como da cuenta el reporte de semanas que reside a folios 160 a 162 del cuaderno, siendo claro que dicha responsabilidad se encuentra atribuida por virtud de la ley a los empleadores (artículo 17 y 22 de la Ley 100 de 1993), en este caso, el señor José Vicente Avella.

Sobre las dotaciones de calzado y vestido de labor que se reclaman, advierte la Sala que ante la improcedencia de suministrar las mismas en especie cuando ya ha fenecido el contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que resulta viable es la indemnización de perjuicios derivada de ese incumplimiento patronal y que corresponde al valor monetario de las dotaciones no suministradas, para lo cual debe acreditarse el monto dinerario que compense el no suministro de esa prestación social, cuya carga probatoria está a cargo del demandante.

Analizado y revisado el material probatorio, se concluye que pese a que aunque no se desconoce que en este juicio no existe evidencia de que el empleador haya entregado al trabajador las dotaciones que ahora se reclaman, al no haberse demostrado de manera cierta los perjuicios causados con su no suministro, no es posible imponer condena por dicho concepto, tal como lo concluyó el *a quo*, de ahí que sobre el particular también se confirmará la decisión apelada.

Debe precisarse que, conforme a la jurisprudencia laboral, cuando se alega el despido le incumbe al trabajador probarlo, por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, quien debe justificarlo o de lo contrario le corresponderá responder por el hecho que dio al traste con la estabilidad laboral (CSJ SL13791-2017).

Por su parte, en lo que toca al despido indirecto, debe advertirse que, tal como lo tiene sentado la jurisprudencia, cuando un trabajador termina de forma unilateral el contrato de trabajo aduciendo una justa causa, es este quien debe demostrar conforme el artículo 167 del Código General del Proceso, no solo que la motivación de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral le fue comunicada al empleador, sino que tal determinación estuvo sustentada en hechos que, primero, ocurrieron, y segundo, pueden subsumirse en alguna o algunas de las causales previstas en el lit. b) del artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965, que reformó el artículo 62 del CST (H. CSJ sentencias CSJ SL 41490, 9 ago. 2011, CSJ SL2412-2016, CSJ SL18344-2016 y CSJ SL14877- 2016), es decir, que la causa de su renuncia fue atribuible al empleador, misma que debe aducirse a la terminación.

Lo anterior, en los términos del párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965, que enseña que *«La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos»*.

En el caso bajo examen, encuentra la Sala que aunado a que la indemnización por despido injusto se sustentó en los fundamentos fácticos de la demanda en el hecho de que el demandado José Vicente Avella despidió al trabajador, pedimento que tendría que ser negado, al encontrarse acreditado que fue el demandante el que presentó renuncia al cargo el 23 de octubre de 2013 (f.º 76), se advierte que, si se aceptara que la pretensión se fundaba en el supuesto del despido

indirecto, explicado en precedencia, la conclusión no podría ser distinta.

Pues de la dimisión presentada por el actor el 23 de octubre de 2013, se extrae que señaló que la misma atendía a motivos de índole personal, agregando que agradecía el apoyo y demás atenciones recibidas durante el tiempo que ejerció el cargo, y a su vez, en el interrogatorio de parte, aquel confesó que presentó la comunicación aludida con tanta anticipación porque consideraba que no podía dejar “*botado*” el trabajo y que el señor Avella no le preguntó cuáles eran las razones de su decisión.

De manera que, la renuncia presentada por el actor, no cumple los presupuestos de la norma para concluir inequívocamente que en ella se hubiera expresado de manera precisa que el finiquito laboral obedeció a causas imputables al empleador, en la medida en que no se refirieron hechos concretos como los que se alegan en el recurso, lo cual contraviene los presupuestos del parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, se confirmará la decisión apelada.

Costas. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

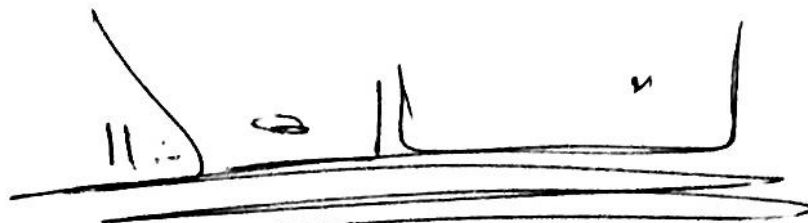
En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de julio de 2019 por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de esta ciudad, conforme a lo explicado en las motivaciones de esta decisión.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase




DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA FLOR ALBA MARTÍNEZ MARTÍNEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 014 2018 00529 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado por la entidad demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 26 de junio de 2019, dictada por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas en el

período comprendido del 24 de febrero de 2013 al 31 de julio de 2017, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 13 de febrero de 2014 y hasta que se efectúe el pago, y en subsidio de estos la indexación de los valores reclamados (f.º 37 a 38).

Sustentó sus pretensiones en que nació el 24 de febrero de 1958, por lo que cumplió 55 años el mismo día y mes del año 2013 y tenía más de 35 años para el 1º de abril de 1994. Adujo, que para el 25 de julio de 2005, contaba con 751,16 semanas de cotización. Sostuvo, que el 12 de octubre de 2013, cuando contaba con 55 años y 1.068,56 semanas cotizadas, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, que fue negada mediante la Resolución n.º GNR 273703 del 27 de octubre de 2013, con fundamento en que solo acreditaba 608 semanas. Mencionó, que contra el referido acto administrativo interpuso el recurso de reposición el 15 de febrero 2014, el cual fue resuelto mediante la Resolución n.º GNR 383844 del 30 de octubre de 2014, confirmando la decisión recurrida. Dijo, que el 8 de junio de 2017, reiteró la solicitud de reconocimiento pensional y que mediante la Resolución n.º SUB 143017 del 31 de julio de 2017, se accedió a su pedimento, con aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, en virtud de la transición contenida en la Ley 100 de 1993. Adujo, que la pensión fue reconocida a partir del 1º de agosto de 2017, en cuantía de \$752.430, y que su intención era pensionarse y disfrutar de su vejez desde febrero de 2013. Aseguró, que presentó reclamación administrativa y que el retroactivo pensional fue negado a través de la Resolución n.º 288308 del 12 de diciembre de 2017 (f.º 38 a 39).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 30 de agosto de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 46), quien dio contestación con oposición a todas las pretensiones, con fundamento en que no es posible acceder al retroactivo pensional en razón a que la fecha de efectividad de la prestación reconocida se encuentra conforme a derecho, pues revisada la historia laboral de la actora se evidencia que la novedad de retiro del sistema general en pensiones reflejada con la letra “R” se registró para múltiples períodos, ya que para el año 2013 se registró una novedad de retiro con el empleador SERVIESPECIALES, lo cierto es que la demandante se vinculó laboralmente con el empleador SERVIASEO desde julio de 2014, en abril de 2015 se vinculó con FLÓREZ Y ÁLVAREZ S.A. y finalmente con la empresa REPRESENTACIONES E INVERSIONES ELITE LTDA. para el período de octubre de 2016. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó *“Inexistencia del derecho y de la obligación”*, *“Cobro de lo no debido”*, *“Imprudencia de los intereses moratorios”*, *“Inexistencia del derecho de intereses moratorios e indexación”*, *“Buena fe”* y *“Prescripción”* (f.º 66 a 76).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de junio de 2019, condenó a la demandada a reconocer a la demandante la pensión de vejez a partir del 12 de octubre de 2013 en cuantía inicial de \$752.430,00 M/Cte, por tanto, a pagar las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, comprendidas entre esa fecha y el 31 de julio de 2017, equivalentes a \$40.361.753,00 M/Cte. Así mismo, dispuso el pago de las diferencias pensionales causadas entre la mesada pensional que se ha venido pagando y la

que legalmente corresponde a partir del 1.º de agosto de 2017, hasta que el nuevo valor sea incluido en nómina de pensionados, y, los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional adeudado desde el 13 de febrero de 2014, y hasta cuando se verifique el pago del mismo. Por último autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional, los aportes al sistema general de seguridad social en salud.

Para arribar a las anteriores conclusiones, la *a quo* señaló que debido a que para el 12 de octubre de 2013, cuando la demandante reclamó el reconocimiento de la prestación de vejez, acreditaba los requisitos para acceder al derecho en los términos del Decreto 758 de 1990, ya que contaba con más de 55 años y más de 1000 semanas en toda su vida laboral, no existía razón atendible para la negativa dispuesta por la encartada en las Resoluciones GNR-273703 del 27 de octubre de 2013 y 3838440 del 30 de octubre de 2014.

De ese modo, concluyó que en los términos expuestos en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era menester inaplicar las previsiones de los artículo 13 y 35 del Decreto 758 del 1990, que impuso como condición a sus afiliados para acceder al disfrute de la pensión de vejez, la desafiliación al régimen pensional, y ordenar el retroactivo pensional deprecado desde el 12 de octubre de 2013, en la medida en que la decisión sin fundamento jurídico de la demandada, de negar la pensión, originó que la convocante continuara afiliada al sistema con el ánimo de completar la densidad que exigía o echaba de menos Colpensiones.

Por otra parte, ordenó el pago de los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al encontrar que desde el 12 de octubre de 2013, cuando se solicitó el pago de la prestación, han transcurrido más de los 4 meses previstos en el

artículo 9º de la Ley 797 de 2003, para que la encartada dispusiera su reconocimiento.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado judicial de la parte **demandada** solicitó que se revoque, con fundamento en que la negligencia que se adujo por la Juez de primera instancia, no obedece a un error en la historia laboral, y además se evidencia, que la prestación se incluyó en nómina en agosto de 2017, a pesar de que la demandante continuó cotizando para los períodos posteriores, esto es, octubre y diciembre de la misma anualidad, por lo que no era factible cambiar la fecha del disfrute de la mesada pensional.

En cuanto a la condena de intereses moratorios esgrimió, que debieron ser negados debido a que la prestación se reconoció bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, y dicho rubro fue consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de ahí que lo procedente era la indexación de los valores reclamados.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 69 y 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará a partir de cuándo procede el disfrute de la pensión de vejez de la demandante, y en consecuencia, si hay lugar a ordenar el retroactivo pensional solicitado.

Son hechos indiscutidos y acreditados en el proceso, que la demandante nació el 24 de febrero de 1958, según se verifica en la cédula de ciudadanía incorporada (f.º 3); que la promotora del proceso solicitó a Colpensiones la pensión de vejez el 12 de octubre

de 2013, la que le fue negada mediante resoluciones n.º GNR 273703 del 27 de octubre de 2013 y GNR 383844 del 30 de octubre de 2014, en el primer caso, por contar con 680 semanas en toda la vida laboral, y en el segundo, por no tener 750 semanas antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 y no alcanzarle las 1.167 semanas acreditadas para causar el derecho al amparo de la Ley 797 de 2003 (f.º 4 a 6 y 8 a 14); que solicitó nuevamente la prestación el 8 de junio de 2017, y Colpensiones mediante Resolución n.º SUB 143017 del 31 de julio de 2017, le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de agosto de ese año, en cuantía de \$752.430, por ser beneficiaria del régimen de transición, en aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año (f.º 15 a 17); que presentó solicitud para obtener la reliquidación y pago del retroactivo pensional, la cual se negó por Resolución n.º SUB 288308 del 12 de diciembre de 2017 (f.º 24 a 31).

El inciso 2º del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, dispuso que serían aplicables al régimen de prima media con prestación definida las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en la ley 100, es decir, las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, que en su artículo 13 diferencia entre la causación y disfrute de la pensión de vejez, indicando que se da la primera cuando se reúnen los requisitos mínimos establecidos para acceder a la prestación, y que para que se pueda entrar a disfrutar de la pensión, será necesaria la desafiliación al régimen pensional.

En cuanto al disfrute de la prestación, en principio se establece que la pensión debe empezar a pagarse a partir de la fecha de la novedad de retiro, o en su defecto, a partir de la última cotización

efectuado, por cuanto con el hecho de que el afiliado deje de cotizar y solicite la prestación económica por vejez, está manifestando en forma inequívoca su voluntad de retirarse del sistema como afiliado, y adquirir el estatus de pensionado, o a partir del cumplimiento de la edad, si tal hecho es posterior a la última cotización.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha morigerado el entendimiento de la citada disposición, al señalar en reiterados pronunciamientos que existen situaciones especiales de las que se puede inferir que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión que ha sido solicitada en tiempo, caso en el cual la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL5603-2016, CSJ SL9036-2017, CSJ SL15559-2017, CSJ SL11005-2017, CSJ SL11895-2017, CSJ SL17388-2017 y CSJ SL415-2018); o cuando el acto de desafiliación al régimen puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional (CSJ SL 38776, 1 de feb. 2011, CSJ SL4611-2015; CSJ SL 18447-2016, CSJ SL5603-2016, CSJ SL9036-2017 Y CSJ SL963-2018).

Sin embargo, estima esta Colegiatura que el criterio jurisprudencial al que se hizo alusión no es aplicable al presente caso, pues a pesar de que se advierte que al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable a la demandante por ser beneficiaria del régimen de transición en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aquella tenía causado el derecho pensional cuando elevó el reclamo de la prestación ante la encartada, esto es,

el 12 de octubre de 2013, ya que para ese momento acumulaba más de 1.000 semanas en toda la vida laboral, de las cuales 765 se cotizaron antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 (f.º 55 a 65) y había cumplido 55 años el 24 de febrero de 2013 (f.º 3), y que en tal sentido, Colpensiones se equivocó al negar el reconocimiento deprecado, lo cierto es que la historia pensional arrojada permite constatar que los pagos que se continuaron efectuando por María Flor Alva Martínez Martínez, le significaron una mejora en la cuantía de la mesada inicial.

Y es que si se tuviera como fecha del disfrute el 12 de octubre de 2013, como lo hizo la *a quo*, a efectos de cuantificar la prestación, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, solamente sería posible tener en cuenta el promedio de los salarios o rentas sobre los que cotizó la demandante durante los diez (10) años anteriores a esa calenda, por cuanto hasta ese momento acumuló únicamente 1156,29 semanas, y además, aplicar una tasa de reemplazo del 84% en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, ya que no resultaría válido incluir los aportes que se realizaron con posterioridad para calcular el IBL y determinar el monto, y mucho menos, tener como cuantía de la pensión el mismo valor que fue reconocido por la pasiva en el año 2017, como equivocadamente se concluyó en la primera instancia.

Así las cosas, es preciso decir que efectuados los cálculos de rigor bajo los parámetros explicados, se obtendría un IBL para el año 2013 de \$647.245,00 y una mesada inicial de \$543.686,00, que reajustada a 2017, equivaldría a la suma de \$648.685,00, la cual resulta ser considerablemente inferior a la pagada por la entidad para dicha anualidad, correspondiente a \$752.430,00, pues al menos para ese año de manera mensual representaría una disminución de \$103.745,00.

De ese modo, como los aportes efectuados por la asegurada con posterioridad a octubre de 2013, no redundaron en perjuicio suyo, sino que por el contrario, la ubicaron en el supuesto contenido en el artículo 12 del Decreto 692 de 1994, que señala “*No obstante haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez, el afiliado podrá continuar cotizando, a su cargo, hasta por cinco años adicionales para aumentar el monto de su pensión*”, no había lugar a disponer el pago del retroactivo pretendido, así como tampoco, el reajuste de las mesadas y los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y consultada.

Costas. Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la parte demandante según liquidación que efectúe la a *quo*.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 26 de junio de 2019, y en su lugar, **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por MARÍA FLOR ALBA VALENCIA GONZÁLEZ, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la parte demandante según liquidación que efectúe el *a quo*.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ángela Lucía Murillo Varón', written over a horizontal line.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hernán Mauricio Oliveros Motta', written over a horizontal line.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOHANN ALEXANDER MURILLO CALDERÓN** contra **INVERSIONES EL RETIRO 82 SAS**

EXP. 11001 31 05 016 2015 00536 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 16 de julio de 2019, por el Juzgado 16.º Laboral del Circuito, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, en consecuencia, que se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicios por el tiempo laborado del 2 de julio de 2012 al 7 de junio de 2015, así como indemnizaciones por despido y moratorias de los

artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, aportes en pensiones e indexación de las vacaciones (f.º 6 a 7).

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que laboró al servicio de la demandada desde el 2 de julio de 2012, mediante contrato verbal a término indefinido, hasta el 7 de junio de 2015, desempeñando el cargo de jefe de cocina, de martes a sábado de 2pm a 3am, devengando un salario diario de \$70.000, y un promedio mensual de \$1.400.000; que realizó su labor bajo continuada subordinación de la demandada; que no fue afiliado a la seguridad social, ni le fueron consignadas las cesantías en un fondo, ni le cancelaron los intereses a las cesantías, ni las vacaciones; que fue despedido sin justa causa y no le han cancelado las prestaciones sociales por todo el tiempo laborado (f.º 5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 13 de agosto de 2015, se ordenó su notificación y traslado a la demandada (f.º 17), la que se surtió a través de curador *ad litem*, por cuanto pese a la recepción de las citaciones en la dirección consignada en el certificado de existencia y representación legal (f.º 22, 28, 41, 61, 85), no compareció a notificarse personalmente del auto admisorio de la demanda, aunque otorgó poder con anterioridad a la realización de la audiencia de juzgamiento. La curadora, contestó sin oponerse a hechos ni a pretensiones, indicando que se atenía a lo probado dentro del proceso y los documentos aportados; no formuló excepciones solicitando que se declaren probadas las que resulten acreditadas (f.º 53 a 54).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito, en sentencia del 16 de julio de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas al actor.

Señaló el *a quo*, que no se demostró la prestación personal del servicio ni sus extremos temporales, salario, horario, ni cargo, con la prueba documental; que si bien con la declaración recibida se acreditaba la prestación del servicio, encontró en ella inconsistencias además de contradicciones con lo manifestado por el demandante en su declaración, concluyendo que no se acreditaban los extremos temporales del servicio ni el salario.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente caso se encuentran acreditados los elementos del contrato de trabajo, en tal caso, sus extremos temporales; y si hay o no lugar al pago de las acreencias laborales e indemnizaciones deprecadas.

Son elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio.

Y estableció el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, una presunción legal respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole a quien lo alega, la acreditación de la prestación

del servicio personal y a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta.

Advierte la Sala desde ahora, que las pruebas recaudadas no permiten inferir la existencia de la relación laboral planteada en la demanda como lo determinó el *a quo*, por cuanto no se acreditó de manera fehaciente la prestación personal del servicio que diera paso a la presunción legal.

Al respecto, advierte esta Corporación que tal como lo adujo el *a quo*, la única prueba con la que se cuenta en este asunto es el testimonio de Nohora Mireya Rojas, en contraste con lo manifestado por el actor en el interrogatorio que le fue formulado por el Juez, que en todo caso, no podría tenerse como prueba de los hechos que sustentan su pretensión sino como confesión de los que favorezcan a la parte contraria.

Así las cosas, la testigo afirmó en su declaración que empezó a trabajar con la demandada en enero de 2012 y que el actor se vinculó el 7 de junio (o julio) de 2012, advirtiendo sin meridiana claridad ni coherencia, que se acordaba de la fecha porque ese día ella no fue a trabajar pues tenía permiso por el cumpleaños de su hijo; agregó, que le dio una inducción de 3 días al actor para el cargo de auxiliar de cocina, sin ubicar con certeza los días en los que se llevó a cabo tal inducción, y finalmente, que él la reemplazó a ella como jefe de cocina desde el día en que empezó a trabajar, y en las vacaciones que le dieron a la testigo durante 8 días a partir de esa fecha; además, que cuando ella regresó el demandante continuó desempeñándose como ayudante de cocina, cargo que continuaba ejecutando cuando la testigo se retiró del trabajo en enero de 2015.

Por su parte, el demandante adujo en su declaración haberse vinculado laboralmente en el bar desde el 2 de julio de 2012, al principio en seguridad y como ayudante, haciendo labores y oficios varios, como aseo y mantenimiento; que los fines de semana era ayudante de cocina, que luego entró totalmente a la cocina de martes a sábado, como ayudante de cocina, desde finales de enero o principios de febrero de 2013, hasta que Mireya se retiró en enero de 2015, quedando él como jefe de cocina; e interrogado insistentemente respecto a si había reemplazado antes de eso a Mireya, ninguna referencia hizo a lo manifestado por ésta en su declaración, en torno al presunto inicio del vínculo del actor con la sociedad demandada.

Analizadas de manera detallada y conjunta las declaraciones rendidas, advierte la Sala que incurren en relevantes contradicciones respecto a lo afirmado en cuanto al cargo desempeñado por el actor, pues mientras este aduce que en principio realizó oficios varios, que era todero, realizando labores de aseo, seguridad y mantenimiento, que más adelante también como ayudante de cocina y solo a partir de enero o febrero de 2013, se dedicó exclusivamente a esa labor, la testigo Nohora Mireya Rojas Piragauta categóricamente afirmó que el actor fue ayudante de cocina desde el inicio de su vinculación, que empezó reemplazándolo en su cargo de jefe de cocina, sin referir ninguna otra actividad, lo que deja serias dudas a esta Corporación respecto a la verdadera prestación de servicios, pero en particular, al conocimiento directo de la misma, la fecha en que inició, las actividades desempeñadas por el demandante, y en general, la veracidad de todo lo afirmado por la testigo, sin que sea posible inferir la existencia de la relación laboral planteada por el demandante.

En consecuencia, toda vez que no se cuenta en el proceso con ninguna otra prueba que permita establecer de manera fehaciente la

prestación personal y continua del servicio del actor en favor de la demandada, menos aún que ésta haya fungido como su empleadora durante el lapso aducido, no había lugar a acceder a lo pretendido y se confirmará la sentencia consultada.

Costas. Sin costas en grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de julio de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de esta ciudad, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,


Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **AURA MARÍA CÁRDENAS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Tercera Ad Excludendum: ISABEL CORTÉS DE SALAMANCA

EXP. 11001 31 05 017 2015 00102 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de surtir en favor de la demandante el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 6 de diciembre de 2019 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta ciudad.

Téngase a la Doctora Diana Marcela Contreras Supelano, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del memorial aportado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 6 de enero de 2010, junto con el retroactivo, el pago de los aportes en salud, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación (f.º 3 a 8 y 37 a 38).

Sustentó sus pretensiones, en que Orlando Salamanca Muñoz, nació el 26 de abril de 1941 en Bogotá, falleció el 5 de enero de 2010, y le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución en el año 2009. Dijo, que convivió con el pensionado desde enero de 1985, hasta su fallecimiento, y que desde el inicio de la unión marital, compartieron techo, lecho y mesa, así como que también dependía económicamente de él. Mencionó, que tanto ella, como María Leonor Martínez, presentaron solicitud de sustitución pensional, la segunda en calidad de cónyuge supérstite. Aludió, que mediante Resolución n.º 011594 del 28 de abril de 2010, el Instituto de Seguros Sociales le concedió pensión de sobrevivientes a Isabel Cortés de Salamanca, a partir del 2010 (f.º3 a 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 25 de mayo de 2015, ordenando su notificación y traslado a la demandada. Así mismo, dispuso la vinculación como tercera Ad Excludendum de la señora Isabel Cortés de Salamanca (f.º 42 a 43).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y

propuso como excepciones de mérito las que denominó “*Inexistencia del derecho reclamado*”, “*Cobro de lo no debido*”, “*Buena fe de Colpensiones*”, “*Presunción de legalidad de los actos administrativos*”, “*No configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria*”, “*Carencia de causa para demandar*”, “*Compensación*” y “*No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público*” (f.º 87 a 99).

III. DEMANDA TERCERA AD EXCLUDENDUM

Isabel Cortés de Salamanca, representada por Curador Ad Litem pretende que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el 100% de la pensión de sobrevivientes, a partir del fallecimiento de Orlando Salamanca Muñoz, junto con los intereses moratorios de las mesadas pensionales.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que tiene interés directo en razón a su condición de cónyuge supérstite del causante, lo que se demuestra con el registro civil de matrimonio, y que la entidad suspendió el pago de la prestación, debido a la reclamación de la demandante (f.º 80 a 84).

Colpensiones y la demandante, guardaron silencio respecto al pronunciamiento de la Tercera Ad Excludendum (f.º 110).

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 6 de diciembre de 2019, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra por Aura María Cárdenas, y declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido.

Para arribar a tales conclusiones, señaló que el derecho reconocido a Isabel Cortés debía mantenerse, en la medida en que se probó que la sociedad conyugal que existió entre esta y el causante nunca se liquidó, ni disolvió, además procrearon tres hijos.

A su vez, frente a los pedimentos de la accionante mencionó que de las testimoniales rendidas por Alicia del Carmen Pinto Fuentes y María Gilma Uribe Monroy, no era posible extraer las circunstancias de tiempo precisas o al menos cercanas, acerca de cuándo se pudo haber dado la convivencia con Orlando Salamanca, y que en el caso de la segunda deponente, aquella advirtió que en 1987 el causante vivía en una casa diferente a la de Aura Cárdenas, lo que se contradice con lo expresado sobre el particular en la demanda y la información brindada en las declaraciones extra juicio por las personas citadas a declarar, de ahí que no se verificaba el cumplimiento del requisito de convivencia exigido por la normatividad aplicable.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si la demandante acreditó o no, las condiciones necesarias para ser considerada beneficiaria de una porción de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del afiliado.

Está al margen de la discusión, que mediante Resolución n.º016473 del 27 de julio de 2001, el extinto Instituto de Seguros Sociales le concedió pensión de vejez al señor Orlando Salamanca Muñoz, a partir del 26 de abril de 2001 (f.º 17 a 20); y, que el pensionado falleció el 5 de enero de 2010 (f.º 11), fecha para la cual se encontraba vigente su vínculo matrimonial con Isabel Cortés,

celebrado el 2 de enero de 1965 y registrado ante Notaría el 21 de mayo de 1987 (f.º 36), a quien le fue reconocida pensión de sobrevivientes a partir del 5 de enero de 2010, por haber acreditado ante la entidad los requisitos para ser considerada como beneficiaria.

A su vez, se encuentra probado que en la Resolución n.º 05555 del 23 de febrero de 2012, el ente de seguridad social negó la solicitud de sustitución pensional de la aquí demandante, quien se presentó en calidad de compañera permanente del asegurado, tras considerar que al no contar con autorización expresa de la beneficiaria de la prestación y al encontrarse en firme el acto administrativo que le reconoció el derecho, no era posible disponer su revocatoria (f.º 17 a 20), consideración que fue confirmada en la Resolución n.º VPB 1272 del 16 de enero de 2015, en la que se puso de presente que mientras no hubiera decisión judicial en torno a la pensión reclamada por Aura Cárdenas, la misma se seguiría cancelando a Isabel Cortés de Salamanca, al no existir razones de hecho o de derecho para variar la decisión adoptada en el acto administrativo impugnado.

Ahora bien, la normatividad aplicable para resolver la controversia objeto de estudio, es la vigente para el 5 de enero de 2010, fecha de la muerte del causante, esto es, los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que a luz de lo normado en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes causada por el pensionado que fallezca, los miembros del grupo familiar que se determinan en el artículo 13 *ibídem*, que son, entre otros, el cónyuge o compañero permanente que acrediten convivencia con el causante hasta su muerte, de por lo menos 5 años continuos.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1399-2018, explicó que según la normatividad citada *“la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges(...)”* entendiendo por convivencia aquella *«comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado»* (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605)”.

Además, ha dejado sentado la Alta Corporación que, mientras los compañeros permanentes deben demostrar el cumplimiento del requisito expresamente establecido en la norma, a favor del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, se acepta que los cinco años mínimos de convivencia pueda ser en cualquier tiempo (CSJ SL4346-2015, CSJ SL6990-2016, CSJ SL1399-2018 y CSJ SL1880-2018).

En tal sentido, encuentra la Sala que en este asunto resulta acertada la absolución dispuesta por el juez de primer grado, al no haberse acreditado por la demandante con ninguno de los elementos de juicio arrimados, el requisito de convivencia en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia del Tribunal de cierre de esta jurisdicción.

Y es que al pasar al análisis de las testimoniales rendidas por Alicia del Carmen Pinto Fuentes y María Gilma Uribe Monroy, quienes

afirmaron haber conocido a la demandante y al causante debido a que fueron compañeros de trabajo desde 1972, se advierte que sus dichos no resultan concordantes con lo afirmado en la declaración extra juicio rendida ante Notario, pues aunque en dicha oportunidad ambas declarantes afirmaron que les constaba que la pareja había iniciado su convivencia desde enero de 1985, durante la práctica de la prueba fueron claras en señalar que no recordaban las circunstancias de tiempo en las que ello había tenido lugar, a lo cual Alicia del Carmen Pinto Fuentes sostuvo que creía que había sido aproximadamente tres años después de que habían ingresado a la empresa. Adicionalmente, María Gilma Uribe refirió que sabía que la pareja había convivido por 26 años, debido a que fue la demandante quien le comentó esa situación y que no recordaba cuando fue la última vez que vio al causante y que fue a su sitio de vivienda a visitarlo a él y a la actora.

Así las cosas, concuerda esta Colegiatura con el *a quo* en cuanto a que los registros fotográficos que residen a folios 26 a 34 no tienen la virtualidad de probar que la exigencia analizada se haya verificado en los términos indicados en el escrito genitor, máxime cuando se desconocen las calendas en las que fueron tomados.

En consecuencia, al no haberse acreditado por parte de las demandantes de manera fehaciente la convivencia durante los cinco años anteriores a la fecha de la muerte del causante, no queda otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia.

Costas. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 6 de diciembre de 2019, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sala Quinta de Decisión Laboral

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEER

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **017 2018 00293 01**
DEMANDANTE: BENEDICTO ÁLVAREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá D.C., el treinta (30) de junio dos mil veinte (2020), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 19 de julio de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta ciudad.

Téngase a la Doctora Diana Marcela Contreras Supelano, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del memorial aportado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se condene a la demandada a reconocer y pagar el incremento del 14% de la pensión de vejez, por tener a cargo a su cónyuge Flor Marina Díaz, desde el 1º de octubre de 2004, junto con la indexación de las condenas (f.º 3).

Fundamentó sus pretensiones en que le fue reconocida pensión de vejez bajo el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1.º de octubre de 2004, por haber reunido los requisitos legales; que ha convivido desde hace más de 38 años de manera continua, permanente e ininterrumpida con su cónyuge Flor Marina Diaz, quien no trabaja, no es pensionada, no recibe ingreso

económico alguno y es beneficiaria en salud por lo que depende exclusivamente de él (f.º 3 a 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 11 de julio de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 24), quien dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones y formuló como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 33 a 40).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de julio de 2019, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, la absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante (f.º 59).

El *a quo* señaló que, aunque el demandante logró demostrar el cumplimiento de los requisitos para acceder al incremento pensional pretendido, debido a que la pensión de vejez fue reconocida a través de Resolución n.º28663 el 27 de septiembre de 2004 y aquel sólo acudió ante la entidad en procura de reclamar el derecho el 6 de octubre de 2017, cuando ya habían transcurrido más de 12 años, había lugar a declararse probada la excepción de prescripción.

IV. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia sin causales de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a surtir el grado jurisdiccional de consulta, según lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde se tendrá como problema jurídico, el determinar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990,

conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en tal caso, si el actor reúne los presupuestos de la norma para disponer su pago.

En esta instancia, no es objeto de controversia que Colpensiones, mediante Resolución n.º. 028663 del 27 de septiembre de 2004, le reconoció al actor pensión de vejez a partir del 1.º de octubre de 2004, por acreditar los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición (f.º 6). Lo que en principio le da derecho a que se estudie la viabilidad de reconocerle el derecho al incremento del 14%, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 21 del referido acuerdo, esto es: que el cónyuge o compañero permanente conviva y dependa económicamente del pensionado y que no reciba pensión alguna.

Previo a estudiar sobre la acreditación de los requisitos en mención, resulta dable indicar que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con Radicación n.º 29531 de 2007, señaló que los incrementos por personas a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993 mantuvieron su vigencia, para quienes se les aplica el mencionado acuerdo por derecho propio o transición, criterio que acoge esta Sala de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Así las cosas, como quiera que los incrementos pensionales no se encuentran derogados, y dado que al demandante, se le aplicó el mencionado Acuerdo, por ser beneficiario del régimen de transición, pasa a estudiarse, el cumplimiento de los requisitos legales a efectos de determinar si tiene o no derecho a la prestación invocada.

En tal sentido, advierte la Sala que si bien se encuentra acreditado el matrimonio celebrado el 27 de abril de 1979, entre la señora Flor Marina Díaz y el actor, conforme al Registro Civil de Matrimonio (f.º 15), no existe ninguna evidencia que permita concluir la dependencia económica de la cónyuge con respecto al pensionado, pues únicamente se arrimó al trámite carnet de afiliación en salud que da cuenta de su calidad de beneficiaria, elemento de prueba que por sí solo no tiene la virtud de demostrar el hecho debatido.

En consecuencia, al no haberse incorporado al plenario ningún otro medio probatorio por el cual se pueda demostrar la dependencia económica aquí analizada, lo cual resulta necesario para la prosperidad del incremento pensional, como quiera que se trata de una prestación que se paga de manera periódica y que se reconoce con el único fin de procurar la manutención de la cónyuge a cargo que depende única y exclusivamente del pensionado, se concluye que no se cumplen las condiciones previstas legalmente para su reconocimiento, razón por la cual se Confirmará la sentencia de primer grado, pero por lo aquí motivado.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de julio de 2019 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D. C., de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.


Notifíquese y cúmplase



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



Magistrada *Asesoradora de Sala*



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: BENEDICTO ALVAREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2018 00293 01

MAGISTRADO PONENTE: DAVID A. J. CORREA STEER

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEER

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE DE PAUL
DEMANDADO: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN
SUBSIDIADO CONVIDA E.P.S.
RADICACIÓN: 11001-31-05-018-2016-00119-01

En Bogotá D.C., el treinta (30) de junio dos mil veinte (2020), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia dictada el 27 de junio de 2019, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condene a la demandada a pagar el saldo adeudado por un valor de \$155.780.145 por concepto de servicios médicos prestados a sus afiliados, junto con los intereses moratorios del artículo 24 del Decreto n.º4747 de 2007, artículo 4.º del Decreto Ley n.º1281 de 2002 y artículo 10.º del Decreto n.º723 de 1997, o en subsidio de estos la indexación de las sumas objeto de condena (f.º 8).

Fundamentó sus pretensiones, en que la Fundación Hospitalaria San Vicente De Paul prestó los servicios médico-quirúrgicos a los pacientes afiliados a la entidad demandada durante los años 2014 y 2015, de los cuales está pendiente de pago la suma de \$155.780.145 (f.º 7 a 8).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 15 de noviembre de 2017, ordenó su notificación y traslado a la demandada (f. ° 832), quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y propuso como excepciones de fondo las que denominó «*prescripción de la acción*», «*pago no de la obligación*» «*cobro de lo no debido*» «*error en la apreciación de la prueba*» y «*enriquecimiento sin justa causa* (f.° 841 a 844).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 20 de noviembre de 2018 (f.° 172), la instancia resolvió condenar a Convida EPS a pagar a favor de la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul, la suma de \$143.615.723 por concepto del capital adeudado contraído a las facturas por prestación de servicios médicos de la población cobijada por la EPS demandada, correspondientes a las n.° 4001069568 por valor de \$167.487.576, 4001335601 por valor de \$1.613.655 y 4001384953 por valor de \$4.514.492. Así mismo, condenó al pago de intereses moratorios a la tasa señalada en el artículo 4.° del Decreto 1281 de 2002 y el artículo 13 literal f parágrafo 5 de la Ley 1122 de 2007, desde la fecha en que se hicieron exigibles y hasta que se verifique su pago y absolvió a la encartada de las demás pretensiones formuladas en su contra. Por último declaró no probada la excepción de prescripción.

En lo que interesa a la instancia, el *a quo* señaló que había lugar a ordenar el pago de los valores contenidos en las facturas antes mencionadas en atención a que las mismas se radicaron en los tiempos establecidos por la Ley y el servicio médico se prestó en debida forma.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación indicando que aunque la instancia revisó a fondo el cumplimiento de algunos de los requisitos exigidos, en este caso, no se observaron a cabalidad el 100% de los mismos, frente a lo ordenado en el Decreto n.°4747 de 2017 y en el numeral

8.º del anexo 5.º de la Resolución n.º 3047 de 2008. A su vez, agregó que la sola presentación de las facturas no certifica que se prestó un servicio adecuado que justifique los valores recobrados y que se debe tener en cuenta que la relación que se hizo en el escrito inicial no se acompasa con los montos señalados en los títulos allegados.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en los art. 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde se tendrá como problema jurídico, determinar si los servicios de salud que prestó la demandante a los afiliados de la demandada, deben o no ser asumidos por la misma.

Es preciso señalar, que el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, prevé que la atención inicial de urgencias debe ser provista en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago, y que, el costo de estos servicios será pagado por la entidad promotora de salud a la cual aquellas estén afiliadas, en cualquier otro evento distinto a los riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito.

A su vez, el art. 7.º del Decreto-Ley n.º1281 de 2002, establece sobre el trámite de las cuentas presentadas por las IPS, que además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionarlo a otros distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios; así mismo, que cuando en el trámite se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado.

Por su parte, el artículo 23 del Decreto n.º4747 de 2007, prevé en cuanto al trámite de glosas que dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, las entidades responsables del pago de servicios de salud,

formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud la causales que recaen sobre cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, y que una vez formuladas las mismas no se podrán proponer unas nuevas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

Además, se prevé que el prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción, al aceptar las que estime justificadas así como subsanar las causales que dieron lugar a las mismas o indicar justificadamente que la causal invocada no tiene lugar; luego, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, la entidad responsable del pago, decidirá si las levanta total o parcialmente o las deja como definitivas, y pagará dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes los valores de las que hayan sido levantadas, informándose de este hecho al prestador de servicios de salud.

Finalmente, se advierte que de acuerdo con los artículos 12 y 14 de la Resolución n.º3047 de 2007, el primero de ellos modificado por el artículo 4.º de la Resolución n.º4331 de 2012, los soportes de las facturas de prestación de servicios y la denominación y codificación de las causas de glosa, devoluciones y respuestas serán los definidos en los Anexos Técnicos n.º 5 y 6 de ese precepto.

En lo pertinente, el primero de ellos consagra en su numeral octavo, cuáles son los soportes que se deben incorporar en los casos de atención inicial de urgencia, entre ellos, la factura o documento equivalente, el detalle de cargos, informe de atención inicial de urgencias, copia de la hoja de atención de urgencias o epicrisis en caso de haber estado en observación, copia de la hoja de administración de medicamentos, resultado de los exámenes de apoyo diagnóstico, excepto los contemplados y comprobante de recibido del usuario.

Y en lo concerniente al segundo punto, indica cada uno de los posibles motivos de glosas y devoluciones, los cuales se relacionan

dentro de los conceptos generales, en cuanto a las glosas, con la facturación, tarifas, soportes, autorización, cobertura y pertinencia, y respecto a las devoluciones, con la falta de competencia para el pago, falta de autorización principal, falta de epicrisis, hoja de atención de urgencias u odontograma, factura o documento equivalente que no cumple requisitos legales, servicio electivo no autorizado, profesional que ordena no adscrito en el caso de servicios ambulatorios de carácter electivo, falta de soportes para el recobro por CTC, tutela, ATEP y servicio ya cancelado.

Establecido lo anterior, advierte la Sala, que en este asunto se encuentra probado que la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul los días 24 de noviembre de 2014 (f.º 466), 2 de octubre de 2015 (f.º 723) y 23 de noviembre de 2015 (f.º 807), radicó ante la EPS demandada el cobro de las facturas n.º 4001069568, 4001335601 y 4001384953, que se generaron con ocasión de los servicios requeridos por los afiliados de la demandada en la atención inicial de urgencias y con posterioridad a la misma.

Por ende, se observa que sobre la primera factura la EPS formuló objeciones, que luego de ser respondidas por la IPS convocante (f.º 482 a 489), se conciliaron en su totalidad por ambos entes, para lo cual, la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul aceptó las glosas que no fueron levantadas por la EPS S Convida (f.º 467 a 481), habiendo quedado fijado el cobro en la cuantía \$137.138.300; y respecto de las otras dos facturas, correspondientes a las sumas de \$1.613.655 y \$4.154.492, se verifica que no existe ninguna evidencia que permita inferir que la demandada hubiera invocado alguna causal de glosa o devolución.

En tal sentido, se tiene que no bastan las razones de la alzada para rebatir el cobro procurado, porque partiendo de los presupuestos normativos previamente señalados, es factible colegir que tanto el silencio guardado frente a la radicación de las facturas n.º 4001335601 y 4001384953, como la conciliación que se realizó sobre la factura n.º 4001069568, implican necesariamente la aceptación por parte de la EPS de las mismas y su consecuencial pago a favor de la prestadora del servicio, pues como se expuso, solamente dentro de los

30 días hábiles siguientes a la radicación de las referidas facturas le era dado objetarlas por las razones que invoca de manera extemporánea y que se relacionan con la aportación de los soportes que respaldaran la prestación del servicio, como quiera que tanto ese supuesto, como lo atinente a la facturación, tarifas, autorización, cobertura, pertinencia, etc., se encuentran expresamente previstos en el Anexo Técnico n.º 6 de la Resolución n.º 3047 de 2007.

Por lo anterior, no es posible en este trámite entrar a analizar si se reúnen o no las condiciones discutidas, ya que es el ordenamiento legal el que le impone a las EPS invocarlas oportunamente por medio de las glosas o causales de devolución, en caso de considerar que las mismas se configuran, o en su defecto, proceder dentro de unos plazos definidos por las normas que regulan la materia al reconocimiento de los valores recobrados por las instituciones prestadoras de servicio de salud.

Ahora bien, en la alzada también se controvierte al valor de las codenas impuestas, encontrándose fundada la inconformidad en lo que concierne a la Factura n.º4001069568, ya que los valores ordenados no se compadecen con los que fueron conciliados por las entidades del sistema general de seguridad social, en la medida en que se estableció que los mismos ascendían a la suma de \$167.487.576, pese a que en verdad corresponden al valor \$137.138.300, tal como se extrae de la documental vista a folio 467 a 481, por lo que sobre el particular se modificará la sentencia de primera instancia, pero se confirmará en lo demás por lo considerado. Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,


VI. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **primero** de la sentencia proferida el 27 de junio de 2019, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en cuanto a que la condena relacionada con la factura n.º 4001069568, asciende a la suma de \$137.138.300, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sala Quinta de Decisión Laboral

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEER

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **021 2018 00413** 01
DEMANDANTE: LUIS ANTONIO BAUTISTA GALVIS
DEMANDADO: COLPENSIONES

En Bogotá D.C., el treinta (30) de junio dos mil veinte (2020), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 2 de agosto de 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se condene a Colpensiones, a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, a partir del reconocimiento de la pensión de vejez, es decir, desde el 1º de diciembre de 2005, junto con la indexación de los valores reclamados (f.º 2 a 10).

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que le fue reconocida pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución n.º 013805 del 29 de marzo de 2007, a partir del 1.º de diciembre de 2005, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Dijo que está casado con Graciela Prieto Arias, desde el 30 de agosto de 1969, con quien comparte techo, lecho y mesa, procreó 5 hijos y depende económicamente de él, ya que no disfruta de pensión legal o extralegal, no tiene bienes de fortuna o renta alguna (f.º 7 a 11).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 18 de diciembre de 2018, se ordenó su notificación y traslado a la demandada (f.º 33), quien la contestó oponiéndose a todas las pretensiones, para lo cual formuló como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y la obligación, inaplicabilidad del Decreto n.º758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, buena fe y prescripción de los incrementos pensionales (f.º 36 a 41).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 2 de agosto de 2019, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones e impuso costas a cargo del demandante.

Lo anterior, tras señalar que aunque no era materia de debate que al demandante, se le reconoció pensión de vejez en aplicación del artículo 12 del Acuerdo n.º049 de 1990, de acuerdo con la postura sentada por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU140-2019, se consideraba que los incrementos pensionales reclamados ya no se encuentran vigentes, ya que solo lo están para quienes causaron la pensión con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, lo cual no ocurre en el caso bajo estudio.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que el artículo 21 del Acuerdo n.º049 de 1990, no fue derogado ni expresa ni tácitamente, por la Ley 100 de 1993, ni es incompatible con su contenido, por lo tanto, los incrementos pensionales reclamados perduran en la actualidad, tal como lo ha sostuvo la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias con radicación 21517 y 29532 de 2005.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada de conformidad con el principio de consonancia estatuido en del Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, teniendo en cuenta los puntos objeto de controversia con la decisión, donde se tendrá como problema jurídico, determinar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo n.º049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en tal caso, si el actor reúne los presupuestos de la norma para disponer su pago y si operó o no el fenómeno jurídico de la prescripción.

En esta instancia, no es objeto de controversia que Colpensiones, mediante Resolución n.º. 013805 de 2007, le reconoció al actor pensión de vejez a partir del 1.º de diciembre de 2005, por acreditar los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición (f.º 13). Lo que en principio le da derecho a que se estudie la viabilidad de reconocerle el derecho al incremento del 14%, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 21 del referido acuerdo, esto es: que el cónyuge o compañera permanente conviva y dependa económicamente del pensionado y que no reciba pensión alguna.

Para empezar, es dable indicar que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con Radicación n.º 29531 de 2007, señaló que los incrementos por personas a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993 mantuvieron su vigencia, para quienes se les aplica el mencionado acuerdo por derecho propio o transición, criterio que acoge esta Sala de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Así las cosas, como quiera que los incrementos pensionales no se encuentran derogados, tal como se alegó en el recurso, y dado que al demandante, se le aplicó el mencionado acuerdo, por ser

beneficiario del régimen de transición, pasa a estudiarse, el cumplimiento de los requisitos legales a efectos de determinar si tiene o no derecho a la prestación invocada.

El señor Luis Antonio Bautista Chaves para probar los presupuestos legales, aportó como pruebas el registro civil de matrimonio que da cuenta de que el 1.º de diciembre de 1945, el aquel contrajo matrimonio con Graciela Prieto de Bautista, además se recibieron los testimonios de los señores Aura María Garzón de Ramírez y Epifanio Ramírez de Gutiérrez, quienes manifestaron conocer al demandante hace aproximadamente desde hace 25 y 30 años, respectivamente, así como también que su esposa es la señora Graciela, y que ésta depende económicamente de él, pues no tiene ningún tipo de ingreso, ni recibe pensión, herencia, ni posee bienes de fortuna.

De manera que, del análisis en conjunto de las pruebas, la Sala concluye que el demandante demostró la dependencia económica de su cónyuge, lo que le da derecho al incremento que solicita del 14%.

El referido derecho se hace exigible desde el momento en que se configura el beneficio pensional, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia con Radicación n.º 27923 del 12 de diciembre de 2007, en este caso a partir del 1.º de diciembre de 2005.

En tal sentido, se debe pronunciar la Sala frente a la excepción de prescripción propuesta en su contestación por la entidad demandada y atendiendo lo que prevén las normas que regulan este fenómeno (artículo 488 del CST y 151 del CPTSS).

Para que opere la interrupción de la prescripción, se requiere que el trabajador o en este caso el pensionado, formule por escrito su reclamo, que éste se refiera al derecho debidamente determinado y que el mismo sea recibido efectivamente por la entidad, actividad que

debe desplegar el demandante dentro del término trienal legalmente previsto para ello.

En este caso, revisada la documental que integra el expediente, se aprecia a folio 23 a 25, el escrito contentivo de la reclamación administrativa que fue presentado el 18 de mayo de 2018, el cual se debía presentar a más tardar el 18 de mayo de 2015, toda vez que el reconocimiento de la pensión, como ya se indicó fue realizada mediante la Resolución n.º. 013805 del 29 de marzo de 2007; en tal sentido, resulta acertado dar aplicación al fenómeno de prescripción, conforme lo establece el régimen general para los derechos sociales en las condiciones establecidas en las normas ya referidas, es decir en el término de tres años.

De lo anteriormente expuesto, se establece que la parte demandante no cumplió con las exigencias contenidas en las normas llamadas a regular el asunto, en razón al tiempo que dejó transcurrir para presentar la reclamación administrativa, al no interrumpir el término prescriptivo; por ello el legislador previó estas situaciones, para lo cual dispuso a través de las normas reseñadas en esta sentencia, que no ejercer a tiempo un derecho conduce a la pérdida del mismo por el fenómeno de la prescripción; sin dejar de tener en cuenta la Sala el carácter imprescriptible de la pensión, pero si lo prescriptible de los incrementos reclamados, pues el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, pone límites al derecho de percibirlos; por una parte en el sentido de que el derecho surge ante el cumplimiento de unos requisitos, y en tal virtud el derecho subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen, pero siempre ejerciendo el derecho en tiempo, esto es sin que haya operado la prescripción.

Ahora bien, en sentencia SU-310 de 2017, la Corte Constitucional reiteró la postura mencionada en la sentencia T-217 de 2013, en cuanto a que, en el derecho al reconocimiento de los incrementos pensionales, en razón de la prescripción, sólo se pierden las mesadas no reclamadas, como se sigue de la interpretación más favorable al trabajador (*in dubio pro operario*); no obstante esa Corporación mediante comunicado n.º 27 del 10 de mayo de 2018, anunció la modificación que se adoptara frente a esa postura.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha mantenido su posición frente al tema de la prescripción en materia de incrementos pensionales por personas a cargo, la cual a título de ejemplo se establece en sentencia con Radicación, CSJ SL9638-2014, entre otras, en la que señaló:

“Bajo este contexto, el objeto de la controversia se centra en determinar si el derecho al incremento pensional por personas a cargo prescribe, tal como lo dedujo el Tribunal, o si por el contrario, se configuró el equivocado ejercicio hermenéutico que endilga el censor respecto de las normas denunciadas, por cuanto, en su decir, se trata de una obligación no susceptible de extinguirse por medio de este fenómeno jurídico, al ser los incrementos accesorios a lo principal, que es la pensión, por lo que son imprescriptibles.

Al confrontar los fundamentos que le sirven de soporte a la decisión acusada, observa la Corte que el sentenciador de alzada no incurrió en la interpretación errónea de las normas relacionadas en la proposición jurídica, al declarar la prescripción de los derechos reclamados por concepto del incremento pensional por personas a cargo, dado que la jurisprudencia de esta Sala, así lo ha adoctrinado.

En efecto, esta Corporación señaló en sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 42300, que la calidad del pensionado es permanente y vitalicia y consecuentemente la acción para impetrar su reconocimiento es imprescriptible. Pero igualmente ha precisado su doctrina de que una es esa condición del individuo, cuya titularidad del derecho pensional no fenece con el transcurrir del tiempo y, otra diferente los derechos derivados de ese status, tales como el pago de las mesadas pensionales o, en el caso en estudio, los incrementos reclamados, lo que en criterio de la Corte sí prescriben en los términos de los Arts. 488 del CST y 151 del CPT y de la SS.”

Entonces, esta Sala en forma mayoritaria, indicó que evaluadas las posturas de las Altas Cortes, considera apropiado acogerse a los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que en manera objetiva y por razones que comparte, ha establecido que el incremento está sujeto al fenómeno de la prescripción a partir del reconocimiento pensional, en consideración a que se trata de un derecho autónomo, donde se deben acreditar requisitos ajenos a la pensión para acceder a él y únicamente subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen, así la pensión se siga pagando, tal y como lo establece el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990.

Como en este caso, de acuerdo con lo ya indicado en esta sentencia, el derecho del demandante a percibir el incremento del 14% por cónyuge a cargo se encuentra prescrito, hay lugar a confirmar la sentencia recurrida pero por distintas razones a las expuestas en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese y cúmplase.



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURRELLO VARÓN

Magistrada *adlocum de iure*



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS ANTONIO BAUTISTA CHAVES

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2018 00413 01

MAGISTRADO PONENTE: DAVID A. J. CORREA STEER

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **AUGUSTO NÚÑEZ NIÑO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

EXP. 11001 31 05 022 2016 00310 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A.J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de surtir en favor de la demandante el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de agosto de 2019.

Téngase al Doctor Nicolás Ramírez Muñoz, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del memorial aportado.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 1.º de octubre de 2009, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo n.º 049 de 1990 aprobado por el Decreto n.º 758 del mismo año, junto con el retroactivo y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (f.º 26 a 27).

Sustentó sus pretensiones, en que el 11 de febrero de 2011 solicitó ante el Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Ofelma Campos Becerra, ocurrido el 1.º de octubre de 2009, el cual fue negado mediante Resolución n.º 041226 del 8 de noviembre de 2011. Adujo, que en el mentado acto administrativo se reconoció por parte de la entidad que su cónyuge efectuó cotizaciones a Cajanal con el Ministerio de Educación Nacional desde el 1.º de enero de 1976 al 31 de enero de 1979, por espacio de 158 semanas; así como también, al sistema de seguridad social en pensiones desde el 23 de julio de 1979 hasta el 31 de octubre de 2004 equivalentes a 378 semanas. Manifestó que presentó recurso de apelación y el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual fue reconocida mediante Resolución n.º GNR 3322740 del 3 de diciembre de 2013. Sostuvo, que la causante al 1.º de abril de 1994 contaba con 37 años y que contrajo matrimonio con ella el 1.º de julio de 1984, con quien convivió compartiendo techo, lecho y mesa hasta el día de su fallecimiento (f.º 27 a 31).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 7 de octubre de 2016, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 48), quien dio contestación con oposición a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las que denominó *“Inexistencia del derecho reclamado”, “Cobro de lo no debido”, “Buena fe de Colpensiones”, “Presunción de legalidad de los actos administrativos”, “No configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria”, “No configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno”, “Carencia de causa para demandar”, “Prescripción” y “Compensación”* (f.º 51 a 58).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de agosto de 2019, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra por Augusto Núñez Niño y declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido.

Para arribar a tales conclusiones, señaló que debido a que el deceso de la afiliada había tenido lugar el 1.º de octubre de 2009, la normatividad aplicable para resolver el derecho reclamado era el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y en tal sentido, al no haberse acreditado 50 semanas de cotización en los tres años anteriores al fallecimiento, no era posible acceder a lo pedido por el demandante bajo el amparo de esa preceptiva.

En cuanto al análisis de la prestación conforme al par. 1.º del artículo 12 de la citada Ley 797 del 2003, consideró que tampoco se

tornaba viable el reconocimiento procurado, pues a pesar de que Ofelma Campos había sido beneficiaria del régimen de transición por edad, no contaba con 750 semanas de cotización a la entrada en vigor del Acto Legislativo n.º 01 de 2005, lo que imposibilitaba estudiar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990; y a su vez, tampoco cumplía la densidad de semanas establecida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Por último, consideró que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, el análisis prestacional tendría que hacerse con base en las disposiciones de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, sin que fuera posible aplicar lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, sin embargo, como en este caso la muerte de la afiliada se había verificado en el año 2009, no se cumplía los presupuestos explicados en el criterio sentado sobre el particular por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si el demandante acreditó o no las condiciones necesarias para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de la afiliada.

Son hechos acreditados en el proceso, que la causante Ofelma Campos Becerra, falleció el 1.º de octubre de 2009 (f.º 19) y que Colpensiones negó la pensión de sobrevivientes solicitada por el demandante, argumentando que el causante no contaba con 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores al deceso, según lo previsto en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 (f.º 6 a 9).

Es menester precisar que la norma aplicable para resolver la controversia, es la vigente para el 1.º de octubre de 2009 (f.º 19), fecha de la muerte de la causante, esto es, los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 12 de la precitada Ley, exige para los afiliados cotizar al sistema un mínimo de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la muerte, situación que no se verifica en el presente asunto, como quiera que la afiliada fallecida en el período comprendido entre el 1.º de marzo de 2006 y 1.º de marzo de 2009 no registra cotizaciones, ya que la última se reportó el 31 de octubre de 2004 (f.º 91 a 93), por lo que no se acreditó el supuesto fáctico previsto en la citada disposición.

Frente a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se considera relevante anotar que en lo que refiere a la pensión de sobrevivientes el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción, ha admitido que el reconocimiento prestacional, se realice con sustento en las exigencias contempladas en la normativa inmediatamente anterior a la que se encontraba vigente para el momento del deceso, sin que sea válido invocar cualquier disposición que haya regulado el asunto en algún tiempo remoto.

En tal sentido la sentencia CSJ SL 32642, 9 dic. 2008, explicó: *“No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que*

haya precedido (...)". (Reiterada entre otras sentencias en las CSJ SL2111-2018, CSJ SL020-2018, CSJ SL2040-2018 y CSJ SL2091-2018).

En este asunto, la normatividad aplicable en virtud del principio de la condición más beneficiosa es la Ley 100 de 1993 en su versión original, por el tránsito legislativo, según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, dependiendo del escenario en el que se encontrara la afiliada, esto es, según si estaba o no cotizando al momento del cambio normativo, es decir, para el 29 de enero de 2003 cuando entró a regir la Ley 797 de 2003 y al momento de la muerte, de acuerdo con lo expuesto por la alta Corporación en la sentencia CSJ SL4650-2017, con los límites allí establecidos.

Así las cosas, verificada la documental visible a folio 91 a 93, que a pesar de que la causante se encontraba cotizando al momento del cambio normativo, y había aportado más 26 semanas en cualquier tiempo, antes del 29 de enero de 2003, se advierte que la muerte no se produjo entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006 y cuando ello tuvo lugar no se encontraba cotizando, por lo que no se cumplen los supuestos fácticos necesarios para dar aplicación al mencionado principio de conformidad con la jurisprudencia aducida.

Pues, debe tenerse en cuenta que la calenda del fallecimiento resulta ser un hecho relevante, por tratarse de la aplicación de una norma que perdió vigencia al ser derogada, con la finalidad de aminorar los efectos adversos del tránsito legislativo, hasta tanto se torne posible para los afiliados dar cumplimiento a los nuevos requisitos impuestos por el legislador, tal como lo consideró razonablemente el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, al imponer el respectivo límite temporal, en criterio que acoge y comparte esta

Sala en su integridad, por lo tanto, la pensión debía sujetarse estrictamente a los requisitos de la Ley 797 de 2003.

Por otra parte, es menester anotar que en las sentencias del CSJ SL 42628, 31 ago. 2010, CSJ SL 43218, 25 ene. 2011, CSJ SL8569-2016 y CSJ SL2040-2018, la Máxima Corporación sostuvo que lo estipulado en el parágrafo 1.º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que indica que cuando un afiliado haya alcanzado el número mínimo requerido en el régimen de prima para adquirir la pensión de vejez en tiempo anterior a su fallecimiento, sus beneficiarios tendrán derecho a la prestación de sobrevivientes aunque no se hubiese satisfecho las 50 semanas de cotización en los tres años anteriores al fallecimiento; se hace extensible para las personas que en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fueron cobijadas por el régimen anterior al cual se encontraran afiliadas, en este caso, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en cumplimiento del requisito de 1000 semanas de aportes en toda la vida laboral o de 500 en los 20 años anteriores a la muerte y el artículo 7.º de la Ley 71 de 1988, que exigía 20 años de servicios, equivalentes a 1.028,57 semanas.

Sin embargo, revisadas las pruebas allegadas se encuentra que a pesar de que la causante era beneficiaria del régimen de transición para vejez, no cumple los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en la medida en que en toda la vida laboral aportó 391 semanas de cotización exclusivas al Instituto de Seguros Sociales y entre dichas cotizaciones y los tiempos de servicio público equivalentes a 158,57 solo completó un total de 549,57, insuficientes bajo el amparo del art. 7.º de la Ley 71 de 1988 (f.º 91 a 93); A lo que se suma que la misma tampoco sería acreedora de una pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, pues dicha norma establece un mínimo de 1150

semanas para la fecha de la muerte, las cuales como se asentó no se cumplen en el presente caso.

Por lo anterior, bastan entonces las razones expuestas para confirmar la sentencia consultada.

Costas. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 30 de agosto de 2019, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURRELLO VARÓN

Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado Impedido



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

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEER

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ROBERTO IGNACIO PRIETO LEÓN
DEMANDADO: CHEVRON PETROLEUM COMPANY
RADICACIÓN: 11001-31-05-023-2018-00459-01

En Bogotá D.C., el treinta (30) de junio dos mil veinte (2020), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia dictada el 30 de julio de 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se condene a Chevron Petroleum Company al pago del mayor valor de la mesada del mes de junio de la pensión, junto con el retroactivo resultante desde el 1.º de junio de 2017, y los intereses moratorios contemplados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 (f.º 2 a 13).

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 14 de noviembre de 1952 y que el empleador Chevron Petroleum Company, le reconoció pensión voluntaria a partir del 1.º de noviembre de 2001, en cuantía de \$5.720.000 y en catorce mesadas al año. Dijo que Colpensiones por medio de la Resolución n.º GNR 380134 del 14 de diciembre de 2016, le reconoció pensión de carácter compartida, en cuantía de \$10.987.269 para el año 2016, en trece mesadas al año. Sostuvo que la encartada no pagó el mayor valor de la pensión compartida en el mes de junio de 2017, equivalente a \$12.310.228, ya que únicamente canceló la suma de \$691.191 (f.º 2 a 13).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 20 de noviembre de 2018, ordenó su notificación y traslado a la demandada (f.º 79), quien dio contestación con oposición a las pretensiones y en su defensa formuló las excepciones de pago, cobro de lo no debido y prescripción (f.º 98 a 109).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 30 de julio de 2019 (f.º 140 a 141), la instancia decidió condenar a Chevron Petroleum Company a reconocer y pagar la totalidad de la mesada adicional de junio o mesada catorce a partir del año 2017, en cuantía inicial de \$12.310.228, con la aplicación de los reajustes correspondientes para los años subsiguientes. Autorizó a la encartada a descontar los valores cancelados por concepto de mesada catorce, teniéndose en cuenta que en junio de 2017 se pagó la suma de \$691.191, y en junio de 2018 la suma de \$719.461; así como, los correspondientes descuentos sobre el retroactivo pensional y la absolvió de los demás pedimentos.

Para arribar a tal conclusión, consideró que de acuerdo con la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, no existe fundamento legal alguno para que la demandada haya procedido a reconocer la mesada catorce, que había sido pagada de manera completa desde el 2001 hasta el 2016, en una suma igual a la cancelada por las demás mensualidades, sin tener en cuenta que Colpensiones únicamente dispuso el pago de trece mesadas al año, en razón a que la pensión fue reconocida a partir del 1.º de septiembre de 2013, generándose de esta forma una disminución de la mesada del mes de junio que estaba recibiendo el actor y desconociéndose de que se trataba de un derecho adquirido.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada en que la obligación que se pactó en el Juzgado 7.º Laboral del Circuito, en efecto consistió en que la empresa cotizaría los aportes necesarios ante el ente de seguridad social y que la pensión sería compartida, último aspecto, sobre el que se estableció que solo se

pagaría el mayor valor generado entre la pensión otorgada por el ISS hoy Colpensiones y la que estaba siendo pagado por la empresa tal como lo dispone el art. 18 del Acuerdo 049 de 1990, pero no cualquier otra diferencia, que por efecto de la Ley, en este caso, el acto legislativo n.º 01 de 2005, se generará, es decir, no se pactó nada más allá de lo legal.

Agregó, que el verbo rector del referido artículo 18 es “*otorgar*”, es decir, que lo que le corresponde pagar a la empresa en este caso, es únicamente la diferencia respecto a lo otorgado al demandante mediante resolución de 2013; y que no se puede perder de vista, que la mesada catorce, tal como lo define la Ley 100 de 1990, es una mesada adicional, es decir, subsidiaria o complementaria, de ahí que, debe aplicarse el principio de derecho que enseña que lo subsidiario sigue la misma suerte de lo principal, consecuencia de lo cual el valor de dicha mensualidad debe corresponder al mismo que se paga por las mesadas ordinarias.

A su vez, solicitó que se tenga en cuenta que en la sentencia dictada por esta Corporación con ponencia del Magistrado Marceliano Chávez, en la que se resaltó que si las partes no hicieron pacto adicional o extralegal en el pago de la mesada ordinaria, que fuese o compatible o diferente a lo que la ley dice simplemente se otorga la diferencia de lo reconocido por el ente de seguridad social, como ocurre en este caso, en el que en el acta de conciliación se fijó expresamente la compartibilidad de la pensión.

Finalmente, esgrimió que otros Tribunales han dicho sobre el mayor valor, que no se afecta el mínimo vital, toda vez que la pensión supera los 3 smlmv, de ahí que no hay ningún menoscabo al demandante; y expuso que la Ley 100 de 1993 consagra un tope de 15 smlmv para la mesada catorce; en consecuencia, la misma ascendería para el año 2017 a la suma de \$11.065.155.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada según lo previsto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social, donde se tendrá como problema jurídico, determinar si a la demandante le asiste derecho a percibir la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (mesada 14), a cargo de Chevron Petroleum Company, de ser afirmativo lo anterior, se analizarán las condenas dispuestas por el Juez de Primer Grado.

Con el objeto de resolver el problema jurídico expuesto, esta Sala de decisión, encuentra probado que mediante acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes el 13 de diciembre de 2001, ante el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de esta Ciudad, acordaron el reconocimiento de una pensión voluntaria a partir del 29 de noviembre de 2001, en la suma mensual de \$5.720.000,00 con los incrementos legales y las limitaciones establecidas para las pensiones del sector privado; así como también, que no podrían coincidir en ningún momento dos pensiones, bien sea a cargo directo de la Empresa o de esta y del Instituto de Seguros Sociales, con excepción de la parte que eventualmente se llegara a compartir (f.º 128 a 130).

De otra parte, se encuentra que Colpensiones en acto administrativo n.º GNR 380134 del 14 de diciembre de 2016, resolvió reconocer el pago de una pensión de vejez al demandante en trece mesadas al año efectiva a partir del 1.º de septiembre de 2013, en cuantía inicial de \$9.738.334; así mismo, dispuso que el retroactivo por valor de \$454.358.269, se pagaría a favor de Chevron Petroleum Company, en virtud de la aplicación de la figura de compartibilidad pensional (f.º 129 a 124).

Además, se verifica que mediante comunicación del 10 de enero de 2017, la convocada, le puso de presente al actor que en virtud de lo resuelto por Colpensiones el monto de la pensión que se le cancelaría a partir de enero de 2017 sería la suma de \$691.191, correspondiente a la diferencia entre el valor que venía siendo cancelado por esa Entidad de \$12.310.228.00 y el reconocido por Colpensiones de \$11.619.037; así mismo, indicó que como el valor de mesada que queda a cargo de la Compañía es inferior a tres salarios mínimos legales, se reconocería la mesada 14, en igual monto que la pagada por la empresa, es decir, en el valor de \$691.191, con los reajustes de ley (f.º 125).

De lo hasta aquí expuesto, se colige que al reconocerse la

pensión voluntaria por parte de la encartada en el 2001, el convocante se encontraba gozando de catorce mesadas al año y fue a partir del momento en que se dispuso el pago de la pensión legal de vejez por parte de Colpensiones que Chevron Petroleum Company dejó de reconocer de manera completa la mesada de junio, tal como se extrae además de los reportes de nómina (f.º 110 a 112) y la misiva del 10 de enero de 2017 (f.º 125).

En relación con el pago de la mesada catorce, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, consagra la mesada adicional, prescribiendo que **«Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, (...), tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994».**

Por su parte, el Acto Legislativo n.º01 de 2005 por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, señala en su inciso 4.º que *«En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos»*, a su vez en el inciso 8º se indica que *«Las personas cuyo derecho a la pensión se cause **a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo** no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que **la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento**»; e igualmente, prescribe en el párrafo transitorio 6, que *«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».**

En ese orden de ideas, se encuentra que la Corporación de Cierre de esta especialidad ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la mesada adicional de junio, ligada a pensiones a cargo de los empleadores que se causaron con anterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo n.º01 de 2005, para precisar que es un derecho adquirido. Fue así como en sentencia CSJ SL17444-

2014, expuso:

“como la prestación, en el sub lite se reconoció mucho antes de la citada modificación constitucional es patente que se debe respetar ese derecho, incluso porque en el inc. 9° del Art. 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos. Ello, en el entendido que el derecho se causó con anterioridad al 25 de junio de 2005, fecha en que entró en vigencia el mencionado Acto Legislativo, circunstancia que corrobora la documental aportada al plenario.

Razón por la cual, no se puede afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, máxime cuando como quedó dilucidado, la entidad accionada le venía reconociendo el pago de la mesada catorce hasta antes de que el I.S.S. les reconociera la pensión de vejez, luego la misma forma parte del «mayor valor» al cual por ley está obligado a asumir por efecto de la compartibilidad pensional” (Reiterada en las sentencias CSJ SL2962-2018, CSJ SL2964-2018, CSJ SL2486-2018 y CSJ SL7917-2015).

Así las cosas, debido a que la pensión voluntaria reconocida actualmente por Chevron Petroleum Company al demandante, fue causada antes de la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 y Colpensiones reconoció la prestación por vejez en vigencia del mismo y con posterioridad al 31 de julio de 2011, dicho ente de seguridad social no asumió la mesada adicional de junio, por lo que se tiene que en virtud de la compartibilidad pensional, la pasiva es la obligada a responder por ella, por tratarse de un derecho adquirido por el demandante

Es importante resaltar, que con lo aquí concluido y lo expuesto por el *a quo*, no se confunden las figuras de la compatibilidad y la compartibilidad pensional, como lo sugiere el recurrente, pues aunque resulta absolutamente claro que en este evento nos encontramos bajo el último supuesto, lo cierto es que ni esa figura, ni la causación de la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, hacen nugatorios los derechos pensionales que habían ingresado de manera efectiva al patrimonio del pensionado, justamente porque la mesada adicional de junio no se subrogó ni total ni parcialmente por la entidad de seguridad social, de modo que su pago sigue estando a cargo del empleador, quién se obligó a asumirla como consecuencia del acuerdo conciliatorio celebrado en el 2001.

Aunado a ello, es menester señalar que resulta desatinado el razonamiento del apelante relativo a que como la mesada catorce es

subsidiaria o complementaria al reconocimiento pensional, el monto a cargo del empleador debe ser igual al mayor valor pagado por concepto de las mesadas ordinarias, pues lo cierto es que la cuantía total de la pensión voluntaria, que fue fijada por las partes, así como el número de mesadas que se hicieron pagaderas dada la fecha de su causación, se mantienen invariables ante el pago de la pensión legal, en la medida en que las diferencias o el mayor valor incluye todo lo que no fue asumido por Colpensiones, es decir, hasta la mesada catorce en su cuantía total.

Por último, en lo que concierne al tope del rubro reclamado, es menester recordar en primera medida que su valor corresponde al pago de treinta (30) días de la pensión, de ahí que al haber sido reconocida la pensión voluntaria en el año 2001 en cuantía de \$5.720.000, dicho monto equivaldría al límite previsto por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.

De modo que, concuerda también la Sala con la condena impuesta por el *a quo*, máxime cuando de acuerdo con lo indicado por la encartada en misiva del 10 de enero de 2017, el valor reajustado de la mesada pensional para ese año ascendía a la suma de \$12.310.228 (f.º 125), y esta fue la establecida en la sentencia de primer grado.

Corolario de lo expuesto, se confirmará la decisión apelada. Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de julio de 2019 por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme a lo explicado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, ante su no causación.

Notifíquese y cúmplase.



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEER

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001-31-05-0024-2016-00590-02
DEMANDANTE: CRISTIAN DANIEL LÓPEZ PINEDA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

En Bogotá D.C., el treinta (30) de junio dos mil veinte (2020), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 12 de julio de 2019 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

Pretende la demandante que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la entidad demandada desde el 30 de octubre de 2012 hasta el 31 de octubre de 2014, que terminó por causas imputables al empleador; en consecuencia, se condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, junto con la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización por despido injustificado, el reintegro de lo pagado por concepto de aportes en salud y pensión y la indexación de los derechos reclamados (f.º 5 a 6).

Como fundamento de las anteriores peticiones, adujo que se vinculó a la encartada el 30 de octubre de 2012, mediante sucesivos

contratos de prestación de servicios. Mencionó, que la entidad era la encargada de impartir órdenes en cuanto al tiempo, modo y lugar de la labor a desempeñar, las cuales eran impartidas por su jefe inmediato Juan Carlos Urresta, Profesional Especializado Grado 23 y Holman Ricardo Rojas Tuta, Profesional Especializado Grado 21, ambos, de la Subdirección Jurídica Pensional. Sostuvo, que el servicio fue prestado de manera personal, cumpliendo un horario de trabajo de lunes a viernes de 08:00 a.m. a 05:00 p.m., así como con las metas establecidas, en iguales condiciones de los trabajadores de planta. Dijo, que se desempeñó en el área de jurídica de la entidad, la cual es vital para el cumplimiento del objeto social de esta. Agregó, que le fue asignado un correo institucional y usuarios de aplicación de uso exclusivo de los trabajadores de la encartada, que no podían ser utilizados por fuera de sus instalaciones. Manifestó, que el contrato quedó finalizado de manera unilateral por la pasiva, argumentando su fecha de expiración y sin previo aviso de la terminación (f.º 3 a 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por auto del 27 de febrero de 2017, se ordenó su notificación y traslado a la demandada (f.º 30), quien dio contestación con oposición a las pretensiones con fundamento en que las mismas carecen de fundamento jurídico, fáctico y probatorio, ya que no es posible concluir que esa entidad haya conculcado el ordenamiento jurídico en la ejecución de los contratos de prestación de servicios celebrados con el demandante, como quiera que la actuación se realizó de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución Política y el Estatuto de Contratación Estatal. A su vez, formuló en su defensa las excepciones de mérito que denominó *“existencia de contrato de prestación de servicios sin acreditación de elementos exógenos que desvirtúen su celebración y ejecución. Inexistencia de relación laboral”*; *“Inexistencia del derecho y de la obligación de pago diferentes de los pactados en los contratos de prestación de servicios: Cobro de lo no debido”*; *“Ausencia del vínculo laboral”*; *“Inexistencia de personal de planta que pueda desarrollar la labor objeto de los contratos de prestación de servicios”*; *“Contratación enmarcada dentro de los parámetros y bajo las condiciones contenidas en la Ley 80 de 1993. Necesidad sobreviniente y extraordinaria producto del recibo del archivo documental de las entidades liquidadas, FONCOLPUERTOS Y*

CAJANAL, cuya actividad de estudio de solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas de expedientes no podía llevarse a cabo con el personal de planta”; “Temporalidad de la actividad desarrollada sin vocación de permanencia”; “Clausula contractual de exclusión de relación laboral contenida en los contratos de prestación de servicios suscritos”; “Buena fe”; “prescripción”; y, “Compensación e inexistencia de las obligaciones” (f.º 35 a 48).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de julio de 2019, absolvió a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP de todas las pretensiones formuladas en su contra por el demandante y declaró probada la excepción de cobro de lo no debido (f.º 605).

Para arribar a las anteriores conclusiones, señaló que aunque en el presente caso se había logrado demostrar la prestación personal de los servicios del actor a favor de la encartada, en atención a que en la normatividad aplicable al caso se establece que por regla general las personas que laboran en las unidades administrativas, cuya naturaleza jurídica ostenta la UGPP, son empleados públicos atados por una relación legal reglamentaria, y por vía de excepción, trabajadores oficiales unidos por contrato de trabajo aquellos que laboren en actividades de construcción o sostenimiento de obras públicas, no eran posible acceder a los pedimentos del actor, como quiera que en el trámite se demostró que se desempeñó como abogado sustanciador y como revisor, y esas funciones no se enmarca dentro de las propias de un trabajador oficial.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación indicando que en el caso bajo estudio se verifica la existencia de un verdadero contrato de trabajo, debido a que los contratos de prestación de servicios no se cumplieron a cabalidad, porque el actor debía permanecer en la entidad, cumpliendo un horario de trabajo estricto de 8 a.m. a 5 o 7 p.m., así como las metas establecidas por sus jefes directos, quien

también eran los superiores del personal de planta. Arguyó, que el gestor no tenía autonomía, y en los interregnos que se verificaban entre uno y otro contrato debía prestar sus servicios a título gratuito; además, recibía una contraprestación que era cancelada siempre y cuando cumpliera las metas establecidas en los expedientes que le asignaban. Finalmente, expuso que se debe tener en cuenta que de acuerdo con el criterio sentado por las Altas Cortes, esos contratos de prestación de servicios prácticamente se realizan para desnaturalizar la contratación estatal, sin que tenga nada que ver el hecho de que el convocante sea profesional, pues en diversas decisiones se ha accedido a las pretensiones de personas que han cumplido similares funciones.

V. CONSIDERACIONES

Al realizarse los trámites de segunda instancia, y sin causales de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver el recurso de apelación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde se tendrá como problema jurídico, el determinar la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre la demandante y la entidad demandada, así como la competencia de esta jurisdicción para dirimir el asunto bajo examen.

Se encuentra probado en el plenario y fuera de debate la prestación personal de los servicios del demandante a favor de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, la cual se dio en virtud de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, que se ejecutaron con algunas interrupciones desde el 2 de noviembre de 2012 (f.º 109 a 112 y 116) hasta el 31 de octubre de 2014, y, cuyos objetos consistieron en, prestar servicios profesionales de abogado apoyando a la demandada en la entrega y recepción de todos los asuntos relacionados con la defensa judicial y extrajudicial que CAJANAL EICE en Liquidación ,transferiría en los diferentes frentes establecidos; así como en la realización de los estudios necesarios que requiriera la Entidad para adelantar las acciones jurídicas a las que hubiera lugar, en los casos en los que se determinara la existencia de una presunta irregularidad en un

derecho de carácter pensional que se encuentre a cargo de ella (f.º 109 a 111, 167 a 170, 351 a 354 y 458 a 460).

Así mismo, se constata que dentro de las actividades a cargo del actor se encontraban, entre otras, participar en el traslado operativo de procesos judiciales penales, administrativos laborales, acciones de lesividad y acciones de tutela, el estudio y análisis de tipologías de procesos y argumentos judiciales utilizados en la Defensa Judicial, acciones de lesividad y en materia de conciliaciones judiciales y extra-judiciales, etc.

Para la solución del asunto bajo examen, debe tenerse en cuenta que debido a que la activa entabló demanda ordinaria solicitando que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, a la luz de lo normado en el artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en principio, sería competente esta especialidad para decidir de fondo el presente asunto.

No obstante lo anterior, no se puede perder de vista que al ser la entidad llamada a juicio una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal como lo prevé el artículo 1.º del Decreto n.º 575 de 2013, los servidores de esta, según lo establecido en el Decreto n.º 1848 de 1969, por el cual se reglamentó el Decreto n.º 3135 de 1968, en sus artículos 2.º y 3.º, son por regla general, empleados públicos, salvo los que prestan sus servicios en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras, último evento que no resulta aplicable al caso de la demandante, en atención a que la función que desempeñaba en la demandada consistía en la prestación de servicios profesionales de abogado.

Así las cosas, lo anterior permite determinar, que en efecto, no podría esta Jurisdicción entrar al análisis del asunto en cuestión, por no tratarse las pretensiones de ninguno de los eventos que la Ley 712 de 2001 en su artículo 2.º establece, puesto que las acreencias laborales pretendidas por el actor, en virtud de la Ley, no podrían haberse originado directa o indirectamente en el contrato de trabajo, como de manera errónea parece entenderlo el apelante.

Pues, se advierte que ante la prosperidad de los pedimentos de la demanda, indudablemente estaríamos frente a un empleado público, cuya relación con la administración debía ser legal y reglamentaria, y no contractual, como en el caso de los trabajadores oficiales, tal como lo dispone el numeral 3.º del artículo 1.º del Decreto n.º 1848 de 1969, asunto que indudablemente sería de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a la luz de lo normado en el numeral 4.º del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y no de la justicia ordinaria laboral, por lo explicado.

De este modo, se estima que no queda otro camino que confirmar la absolución dispuesta por la primera instancia, sin embargo, aclara el suscrito Magistrado que lo resuelto atiende a lo decidido por esta Sala de Decisión, con ponencia de la Magistrada María Isabel Arango Secker, en auto del 1.º de noviembre de 2017, en el que se confirmó el proveído del 13 de septiembre del mismo año, que declaró no probada la excepción previa de Falta de Jurisdicción formulada en la respuesta de la demanda, por tratarse de una decisión ejecutoriada, pero no recoge el criterio sentado en decisiones anteriores, en las que se consideró que en asuntos como el que ocupa ahora la atención de esta Sala de decisión, lo pertinente era declarar que esta jurisdicción carece de competencia para dirimir esta controversia y ordenar el envío de las diligencias a los Jueces Administrativos del Circuito de Bogotá –Reparto.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de julio de 2019 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

Notifíquese y cúmplase,



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

ACLARACIÓN VOTO

Rad. 110013105 024 2016 00590 01

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Cristian Daniel López
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional UGPP
Radicado: 110013105 024 2016 00590 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto en el sentido de indicar que, aun cuando comparto la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia, no estoy de acuerdo con el argumento, según el cual, este caso debió remitirse a los Juzgados Administrativos por falta de jurisdicción y competencia.

En efecto, el numeral 1° del artículo 2° del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, establece dentro de la competencia general de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y seguridad social, aquellos "conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo". Por tanto, al pretender el demandante tanto en la demanda como en la apelación la declaratoria de un contrato de trabajo, no queda duda que esta Corporación resulta competente para definir de fondo la presente Litis.

En ese horizonte, se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en SL5525-2016, al puntualizar que:

Estas reflexiones, para la Sala, no ameritan ninguna observación jurídica, pues cuando un demandante le pide a la justicia laboral que declare la existencia de un contrato de trabajo, ello provoca un genuino conflicto originado «directa o indirectamente en el contrato de trabajo» (num. 1°, art. 2° C.P.T. y S.S.). De modo que, un asunto presentado en estos términos, es una materia que, a no dudarlo, le pertenece a la jurisdicción ordinaria laboral.

En sentencia CSJ SL10610-2014, reiterada en CSJ SL17470-2014, la Corte señaló que en eventos como el que acá se estudia, «la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral viene dada desde que el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública», de manera que es el demandante quien provoca o activa la competencia de esta jurisdicción al asegurar que su relación está regida por un contrato de trabajo.

Es necesario aclarar, que esta competencia que adquiere el juez laboral en virtud de la naturaleza del conflicto, no lo obliga a decretar indefectiblemente la existencia de un contrato de trabajo, como al parecer lo entiende el recurrente. Perfectamente el juzgador puede, al final del proceso, determinar que en realidad


Rad. 110013105 024 2016 00590 01

2

no se configuró un contrato de trabajo y, consecuentemente, desestimar las pretensiones de la demanda.

Al amparo de lo expuesto, y al no demostrarse en el plenario que el demandante prestó sus servicios como trabajador oficial, la decisión correcta es absolver a la demandada de las pretensiones del demandante, tal como lo efectuó la jueza de conocimiento.

En estos términos dejó sentado la aclaración de voto


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ ALDEMAR ARANGO VÉLEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

EXP. 11001 31 05 025 2016 00740 02

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de septiembre de 2019.

Téngase a la Doctora María Marcela Pérez Montero, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y al Doctor Néstor Ávila Robles como apoderado sustituto de la parte demandante, en los términos y para los efectos de los memoriales aportados.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de su hermano Duvan Arango Vélez (f. 48 a 49).

Sustentó sus pretensiones, en que mediante Resolución n.º 196533 del 30 de julio de 2013, Colpensiones le reconoció pensión de sobrevivientes a José Aldemar Arango, padre del causante Duván Arango Vélez, fallecido el 2 de mayo de 2005 en la ciudad de Pereira. Mencionó que, debido a su desconocimiento de la ley, no solicitó conjuntamente la prestación pensional a la que tenía derecho por ser invidente y contar con una pérdida de capacidad laboral del 75%. Sostuvo, que su padre falleció el 16 de enero de 2015, y que solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada mediante la Resolución n.º GNR 407947 del 15 de diciembre de 2015, contra la que interpuso los recursos. Adujo, que la dependencia económica respecto de su hermano, fue de casi toda la vida ya que desde los 5 años perdió la visión, lo que le impedía emplearse. Señaló, que en fallo de tutela dictado por el Juzgado Único de Dosquebradas (Risaralda) se dispuso como mecanismo transitorio tutelar los derechos a la seguridad social, vida digna y mínimo vital y se ordenó conceder la pensión, decisión que fue cumplida por Colpensiones al emitir la Resolución n.º GNR 228031 (f.º 44 a 48).

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 25 de julio de 2017, se ordenó su notificación y traslado a la demandada, quien dio contestación oponiéndose a todas y cada

una de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó “*Prescripción*”, “*Cobro de lo no debido*”, “*Buena fe*” e “*Inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir*” (f.º 77 a 80).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de septiembre de 2019, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra por José Aldemar Arango Vélez.

Para arribar a tales conclusiones, señaló que debido a que la prestación de sobrevivientes reclamada fue inicialmente reconocida al padre del causante, tal derecho se extinguió y expiró con el fallecimiento de ese beneficiario, por no lo que es posible que pase al siguiente orden, en este caso, al hermano inválido, tal como lo dispone el Artículo 8º del Decreto 1889 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante la apeló con fundamento en que para resolver se debe tener en cuenta los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-111-06 y C-066-2016, en cuanto al concepto de dependencia económica y a que el legislador ha establecido un orden de prelación entre los beneficiarios, bajo el cual, aunque no todos los beneficiarios cuenta con el mismo derecho, se establecen condiciones de acceso con la finalidad de proteger el verdadero núcleo familiar.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en este caso, se verificó la extinción del derecho pensional reclamado, y en caso negativo, se determinará si el demandante acreditó o no las condiciones necesarias para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del afiliado.

Está al margen de la discusión, que Duván Arango Vélez estuvo afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y que con ocasión de su deceso ocurrido el 3 de mayo de 2003 (f.º 16), la entidad encartada mediante Resolución n.º 196533 del 30 de julio de 2013, dispuso el reconocimiento y pago del 100% de la pensión de sobrevivientes a partir del 18 de mayo de 2008, a favor de su padre José Aldemar Arango Rodríguez, con aplicación de lo dispuesto en la versión original del Artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por ser esta norma más favorable a la modificación dispuesta en la Ley 797 de 2003 (f.º 109 Cd. Exp. Advo).

Así mismo, se advierte que el beneficiario de la prestación falleció el 16 de enero de 2015 (f.º 16), y que el demandante reclamó a su favor el pago de la prestación pensional, la cual, luego de ser negada mediante los actos administrativos n.º GNR 407947 del 15 de diciembre de 2015 (f.º 17 a 19) y n.º VPB 17224 del 14 de abril de 2016 (f.º 20 a 22), fue reconocida por la pasiva en la Resolución n.º GNR 228031 del 3 de agosto de 2016, con ocasión del amparo transitorio dispuesto en fallo de tutela dictado el 19 de julio de 2016 por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas – Risaralda (f.º 23 a 26).

De este modo, al estar fuera de debate que el afiliado dejó causada la prestación de sobrevivientes, es preciso indicar que no es factible acoger los argumentos esgrimidos por el recurrente, pues así como lo hizo el *a quo*, encuentra esta Colegiatura que de la lectura del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, se extrae sin lugar a equívocos, que los órdenes de prevalencia fijados por el legislador para su reconocimiento a quienes pretenden ser beneficiarios son excluyentes.

Es así como el cónyuge o la compañera o compañero permanente sobreviviente y los hijos excluyen a los padres, y éstos a los hermanos inválidos que demuestren depender económicamente del fallecido, pues ello se deriva de la expresión que consagraba en el literal c del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que “*A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste*”.

Aunado a ello, se tiene que tales órdenes y exclusiones conforme lo previsto en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 8.º del Decreto 1889 de 1994, implican, que cuando se trata de beneficiarios que pertenecen al mismo orden, evento que únicamente sería predicable en el caso del cónyuge o la compañera o compañero permanente sobreviviente y los hijos, y expira o se pierde el derecho de alguno de ellos, la parte de su pensión acrece la porción de los otros beneficiarios; Pero cuando se extingue el derecho del cónyuge o la compañera o compañero permanente sobreviviente y los hijos, ello conlleva la expiración de la pensión “*sin que pase a los siguientes órdenes*”, lo cual también se aplica según dicha preceptiva, en el evento en el que la prestación ha sido reconocida a los padres del asegurado.

El último supuesto que se cumple en el asunto bajo examen, es debido a la existencia del padre del causante, a quien le fue reconocida la pensión de sobrevivientes ante la ausencia de beneficiarios del primer orden con mejor derecho y por demostrar el cumplimiento de las exigencias previstas por la ley para ser beneficiario, lo que extinguió cualquier posibilidad para José Aldemar Arango Vélez, de recibir a su favor el pago de la prestación, pues como se vio, los hermanos inválidos solamente pueden acceder a la misma cuando no hay cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o padres con derecho, sin que se abra tal posibilidad, ante la muerte de estos últimos luego de que se ha dado el reconocimiento a su favor, en la medida en que ello conlleva per se la extinción de la pensión.

Así las cosas, resulta errada la apreciación del apoderado del demandante que respalda en las sentencias C-111-06 y C-066-2016, en torno a que el orden de prelación solo implica que no todos los beneficiarios tienen el mismo derecho, pues en todo caso y sin que se excluyan, pueden acceder a su pago debido a que la finalidad de la pensión es proteger las condiciones de acceso del verdadero núcleo familiar, pues en primera medida se advierte que fue el legislador el que fijó la exclusión y la extinción del derecho en los términos expresados, y además que en ninguna de las dos providencias traídas a colación, el Tribunal Constitucional quiso en modo alguno arribar a esa consideración.

Aunado a lo anterior, se patentiza que el aparte citado por el profesional del derecho resulta totalmente descontextualizado, se encuentra que en el primero de los fallos se estaba analizando la exequibilidad de la disposición que prevé los requisitos de acceso al derecho para los padres del causante, supuesto que difiere del asunto aquí estudiado, y en cualquier caso, se tiene que cuando la Corte refiere que el orden y las exigencias señaladas por la ley para que se

cause el derecho, restringe su reconocimiento “(...) a los miembros del grupo familiar que, por lo general, en atención a la convivencia, cercanía o dependencia económica con el causante, requieren efectivamente de una prestación económica para asegurar su digna subsistencia”, no quiso significar con ello, que existiera una concurrencia de todos los beneficiarios, sin importar la prevalencia determinada por las normas que regulan la materia, ya que únicamente estaba haciendo una referencia general del propósito que se persigue al fijar un orden y unos requisitos para dar lugar a la prestación.

Ahora bien, en lo que respecta a la segunda providencia, lo que estudiaba era la constitucionalidad de las expresiones contenidas en el literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en lo referente a las exigencias previstas para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en tratándose de los hijos inválidos del afiliado o pensionado.

En consecuencia, al verificarse la exclusión y extinción del derecho pensional con ocasión del reconocimiento a favor del padre del causante y su posterior fallecimiento, no queda otro camino que confirmar la absolución dispuesta por el Juez de primer grado.

Costas. Sin costas en esta instancia.

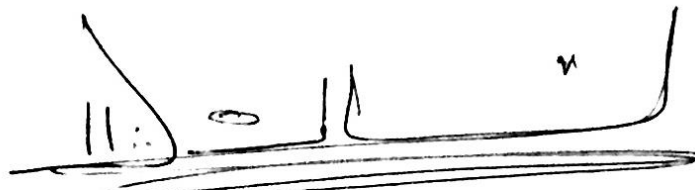
En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 19 de septiembre de 2019, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LEONILA SÁNCHEZ REYES** contra **GIMNASIO MIS CHICCOS S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 025 2017 00231 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada el 29 de julio de 2019 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la existencia de dos contratos de trabajo a término indefinido con la demandada, el primero del 4 de junio de 2003 al 3 de diciembre de 2014 en el

cargo de vigilante y el segundo del 1.º de febrero de 2005 al 3 de diciembre de 2014, en el cargo de oficios varios, los cuales se dieron por terminados sin justa causa y sin tener en cuenta que gozaba de estabilidad laboral reforzada, así como también, la nulidad del acuerdo transaccional celebrado con la encartada.

En consecuencia, se condene al pago de las diferencias causadas entre lo liquidado y lo realmente devengado respecto de las primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, los aportes a seguridad social con base en el salario mínimo, más los \$120.000 devengados en la jornada adicional, las dotaciones no entregadas, la indemnización por despido injusto, las incapacidades que le fueron prescritas, los días de salario dejados de cancelar del 1.º al 3 de diciembre de 2014, la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la sanción por no consignación de las cesantías establecida en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indexación de los valores reclamados. De manera subsidiaria, reclamó el pago de la pensión sanción (f.º 274 a 290).

Como fundamento de las anteriores peticiones, adujo que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 74 años. Dijo, que ingresó a laborar para la encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de junio de 2004 hasta el 3 de diciembre de 2014, en el cargo de vigilante, en el que cumplía un horario de 6:00 p.m. a 6:00 a.m. de domingo a domingo, recibiendo como asignación mensual la suma de \$100.000, siendo el último salario el valor de \$120.000. Indicó, que pernoctaba en las instalaciones de la encartada, a fin de cumplir con sus funciones y que recibía órdenes directas de Martha Liliana Gómez y Yolanda Villalba de Gómez. Mencionó, que también se desempeñó en el

cargo de oficios varios, en el horario de 7:00 am. a 05:00 p.m., de lunes a viernes, y que por esa razón, no recibía un salario completo por las labores desarrolladas como vigilante. Sostuvo, que suscribió diversos contratos de trabajo a término fijo que se pactaron desde 2005 hasta el 2014, en períodos comprendidos de febrero a noviembre de cada año, pero que a pesar de ello, después de la terminación de cada vínculo continuaba laborando en el Colegio. Aludió, que por la labor de oficios diarios le pagaban un smlmv. Aseguró que prestó sus servicios hasta el 3 de diciembre de 2014, que la relación de trabajo terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte de la pasiva y que gozaba de estabilidad laboral reforzada para ese momento, por encontrarse en medio de una incapacidad médica que era conocida por el Colegio demandado. Aseveró, que la carta de terminación fue entregada en noviembre a su hijo y que la representante legal de la llamada a juicio, le ofreció en acuerdo transaccional el valor de \$1.327.880, el cual fue aceptado debido a su estado de necesidad. Refirió, que se encuentra diagnosticada con Glaucoma del ojo izquierdo, quistes ováricos y hernia inguinal, y que a raíz de la última patología le fueron prescritas una serie de incapacidades que no le fueron canceladas, porque la encartada no se encontraba al día en el pago de aportes en salud. Finalmente dijo, que la pasiva no tuvo en cuenta para el pago de las prestaciones debidas, el tiempo laborado en los meses de diciembre y enero, así como tampoco la suma reconocida por su labor de vigilancia (f.º 274 a 290).

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda fue admitida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por auto del 11 de septiembre de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 242), quien dio contestación con oposición a todas

las pretensiones y en su defensa formuló como excepciones previas de “cosa juzgada”, “prescripción” y “caducidad”, y de mérito, las que denominó “enriquecimiento sin justa causa de la accionante”, “inexistencia de la obligación”, “inexistencia de amenaza o violación de derechos fundamentales”, “empleador no puede sustituir al Estado”, “personal vinculado a una institución educativa de menores debe ser competente para cumplir con sus funciones por prevalencia de los derechos de los menores”, “falta de legitimación en la causa por pasiva” y “carga de la prueba” (f.º 344 a 359).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 29 de julio de 2019, resolvió declarar que entre las partes existieron dos contratos de trabajo a término fijo inferior a un año, el primero desde el 1.º de febrero de 2013 al 30 de noviembre de 2013 y el segundo desde el 1.º de febrero de 2014 al 30 de noviembre 2014, los cuales terminaron por el vencimiento del término pactado y durante los cuales se devengó el salario mínimo legal mensual vigente con el respectivo auxilio de transporte, desempeñando el cargo de oficios varios, a su vez, absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas por la demandante.

En lo que interesa a la instancia, se encuentra que el *a quo*, estimó que no existía certeza de que la demandante hubiera prestado sus servicios para la sociedad encartada en el período que abarcó de 2003 a 2005, porque el documento datado del 18 de agosto de 2005, no daba certeza de la institución para la que laboró, además carecía de membrete y para esa fecha no se encontraba creada la pasiva.

Sobre el año 2006, dijo que no había documental que soportara la labor desempeñada; en cuanto al 2007 aludió que el documento con membrete de Gimnasio Mis Chicos no estaba suscrito por nadie, y por su parte, respecto a los años 2008 a 2010, señaló que se observaba instrumental del Jardín Infantil Chicos reconociendo una relación laboral, la cual difiere de la demandada, circunstancias igualmente predicables de las anualidades 2011 y 2012, debido a que el NIT indicado en las documentales de folios 16, 19 y 26 a 35 no concuerda con el de la llamada a juicio.

Sobre las vigencias 2013 y 2014, dijo que la prestación del servicio a favor de la pasiva se probaba con los contratos de trabajo arrimados, que daban cuenta de que tales nexos se habían extendido por 10 meses, existiendo una interrupción entre una y otra de 60 días.

De otra parte, sobre el extremo final del último vínculo, consideró que aunque obraba carta que en la que se indicó que el mismo no sería prorrogado y que terminaría el 30 de noviembre de 2014, debido a que la demandada reconoció salarios hasta el 17 de diciembre, fecha que corresponde al último día de la incapacidad prescrita a la trabajadora, tal calenda se tendría como la de finalización del contrato.

En punto de la estabilidad laboral reforzada señaló, que debido a que el finiquito laboral se dio con ocasión del vencimiento del término pactado entre las partes y la demandante no logró demostrar que tuviera una pérdida de capacidad laboral mínimo del 15%, como se ha establecido en reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema justicia, no procedía tal pedimento.

Igualmente concluyó que la indemnización moratoria era improcedente porque la demandada canceló en su momento los rubros correspondientes a salarios y prestaciones, y que también lo era la indemnización por despido porque se probó que el contrato feneció por el vencimiento del plazo fijo pactado.

Sobre la nulidad del acuerdo transaccional, refirió que nada se dijo sobre el particular en los hechos de la demanda y que se observa que el mismo tuvo lugar debido a que la trabajadora solicitó que le fueran devueltos los aportes descontados por el empleador, pues al haber reclamado la indemnización sustitutiva ante Colpensiones esos dineros no debían ser consignados en el fondo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **demandante** interpuso recurso de apelación, indicando que en lo que toca a los pedimentos relacionados con el cargo de vigilante, se verifican en el plenario certificaciones que dan cuenta de que Leonila recibía un salario como contraprestación de dicha labor, así como también, se cuenta con la testimonial de la señora Gloria Melo, quien señaló que la vio de domingo a domingo entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. y el interrogatorio de parte de la representante legal de la encartada quien admitió que laboraba como vigilante.

En cuanto al cargo de oficios varios, sostuvo que dicha labor está probada con los contratos de trabajo arrimados, y que su vez, con la declaración de la testigo y el interrogatorio de parte se pudo establecer que Leonila continuaba trabajado después del mes de noviembre y hasta enero, de forma continua, de ahí que sean procedentes las pretensiones relacionadas con el pago de las

diferencias reclamadas en el numeral 4.º de la demanda, teniendo en cuenta además que no solo percibía el salario mínimo, sino que también le pagaban una suma adicional por la labor de vigilancia.

De otro lado mencionó que no es cierto que se hayan entregado las dotaciones a la trabajadora, pues aunque se elaboraron unos uniformes, no existe constancia de que aquella los hubiera recibido y que debe accederse a todas las pretensiones, incluyendo las indemnizaciones reclamadas.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente caso se encuentran acreditados los elementos del contrato de trabajo, en cuyo caso, se verificará el extremo inicial del vínculo que ató a las partes, si existió unidad contractual y la procedencia de las dotaciones pretendidas.

La recurrente alega que en este asunto se encuentra probado que la demandante laboró al servicio de la demandada desempeñando las funciones de vigilancia y de oficios varios, en los extremos temporales señalados en el escrito genitor, sin que hubiera mediado interrupción alguna.

Para determinar si entre las partes existió un vínculo de naturaleza laboral, debe verificarse la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador,

que lo faculta para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos y el salario como retribución del servicio.

Lo anterior, sin perder de vista que el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, estableció una presunción legal y por tanto desvirtuable, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole entonces a quien alega la existencia de éste la acreditación de la prestación del servicio personal y a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza distinta.

De tal manera, es preciso indicar que aunque al plenario se arrimaron certificaciones laborales (f.º 8, 10, 18, 19, 25, 35), liquidaciones de contrato de trabajo (f.º 9, 15, 16, 17, 26 y 416), comunicaciones de terminación del contrato por vencimiento del plazo fijo pactado (f.º 11, 12, 14), afiliaciones al sistema de seguridad social en riesgos laborales (f.º 20) y comprobantes de egreso en los que se reconoce el pago de celaduría a Leonila Sánchez (f.º 29, 31 y 33), y de tales probanzas se desprende en principio que aquella cumplió las labores de oficios varios y en algunos interregnos de celaduría entre el año 2003 y el 30 de noviembre de 2012; lo cierto es que ni tales constancias, ni las declaraciones que fueron rendidas en el trámite, tienen la vocación de probar que en efecto prestó sus servicios personales a favor de la sociedad convocada a juicio en dicho período.

Y ello así se estima, en la medida que el certificado de existencia y representación legal de Gimnasio Mis Chiccos S.A.S.

identificada con Nit. 900585742-1, permite establecer que dicha persona jurídica se constituyó mediante documento privado del 1.º de noviembre de 2012, inscrito el 26 de diciembre del mismo año, bajo el número 01693294 del Libro IX (f.º 341 a 342), lo que de contera implica que no era factible que la gestora laborara para la demandada en el período comprendido del 4 de junio de 2003 al 26 de diciembre de 2012, pues en ese momento, la segunda aún no era sujeto de derechos y obligaciones.

Consideración que se acompasa con lo normado en los artículos 98 y 116 del Código de Comercio, que en su orden contemplan que *«La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados»* y que *«Las sociedades no podrán iniciar actividades en desarrollo de la empresa social sin que se haga el registro mercantil de la escritura de constitución (...)»*.

Con lo dicho hasta ahora, no quiere esta Sala de Decisión significar que las certificaciones laborales y demás pruebas arrimadas carezcan de validez o que lo allí anotado no sea veraz, porque justamente ese análisis no podría ser dilucidado en estas diligencias, ya que su contenido denota que para el momento en que fueron emitidas, quien funge ahora como representante legal de la encartada, actuó en su condición de persona natural, por lo que cualquier responsabilidad que se pueda predicar de su contenido eventualmente recaería sobre aquella, pero no respecto de la sociedad Gimnasio Mis Chiccos S.A.S., toda vez que en ese momento ni la señora Martha Liliana Gómez Villalba, ni ningún representante suyo tenía la capacidad de obligar en modo alguno a la persona jurídica accionada, pues se repite, la misma ni siquiera había nacido a la vida jurídica.

Por lo que se aclara, que tampoco habría lugar a dar aplicación a la figura de la sustitución de empleadores contemplada en los artículos 67 y siguientes del estatuto sustantivo laboral, como quiera que dicha circunstancia no fue controvertida ni alegada en el trámite, y adicional a ello, se advierte que entre la vinculación que aparentemente se ejecutó con la persona natural Martha Liliana Gómez Villalba hasta el 2012, y la que se verificó con la sociedad demandada desde el año 2013, cuya existencia no se controvierte, hubo solución de continuidad.

Pues contrario a lo indicado en la alzada, no obra en el plenario evidencia de que Leonila Sánchez haya prestado sus servicios de manera ininterrumpida en esas anualidades, máxime cuando en el cuaderno reposa la liquidación de prestaciones sociales, junto con la constancia de pago de celaduría hasta noviembre de 2012 (f.º 33 y 416), la comunicación de preaviso informando la desvinculación laboral a partir de ese día (f.º 405) y el contrato laboral a término fijo suscrito con la sociedad demandada vigente a partir del 1.º de febrero de 2013 (f.º 400 a 401), lo que descarta la unidad contractual debatida.

Y es que el testimonio rendido por Gloria Melo, quien afirmó ser madre de una menor que estudió en la institución educativa desde el 2009 hasta el 2014, no basta para controvertir lo aquí concluido, a pesar de que la misma indicó que la demandante continuaba prestando sus servicios después de que culminaba el período académico, esto es, en noviembre, con ocasión de las vacaciones recreativas ofrecidas por el Jardín, pues sus dichos resultan ser genéricos y poco precisos, en tanto no expresó específicamente si ello

había ocurrido durante todos los años, así como tampoco, por cuánto tiempo se verificaba esa situación.

Por otra parte, se tiene que no se extrae prueba de confesión, sobre el particular, del interrogatorio de parte practicado a la representante legal, pues aquella fue enfática en señalar que la demandante no prestaba sus servicios en los meses de diciembre y enero, y que lo que ocurría era que en esa época se le brindaba la posibilidad al hijo de esta, de colaborar con las reparaciones locativas del Colegio, y que la promotora del proceso a veces le ayudaba, sin embargo, no admitió que aquella fuera contratada para el efecto.

De manera que no se acogerán los razonamientos esgrimidos por la activa sobre este puntal aspecto, al no haberse acreditado la prestación personal de los servicios de la demandante a favor de la sociedad llamada a juicio, en calendas distintas a las determinadas por el Juez de primera instancia.

Sobre el pago del calzado y vestido de labor que se reclaman, advierte la Sala que ante la improcedencia de suministrar las mismas en especie cuando ya ha fenecido el contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que resulta viable es la indemnización de perjuicios derivada de ese incumplimiento patronal y que corresponde al valor monetario de las dotaciones no suministradas, para lo cual debe acreditarse el monto que compense la falta de entrega de esa prestación social, cuya carga probatoria se encuentra en cabeza del trabajador.

Analizado y revisado el material probatorio, se concluye que aunque no existe evidencia de que el empleador haya entregado a la trabajadora las dotaciones que ahora se reclaman, al no haberse demostrado de manera cierta los perjuicios causados con su no suministro, no es posible imponer condena por dicho concepto.

Por último, en lo que refiere a la solicitud relativa a que se acceda a todas las pretensiones, incluyendo las indemnizaciones reclamadas, estima la Sala que es inadmisibile dicho punto de apelación y no se emitirá pronunciamiento alguno, al no haberse dirigido el recurso a controvertir las razones esgrimidas por la instancia para absolver de su pago y tampoco a argumentar el cumplimiento de los propuestos jurídicos y fácticos que darían lugar a su reconocimiento.

En consecuencia, se confirmará la decisión apelada pero por lo aquí considerado.

Costas. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de julio de 2019, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de esta ciudad, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión, por lo motivado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, written in a cursive style.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

A handwritten signature in black ink, featuring large, bold loops and a long horizontal stroke.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUIS HERNANDO LANOS DÍAZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

EXP. 11001 31 05 027 2017 00733 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, en cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL3390-2020 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con el fin de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la nulidad o invalidez del traslado realizado al fondo de pensiones Porvenir S.A. por vicios del consentimiento, y en Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de la afiliación a Colfondos S.A. efectuada el 22 de junio de 1999, mediante la cual se trasladó del Régimen de

Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, y se declare válida y vigente la efectuada al Régimen de Prima Media; en consecuencia, se ordene a Colpensiones recibirlo como afiliado cotizante y se condene a Colfondos S.A. a devolver a todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con los frutos e intereses, esto es, los rendimientos que se hubieren causado (f.º 5 a 6).

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 4 de febrero de 1956. Dijo, que estuvo vinculado al Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones hasta el 1º de agosto de 1999, fecha en la que se trasladó a Colfondos S.A.; que en la asesoría dada por el fondo privado le ofrecieron el beneficio de pensionarse a temprana edad, con un monto superior y le indicaron que el Instituto de los Seguros Sociales iba a ser liquidado y por ello sus aportes se encontrarían en riesgo, así mismo, que no se elaboró una proyección acerca de las diferencias en cada sistema y no se le informó que tenía el año 2004 como período de gracia para trasladarse de régimen, etc. (f.º 4 a 5).

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda en auto del 22 de febrero de 2018 (f.º 97), ordenando su notificación y traslado a las demandadas.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, se opuso a lo pretendido, con fundamento en que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colfondos S.A. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe,

prescripción, e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (f.º 107 a 111).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, dio contestación con oposición a los pedimentos incoados en el libelo genitor, con fundamento en que el contrato de afiliación celebrado entre ese fondo y el demandante es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento, ni se ocultó información al momento de la afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de fondo denominadas validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (f.º 166 a 173).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de mayo de 2019, declaró la ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual y condenó a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados de su cuenta de ahorro individual, última entidad a la que a su vez, le ordenó afiliarse al demandante al Régimen de Prima Media y recibir las cotizaciones provenientes de Colfondos S.A. (f.º 220 a 221).

Para arribar a tales consideraciones, la *a quo* arguyó que Colfondos S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la

correcta y completa asesoría brindada al afiliado cuando solicitó el traslado de régimen, que correspondía a esa entidad y no al demandante de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En tal sentido, agregó que no obraba en el plenario prueba que acreditara que se le hubiera informado al gestor sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos acerca de sus desventajas, toda vez que, el único elemento adosado es el formulario de afiliación, que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento le dio el respectivo asesor.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, inconforme con la decisión de primer grado solicitó se revoque la misma, por cuanto consideró que, *i*). No se demostró la existencia de un error en el contrato que suscribió el demandante con Colfondos S.A.; *ii*). No se puede aducir que la falta de información se desprenda del hecho de que no se le puso de presente al demandante las características de cada uno de los regímenes pensionales, por cuanto ambos son diferentes y brindan las ventajas que les sean más favorables a sus afiliados, aunado a que la Ley prevé dichas particularidades y el promotor del proceso tenía la obligación de conocerlas.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si el traslado del demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual fue válido o si por el contrario, resulta ineficaz o nulo, por vicios del consentimiento, por la falta de información correcta y suficiente al afiliado, en los términos ordenados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL3390-2020, en la que se dejó sin efecto la providencia de 22 de enero de 2020, dictada por esta Corporación.

En tal sentido, se encuentra que el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen deben acogerse los razonamientos relativos a que *“(...) En tal orden, debe precisar esta Sala de Casación Laboral, que en reiterada jurisprudencia ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse. (...)”*.

Así mismo, que *“(...) el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente, pues existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto que «la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de*

leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado». (Subrayas fuera del texto original)”.

Y por último, que “referente a la carga de la prueba, se expuso que «el artículo 1604 del Código Civil establece que "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. ..) Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada -cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento». (Subrayas fuera del texto original)”.

En orden con lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra probado en el plenario que el demandante nació el 4 de febrero de 1956 (f.º 28); que cotizó al extinto Instituto de los Seguros Sociales desde el 26 de marzo de 1990 hasta el 14 de febrero de 1999, un total de 431.43 semanas (f.º 113 a 121); y que el 6 de julio de 1999 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos (f.º 175), y que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del Régimen de Ahorro Individual, no demostró el cumplimiento del deber de información, habría lugar a declarar la nulidad del tránsito de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos innatos al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primer grado.

Costas. Sin costas en ambas instancias.

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

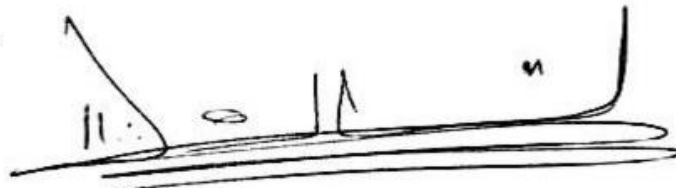
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de mayo de 2019, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



MARLENY RUEDA OLARTE



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sala Quinta de Decisión Laboral

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEER

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **032 2018 00341 01**
DEMANDANTE: CARMEN JEANNETTE ROBLES OVALLE
DEMANDADO: COLPENSIONES – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. – ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D.C., el treinta (30) de junio dos mil veinte (2020), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 3 de julio de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declaré la nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media al de ahorro individual el 21 de diciembre de 1995, por falta de información, así como la afiliación realizada a la administradora de fondos de pensiones Porvenir S.A.; y en consecuencia, se condene a la última a trasladar a Colpensiones los aportes recibidos por concepto de cotizaciones obligatorias y/o voluntarias, junto con el bono pensional y los rendimientos correspondientes y a Colpensiones a reactivar la afiliación (f.º 4 a 5).

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 3 de septiembre de 1962 y que se afilió al Seguro Social en enero de 1990, a través del empleador Banco Superior. Dijo, que se afilió a la administradora de fondos de pensiones Colmena el 21 de diciembre de 1995, como

resultado de la campaña comercial adelantada a finales de 1995, por parte de dicha administradora y sin que el asesor le hubiera informado las reales consecuencias de su decisión, las diferencias existentes entre uno y otro régimen y los aspectos relativos al monto de la pensión a la que podría acceder en el Régimen de Ahorro Individual, ya que aquel, se limitó a indicar los aparentes aspectos positivos del traslado. Sostuvo, que en el Régimen de Prima Media podría obtener una mesada superior a la que le garantiza el Régimen de Ahorro Individual (f.º 5 a 8).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 1.º de junio de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 50).

Colpensiones contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones y formuló como excepciones de mérito las de validez de afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción (f.º 115 a 122).

Protección S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones y formuló como excepciones de mérito las de declaración de manera libre y espontánea de la demandante a la afiliación a la administradora de fondos de pensiones, buena fe y prescripción (f.º 92 a 93).

Porvenir S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones y formuló como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 146 a 155).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 3 de julio de 2019, declaró la nulidad de traslado de régimen efectuado por la demandante el 21 de diciembre de 1995 a Colmena, así como el efectuado en febrero de 1997 a Porvenir S.A. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes

pensionales que actualmente se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los respectivos rendimientos y bono pensional, si a ello hubiere lugar. Ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada del régimen de prima media con prestación definida. Condenó en costas a la demandada Protección S.A.

Como fundamento de lo anterior, el *a quo* consideró que de acuerdo con el criterio Jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia, en este caso, no bastaba con que la demandante hubiera aceptado en el interrogatorio de parte que en la asesoría se le brindó información sobre las características del Régimen de Ahorro Individual, dado que dicha información resultaba insuficiente para entender que el traslado de Régimen era válido, pues era de carga del fondo de pensiones demostrar que además le había indicado las consecuencias de dicho acto, haciendo un comparativo entre las características y diferencias que existen entre el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la **demandada Porvenir S.A.** formuló recurso de apelación, que sustentó en que en el trámite quedó demostrado que tanto la administradora de fondos de pensiones Colmena, como esa administradora, cumplieron de manera oportuna con el deber de información, al indicarle a la demandante, previo a la suscripción del formulario cada una de las características de los regímenes pensionales, llevando con ello, a que la misma optara por ratificar la intención de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual.

Añadió, que por el hecho de que dicha información no conste de manera individual, no se puede concluir que la misma no fue brindada, teniendo en cuenta que la buena fe se presume; y esgrimió, que en este caso no resulta aplicable el criterio jurisprudencial referente al traslado de la carga de la prueba sentado por la Corte Suprema de Justicia, como quiera que la demandante no fue beneficiaria del régimen de transición ni tenía expectativas legítimas.

Alegó, que si la inconformidad principal de la activa radica en el monto de la mesada pensional, se debe tener en cuenta que aquella

conocía como debía proceder para que el mismo fuera superior y como podía optar por una pensión anticipada.

Por último, expuso que la devolución de los rendimientos financieros constituye un enriquecimiento sin justa causa y que como el efecto de la nulidad de la afiliación consiste en retrotraer dicho acto, no podría la convocante beneficiarse de un aspecto que es propio del Régimen de Ahorro Individual.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme a lo dispuesto en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde se tendrá como problema jurídico determinar si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado de nulidad o se tornó en ineficaz, por falta de información suficiente a la afiliada.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: *i)* la demandante nació el 3 de septiembre de 1962 (f.º 25); *ii)* Cotizó al extinto Instituto del Seguro Social desde el 24 de abril de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1995, 237 semanas (f.º 129 a 132); *iii)* Que el 21 de diciembre de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por la administradora de fondos de pensiones Colmena hoy Protección S.A. (f.º 95); y, *iv)*. Que se afilió a la administradora de fondos de pensiones Porvenir S.A. el 1.º de abril de 1997, entidad a la que actualmente se encuentra vinculada.

El traslado de régimen por vinculación a una administradora de fondos de pensiones, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado,

quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación.

Esto último es lo que precisamente sucedió en el caso de la demandante, porque si se observa el recuadro denominado ‘voluntad de selección y afiliación’ de la solicitud de vinculación diligenciada el 21 de diciembre de 1995 ante la administradora de fondos de pensiones Colmena, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como trabajadora: «*HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES (...)*» (f.º 95).

De manera que este acto produjo los efectos de traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colmena, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte, ni se desvirtuó en modo alguno lo allí manifestado.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la administradora de fondos de pensiones, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte, es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el Régimen de Ahorro Individual, porque admitió que en la asesoría grupal se les informó acerca de la alternativa de pensionarse con un monto inferior en una edad anterior a la que correspondía por ley; que debía tener un monto mínimo para acceder a una pensión equivalente al salario mínimo legal mensual vigente; que los aportes se encontraban en una cuenta de ahorro individual que generaba rentabilidad y que en caso de fallecimiento los mismos se entregarían a sus herederos; y, que la mesada pensional se podía incrementar realizando aportes voluntarios, los cuales nunca tuvo la posibilidad de hacer.

Además aceptó que los asistentes a la reunión pudieron absolver sus dudas y que todos preguntaron sobre diferentes temas como la rentabilidad y el tiempo, así mismo, se les puso de presente lo atinente al derecho de retracto y que los aportes realizados al Seguro Social iban a un fondo común.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones Colmena, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya

que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL del 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL 22 nov. 2011 rad. 33083, se debe advertir que, aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; y en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Además, en esas providencias así como en la CSJ SL12136-2014, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

En este caso, la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque aun cuando tenía la edad establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a la entrada en vigencia de la misma, no se evidencia que con anterioridad a dicha data hubiere estado afiliada a algún régimen pensional (CSJ SL2195-2016) y su selección de régimen pensional se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente en los términos dispuestos en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, esto es, hasta antes de faltarle 10

años para cumplir la edad mínima pensional, es decir, antes del 3 de septiembre de 2009, sin embargo, no lo hizo.

Adicionalmente, no se acreditó que se le hubiese suministrado información engañosa, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, mucho menos tenía una expectativa legítima, ya que le faltaban más de 24 años para arribar a la edad mínima pensional en el régimen de prima media para el momento del traslado y no tenía ni la cuarta parte de las semanas requeridas, que se incrementaron con reforma introducida por la Ley 797 de 2003, sin que pueda indicarse que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez, o que era evidente que le era más favorable la prestación en uno u otro régimen.

En cuanto al traslado efectuado a Porvenir S.A. el 1.º de abril de 1997, estima la Sala que es indicativo de que la convocante tenía conocimiento del Régimen de Ahorro Individual, advirtiéndose como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado (f.º 155 y 177).

Sobre las consideraciones expuestas en recientes sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, CSJ SL1452-2019 y CSJ SL1421-2019, se debe advertir que no desconoce esta Magistratura la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias particulares que lo rodean, y que dicho sea de paso, se reitera que en este asunto no se acreditó.

Además, se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, acorde con las aclaraciones de voto de dos de los cuatro magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta

relevante, y que solo en esos eventos, en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

En consecuencia, las razones anteriores, resultan suficientes para concluir que en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, por lo que se **REVOCARÁ** en su totalidad la sentencia apelada y consultada en los términos expuestos, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la instancia, ante su no causación. Las de primera correrán a cargo de la parte demandante, por haber sido vencida en el juicio, de conformidad con la liquidación que efectúe el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 3 de julio de 2019 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta ciudad, en su lugar, **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas las pretensiones incoadas en su contra por CARMEN JEANNETTE ROBLES OVALLE, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia, ante su no causación. Las de primera correrán a cargo de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase,



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado SALVAMINTO VOTO

Rad. 110013105 032 2018 00341 01

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Carmen Jeannette Robles
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 032 2018 00341 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **al accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, la asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del art. 13 de la ley 100 de 1993; en consonancia con el art. 114 *ibidem*, el cual dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4 decreto 656 de 1994 y el Art. 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional.

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión.

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales sentadas por la Corte Suprema en los radicados ya enunciados, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *"expectativas legítimas"* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

Rad. 110013105 032 2018 00341 01

3

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente caso no se le indicó a la parte actora acerca de los beneficios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, como lo sería la eventual pérdida de beneficios pensionales en el régimen de prima media, incluso un cálculo estimativo en cada uno de los regímenes que le permitiera establecer con certeza cuál sería su mejor opción. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica, el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada por la suscripción del formulario de afiliación, tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, siendo así que era procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

CS Escaneado con CamScanner



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LINA MARÍA GONZÁLEZ MORENO** contra **DONGBU DAEWOO ELECTRONICS COLOMBIA S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 034 2017 00431 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 10 de julio de 2019, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada del 10 de noviembre de 2014 al 26 de octubre de 2015, que finalizó de manera unilateral por parte del empleador y que en ninguna cláusula del

acuerdo de voluntades se estipuló un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compensara el valor de las prestaciones legales, recargos y beneficios extralegales; en consecuencia, se condene al pago indexado de la indemnización por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y los perjuicios morales derivados de lo anterior, así como, de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías (f.º 40 a 49).

Como fundamento de las anteriores peticiones, adujo que el 10 de noviembre de 2014 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la encartada, para desempeñar el cargo de Gerente Financiera, devengando como último salario la suma de \$9.000.000. Dijo, que el vínculo fue terminado de manera unilateral por parte del empleador, a partir del 25 de octubre de 2015, con fundamento en la violación grave las obligaciones, falta grave calificada como tal, incumplimiento de la jornada laboral y la no asistencia al trabajo el 26 de octubre de 2015. Sostuvo, que de acuerdo con el Reglamento Interno de Trabajo los días laborales para todo el personal son los comprendidos de lunes a viernes, y que ella trabajó de manera completa y normal durante el 23 de octubre de 2013. Alegó, que nunca fue requerida o sancionada por haberse ausentado a laborar durante un día o por razón del horario de trabajo. Señaló, que la falta total al trabajo se calificó en el literal c). del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo como una falta leve y la falta total al trabajo durante un día por tercera vez y el retardo hasta de 10 minutos en la hora de entrada al trabajo se calificaron previamente en el literal c). del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo como faltas graves. Adujo, que el jefe inmediato la había autorizado de manera verbal para que tomara una anticipación de vacaciones y/o permiso de cinco (5) días, los cuales no disfrutó. Finalmente

manifestó, que la demandada nunca hizo claridad sobre que el salario pactado retribuiría de antemano las prestaciones sociales, las cuales no fueron pagadas (f.º 40 a 49 y 52 a 53).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por auto del 20 de abril de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 54), quien la contestó con oposición a las pretensiones con fundamento en que la relación laboral terminó por justa causa el 27 de octubre, debido a que la demandante de manera unilateral, se tomó vacaciones del 26 al 30 de octubre de 2015, incluso sin haber laborado el año señalado en el artículo 186 de Código Sustantivo del Trabajo. A su vez, agregó que desde la suscripción del contrato se pactó un salario integral, por lo que no es procedente el pago de las prestaciones reclamadas. En su defensa propuso como excepciones las de falta de causa para pedir, temeridad y mala fe, abuso del derecho, acuerdo convencional o contractual de salario integral, pago total de las acreencias laborales debidas y demás sumas adeudadas y terminación de la relación laboral por justa causa (f.º 67 a 80).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de julio de 2019, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra (f.º 172).

En lo que interesa a la alzada, el *a quo* coligió que la demandada logró demostrar que la causa de finalización de la relación laboral estuvo motivada en el incumplimiento de la accionante de sus obligaciones como trabajadora, los cuales fueron encausados por el

empleador en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y que se concretan en que la demandante no cumplía con el horario de trabajo impuesto, no acataba los procedimientos para el registro de ingreso y salida del sitio de trabajo y finalmente se ausentó injustificadamente a laborar durante los días 26 a 30 de octubre del 2015.

En cuanto al pago de prestaciones sociales, estimó que el salario integral fue expresamente pactado en el contrato de trabajo y que la demandante aunque lo alegó en la demanda no logró acreditar su falta de comprensión sobre el impacto social que tendría este pacto en la generación de sus prestaciones sociales, pues por la naturaleza del cargo que desempeñaba como gerente financiera estaba obligada, si no tenía conocimiento previo y directo por razón de su ciencia en el contenido del documento que estaba firmando, a buscar asesoría como posteriormente lo hizo para efectos de realizar las reclamaciones que considero pertinente ante su empleadora una vez se verificó la terminación del contrato de trabajo.

Adicionalmente, consideró que efectuados los cálculos de rigor de acuerdo con los salarios mínimos de 2014 y 2015, era factible establecer que la suma pactada cubría el valor fijado para el salario integral en esas anualidades, por lo que no había lugar a ordenar el pago de las prestaciones sociales reclamadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando sobre la absolución de la indemnización por despido, que se debe tener en cuenta que la carta de terminación del contrato fue entregada a la trabajadora el lunes 26

de octubre de 2015, calenda en la que no se había configurado la falta que endilgada porque era el primer día en el que supuestamente la trabajadora se ausentaba de sus labores; así mismo, que las partes calificaron previamente las faltas, que de acuerdo con el criterio expuesto por la Corte Suprema Justicia en la sentencia CSJ SL 15822, 19 sep. 2001, cuando ello se verifica no se puede volver a calificar este tipo de situaciones y que en este asunto el artículo 47 del Reglamento Interno de Trabajo, establecía que ausentarse a laborar constituiría una falta leve, de ahí que el hecho atribuido no daba lugar al finiquito laboral.

Sobre el tema salarial, refirió que de acuerdo con las manifestaciones de los testigos se pudo establecer que a dos trabajadores se les hizo suscribir el contrato de trabajo con el encabezamiento de “*salario integral*”, que hubo dudas e inquietudes respecto a esa modalidad salarial y que uno de los compañeros de la demandante reclamó y se le remuneró el salario ordinario incluyendo el pago de las prestaciones sociales.

Añadió, que la actora hizo uso de su derecho a reclamar después de terminada la relación de trabajo y de acuerdo con sus manifestaciones aquella siempre actuó de manera informal al no presentar sus solicitudes por escrito, dada la confianza que tenía con las Directivas, sin embargo, fue enfática en señalar que no tenía claridad sobre la modalidad del salario, ya que nunca se le explicó y el mismo texto del contrato era confuso, en la medida en que no cumplía cabalmente con las exigencias del numeral 2º del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará *i)*. Si entre las partes se pactó un salario integral como remuneración mensual o si por el contrario el mismo correspondía a un salario ordinario, y en consecuencia, si había lugar al pago de las prestaciones sociales reclamadas; y, *ii)*. Si la causas en las que sustentó la demandada el despido de la trabajadora fueron justas o no, y en consecuencia, si procede el pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para empezar, es preciso indicar que aunque no desconoce la Sala que a voces del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo dado el carácter excepcional del salario integral, el pacto que verse sobre este debe constar por escrito; es bueno recordar que ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia, en el sentido de indicar que *“para el acuerdo sobre el salario integral, la ley no exige que su pacto esté precedido de un exagerado rigorismo para entender que la voluntad de las partes sea esa, es decir, que convinieron esta modalidad salarial, pues ello puede desprenderse de la conducta asumida por las mismas durante la ejecución del contrato de trabajo, las cuales permiten al operador judicial formarse el convencimiento que ese fue el propósito.”* (CSJ SL4594-2016).

Y es que no se puede pasar por alto, que cada caso en particular debe analizarse en su verdadera dimensión, en cumplimiento del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Acorde con lo expuesto, al pasar al análisis del acervo probatorio recaudado, resulta evidente para la Sala, que en este asunto las partes obraron con el pleno convencimiento de que la modalidad salarial desde un inicio era de salario integral, contrario a lo que pretende hacer ver la convocante, pues aunado a que en el contrato de trabajo suscrito el 10 de noviembre de 2014, se acordó que la remuneración de la demandante atendería a ese concepto y equivaldría a la suma mensual de \$8.008.000 (f.º 88 a 93), se verifica que tal situación quedó igualmente expresada, en cada uno de los comprobantes de nómina que eran remitidos por vía electrónica a la trabajadora, de los que se extrae, al mismo tiempo, que a partir del 1.º de enero de 2015, la cuantía inicialmente pactada se incrementó a la suma de \$9.000.000, superando para cada época, tanto ese valor, como el fijado en el acuerdo de voluntades, el monto establecido en el numeral 2.º del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo (f.º 104 a 122).

Convicción que también es predicable de la liquidación de prestaciones sociales, en la que aparece impuesta la firma de la trabajadora (f.º 123), así como, del reclamo escrito que presentó aquella el 25 de noviembre de 2015 ante la empleadora, esto es, antes de que se incoara la demanda (f.º 50), en el que expresamente señaló: *“El día 3 del mes de noviembre de 2015, me dirigí a las instalaciones de DAEWOO ELECTRONICS COLOMBIA S.A.S. a reclamar el pago de las acreencias laborales que por ley tengo derecho y me percaté de que el valor del pago de las vacaciones se encuentra mal liquidado pues no se tuvo en cuenta la base real pactada y devengada dentro de la ejecución del contrato laboral a término indefinido, lo anterior de conformidad al artículo 132 Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 1174 de 1991”*, últimas disposiciones que sobre el asunto reclamado, hacen referencia en particular al salario integral, siendo la última

reglamentaria del numeral 2.º del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por otra parte, debe decirse que de la declaración rendida por la testigo Cyntia O. Yon Picon, quien laboró al servicio de la demandada, no se deriva de ninguna manera que existiera confusión por parte de los contratantes acerca de la modalidad salarial que fue aplicada a la trabajadora durante toda la vigencia del vínculo, pues cuando aquella fue indagada acerca de si en alguna ocasión había tratado con la actora el tema del salario integral, dijo, que ante la duda que le surgió por la reclamación de otro trabajador el cual indicó, que en su caso, se había pactado como remuneración un salario ordinario, y la creencia que tenía de que el salario integral aplicaba por defecto a partir de cierto monto, indagó con la demandante como operaba el mismo, y ella, le comentó que no era así, que era un acuerdo entre la empresa y el empleado, que no era discrecional de solo una de las partes decir que después de cierto monto era integral, de ahí que una persona podía ganar un salario superior, y aun así, este podía ser ordinario.

Estas afirmaciones, claramente denotan que para la actora era ampliamente conocido cómo operaba la remuneración que había estipulado con su empleador, y que la duda de la testigo, recaía en el evento particular de un trabajador frente al que se había llegado al acuerdo con el empleador de reconocer un salario ordinario, convenio que evidentemente no se extendía a la promotora del proceso, con quien se habían pactado unas condiciones laborales totalmente diferentes, que no estaban en duda, como equivocadamente pareció entenderlo el apoderado judicial de la activa, y quiso sugerirlo la demandante en el interrogatorio de parte, pues el conjunto de pruebas valoradas permiten entrever todo lo contrario.

Así las cosas, se tiene que la demandante durante toda la vigencia del vínculo contractual, aceptó sin reparo el ingreso a su patrimonio de sumas liquidadas mes a mes, en cuantía superior a un salario integral, y de la misma manera fueron efectuados los aportes al sistema de seguridad social, tal y como da cuenta el certificado que milita a folios 17 a 19, lo que sin lugar a dudas lleva a la Sala a la plena convicción de que prestó su voluntad frente a esa real modalidad salarial, por lo que no es dable que después de haberse terminado el nexo contractual pretenda desconocerla en el interrogatorio de parte, y en el recurso de apelación, bajo el irracional y falaz argumento de que nunca tuvo conocimiento de que se trataba de un salario integral o que jamás fue informada de ello en vigencia del vínculo.

De lo expuesto, se colige que las partes obraron con el pleno convencimiento que la modalidad salarial desde un inicio era de salario integral, porque la reiteración de un pago que además de ser contemplado en la estipulación escrita con la que se dio inicio al nexo laboral, fue constantemente aplicado por las partes a lo largo de este, siendo claro con lo dicho por el Órgano de Cierre de esta jurisdicción, que las normas que consagran el acuerdo sobre el salario integral no exigen *“fórmulas sacramentales, pues basta la intención y la aceptación de la partes que permitan colegir que entre estas efectivamente se dio este pacto”* (CSJ SL4594-2016), como ocurrió en el caso de autos.

Concluir algo diferente, conllevaría a vulnerar el principio de la buena fe que regenta las relaciones y las garantías laborales, estatuido en los artículos 83 de la Constitución Política y 55 del Código Sustantivo del Trabajo, pues la demandante debe proceder con lealtad en la relación jurídica que sostuvo con la pasiva.

Así las cosas, se confirmará la sentencia apelada sobre el tópico analizado.

Ahora bien, en lo referente a indemnización por despido sin justa causa, se tiene que se acreditó la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo de la activa, con la comunicación datada del 26 de octubre de 2015, y remitida a la trabajadora vía correo certificado el 28 de octubre de ese año, por lo que se traslada a aquel la carga de demostrar que dicho despido se llevó a cabo, con una justa causa (CSJ SL15094-2015, CSJ SL5523-2016 y CSJ SL4849-2018).

Mediante la citada misiva, suscrita por Won Chan Choi, la demandada le informó a la trabajadora la terminación del contrato de trabajo alegando como justa causa, la prevista en el numeral 6.º del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual señaló: *“(...) de acuerdo a la Ley Laboral, contrato de trabajo, se considera como una falta grave el hecho de no asistir a su lugar de trabajo, no cumplir con su jornada laboral, no permanecer en su sitio de trabajo (Ejerciendo las labores y funciones para las que fue contratada) sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador, como decidir **unilateralmente** sin autorización del empleador que se toma unos días de vacaciones, aunado a que este derecho se causa cuando el trabajador ha cumplido un año de labores a un empleador (...)*”.

Adicionalmente, expresó la encartada: *“(...) A pesar de las advertencias e invitación a reflexionar verbales de sus superiores, como de lo llamados de atención escritos del 08 de julio de 2015, 12 de agosto de 2015, del 09 de septiembre de 2015; usted continuó omitiendo cumplir con su jornada laboral, al presentarse tarde a su trabajo como se observa en el control de llegadas a la empresa sin justificación alguna; de manera especial para el día de hoy 26 de*

octubre no se presentó a trabajar, y al revisar mis comunicaciones electrónicas encuentro que unilateralmente tomó la decisión de tomar vacaciones del 26 de mayo al 30 de octubre de 2015, acto que considero contrario a su contrato de trabajo como a la misma Ley laboral (...). Esta empresa no le otorgó permiso o autorización para tomar vacaciones (...). Para más claridad, hay que decir que las **vacaciones** se causan una vez transcurrido un año de labores, **pero le corresponde al empleador decidir cuándo le otorgará las vacaciones al empleado** y por supuesto este no puede arrogarse el derecho a irse de vacaciones sin el consentimiento de su patrón”; y finalizó pidiendo a la trabajadora, que en el término de las 24 horas siguientes al recibo de la comunicaciones rindiera descargos o explicaciones de lo sucedido, entendiéndose de lo contrario que se allanaba a su contenido (f.º 127 a 132).

Con lo anterior, cumplió el empleador con la carga impuesta en el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo; y, atendiendo a las causales invocadas, según lo dispuesto en el numeral 6.º del literal A del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye justa causa de despido cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 *ibídem*, o cualquier falta grave calificada como tal, en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos; segundo evento, en el cual al juez le está vedado auscultar sobre la gravedad de la falta, por lo que su accionar se limita a verificar la ocurrencia de los hechos establecidos previamente como infracciones en tales convenios.

En ese orden de ideas, debe señalarse que en la cláusula 5.º del contrato de Trabajo suscrito entre las partes, se dispuso expresamente que serían justas causas para dar por terminado el

contrato por cualquiera de las partes las enumeradas en el artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965 que subrogó al artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, y adicionalmente, por parte del empleador además de las señaladas en el Reglamento Interno de Trabajo, o en órdenes, instrucciones o prohibiciones de carácter general o particular, entre otras, el incumplimiento del horario o la falta al trabajo de manera injustificada, aun ocurrida por primera vez, la cual se considerara como falta grave (f.º 6).

A juicio de esta Colegiatura, resulta imperante respecto de las estipulaciones consagradas en el Reglamento Interno de Trabajo datado del 4 de febrero de 2011, pues a pesar de que en cierta medida las mismas resultan ser más flexibles frente a la graduación de las faltas leves y graves, no se puede perder de vista que el contrato de trabajo es norma posterior y ley para las partes; y dada la Jerarquía del cargo de Gerente Financiera ocupado por la demandante, y las funciones desempeñadas por aquella, se justifica una mayor rigurosidad en lo tocante a la asistencia al trabajo y el cumplimiento de la jornada, pues según el interrogatorio de parte que se le practicó, sus labores consistían en el manejo de todo el tema de los bancos, de la tesorería, de la cartera y proveedores, y la toma de decisiones frente a los giros, al pago a los proveedores y a la casa matriz, a la planeación y el flujo de caja de la empresa. Consideración que descarta el planteamiento del recurrente en cuanto a las disposiciones que en el caso particular regulaban la escala de faltas aplicables a la trabajadora.

De ese modo, advierte la Sala que el hecho en el que fundó la sociedad empleadora la terminación del vínculo, relacionado con la falta injustificada al trabajo, está plenamente acreditado en el caso de autos, pues lo cierto es que aunque desde el escrito genitor se planteó que la demandante en la semana laboral que inició el 26 de

octubre de 2015, se encontraba en período de vacaciones, que previamente había sido concertado con su jefe directo, el señor Won Chan Choi, se tiene que fue esta misma persona, quien reprochó la conducta de la trabajadora, al indicar en la comunicación de despido que aquella había tomado esa determinación de manera unilateral sin que se hubiera causado el derecho a su disfrute (f.º 11 a 14).

Además, de acuerdo con las testimoniales recaudadas en el juicio y las documentales vistas a folio 96 a 98, fue posible establecer que la demandante no agotó el trámite interno que estaba previsto por la empleadora para la concesión de las vacaciones, aun cuando lo conocía y la señora Cyntia O. Yon Picon, le recordó que para el efecto debía diligenciar el formato de solicitud y/o legalización de ausencia.

Por su parte, se tiene que no existe ninguna evidencia de la supuesta concertación a la que, según la demandante, había llegado con su superior jerárquico Won Chan Choi, pues el correo electrónico que fue remitido el 23 de octubre de 2015, no denota la aceptación de esa situación; a lo que se suma, tal como lo expuso la empleadora, que esta no había causado el derecho que se arrogó discrecionalmente, ya que no había laborado al servicio de la demandada al menos durante un año (numeral 1.º artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo) y que su conducta desconoció los presupuestos del artículo 187 del estatuto sustantivo laboral, que dispone que la época de vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año subsiguiente, y ellas, deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso.

Importa aclarar en este punto, que no es razonable concluir, como lo hace el apelante, que como la misiva de terminación se

encuentra datada del mismo 26 de octubre de 2015, no se había configurado la falta endilgada, porque en estricto sentido la actora no tenía que trabajar el día anterior, que era domingo, sobre todo si se tiene en cuenta que no se discutió en este caso la ausencia al trabajo, sino las razones de aquella, las cuales no fueron demostradas en el juicio, y que a su vez, ante la imposibilidad de establecer contacto telefónico con la trabajadora, de acuerdo con lo indicado por la testigo Cyntia O. Yon Picon, la empleadora el 28 de octubre de 2015, le informó dicha determinación por correo certificado, requiriéndola para que presentara las justificaciones del caso, pero aquella guardó silencio.

De este modo, al estar acreditada la justa causa de terminación del contrato se dispondrá la confirmación de la sentencia de primer grado sobre este puntual aspecto.

Acorde con lo anterior, se **confirmará** la sentencia impugnada.

Costas. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de julio de 2019 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de esta ciudad, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, written in a cursive style with a long horizontal stroke at the bottom.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

A handwritten signature in black ink, featuring a large initial 'H' and a long horizontal stroke at the bottom.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CONSEJO BELTRÁN ROA** contra **EDUCADORA ACADÉMICA MILITAR LTDA.**

EXP. 11001 31 05 034 2018 00226 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia dictada el 15 de agosto de 2019 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término fijo del 21 de febrero de 1994 al 30 de enero de 2017, en el cargo de aseo, en consecuencia, se

condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones del período comprendido del “01 de diciembre al 19 de diciembre y del 14 de enero al 30 de enero. Desde el 21 de febrero de 1994 al 30 de enero de 2017”, junto con la indemnización moratoria, la sanción por no consignación de las cesantías y la indexación de las sumas reclamadas al momento de su pago efectivo.

Sustentó sus pretensiones en que empezó a laborar de manera personal y subordinada a favor de la demandada, desde el 21 de febrero de 1994, y que se desempeñó en el cargo de aseadora, en el horario comprendido de 07:00 a.m. a 05:00 p.m. de lunes a viernes, con una asignación de un salario mínimo legal mensual vigente. Sostuvo, que cumpliendo la función de aseadora, estuvo vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo, del 21 de febrero al 30 de noviembre de 1994, del 1.º de febrero al 30 de noviembre de los años comprendidos de 1995 a 2016, y con contrato de prestación de servicios del 1.º al 19 de diciembre y del 14 al 30 de enero desde 1994 hasta 2017. Mencionó que la empleadora, año a año, liquidó y pagó los correspondiente a los contratos laborales los 30 de noviembre desde 1994 hasta 2016. Señaló, que la sociedad llamada a juicio no incluyó, ni tuvo en cuenta como factor salarial y prestacional los períodos del 1.º al 19 de diciembre y del 14 al 30 de enero desde 1994 hasta 2017. Narró, que el 27 de octubre de 2016, la pasiva envió carta de preaviso y le informó que el contrato terminaría el 30 de noviembre de ese año. Indicó, que el 30 de enero de 2017, la demandada le comunicó que no se firmaría otro contrato (f.º 274 a 290).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda fue admitida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por auto del 20 de noviembre de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 97), quien dio contestación con oposición a todas las pretensiones, con fundamento en que entre las partes no existió un solo vínculo laboral, y que la demandante no prestó servicios fuera de la vigencia de los contratos de trabajo. En su defensa formuló como excepciones de mérito, las que denominó “*Inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio*”, “*Cobro de lo no debido*”, “*Pago*”, “*Buena fe*”, “*Compensación*” y “*Prescripción*” (f.º 344 109 a 123).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de agosto de 2019, resolvió declarar que entre las partes existieron 25 contratos de trabajo, del 21 de febrero al 30 de noviembre de 1994, del 1.º de febrero al 30 de noviembre de los años 1995 a 2014, del 28 de enero al 27 de noviembre de 2015, del 1.º de diciembre de 2015 al 30 de enero de 2016, del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 2016 y del 1.º de diciembre de 2016 al 19 de enero de 2017. A su vez, condenó a la demandada al pago de \$228.032,20, por concepto de prima de servicios; \$228.032,20, por concepto de cesantías; \$2.260,51, por concepto de intereses a las cesantías; \$114.016,10 por concepto de vacaciones; \$22.981,83 diarios a partir del 1.º de febrero de 2016 y \$24.590,57 diarios a partir del 30 de enero de 2017, hasta que se verifique el pago de prestaciones sociales y vacaciones derivadas, en su orden, de los contratos trabajo suscritos entre el 1.º de diciembre de 2015 y el 30 de enero de 2016 y el 1.º de diciembre de 2016 al 29 de enero de

2017. A su vez, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y absolvió a la encartada de las demás pretensiones.

En lo que interesa a la instancia, se encuentra que la *a quo*, señaló que además de estar probado que la demandante prestó sus servicios a favor de la encartada entre febrero y noviembre desde 1994 hasta 2016, tal situación se verificaba igualmente, respecto a los períodos comprendidos del 1.º de diciembre de 2015 al 30 de enero de 2016 y del 1.º de diciembre de 2016 al 27 de enero de 2017, con los contratos de prestación de servicios que fueron suscritos entre las partes en diciembre de 2015 y diciembre de 2016, para desarrollar el proceso de matrículas correspondientes a los años 2016 y 2017, y que a su vez, la demandada no había logrado desvirtuar el elemento de la subordinación frente a esos lapsos.

Lo anterior, porque “(...) *la labor que debía realizar la demandante en virtud de esos llamados contratos de prestación de servicios, guardaba identidad con aquella que ejecutaba en razón de los contratos de trabajo, que previamente ya había liquidado con la demandada, y que consistían básicamente en servicios generales*”, pues señaló, que si bien en ejecución de estos, no tenía que desplegar la misma cantidad de actividades en la medida que en el establecimiento no habían estudiantes, si debía encargarse del aseo de las oficinas que estaban en uso, repartir tintos y atender servicios generales, circunstancias de las que dieron cuenta los interrogatorios de parte y las declaraciones de los testigos, quienes fueron consistentes en señalar, que las instrucciones eran dadas por el gerente administrativo, que los insumos y elementos de trabajo que usaba la demandante eran suministrados por la institución, y aunque se intentó decir que la actora no debía

cumplir horario de trabajo, lo cierto es que según lo anunció el representante legal de la sociedad convocada a juicio, esta debía tener limpias las instalaciones donde se atenderían los padres de familia, para surtir el proceso de matrículas a las siete de la mañana.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **demandada** interpuso recurso de apelación, con fundamento en que no es cierto que entre las partes hubieran existido 25 contratos de trabajo, toda vez que, con las liquidaciones arrimadas con la contestación de la demanda es posible establecer que el último de ellos venció el 30 de noviembre de 2016, y con posterioridad solamente se suscribieron dos contratos de prestación de servicios, el primero del 1.º al 19 de diciembre de 2015 y del 15 al 30 de enero de 2016 , y el segundo, del 1.º al 20 de diciembre de 2016 y del 16 al 29 de enero de 2017, tal como como se constata con el dicho de los testigos y lo afirmado por el representante legal, quienes expusieron que no existieron contratos con identidad de objeto, toda vez que, la demandante cumplía con la gestión de apoyo del proceso de matrículas, que no era la misma labor de aseo que desarrollaba durante los contratos de trabajo, y que consistía en lavar baños, pisos, limpiar salones.

Pues en el primer caso, no se delimitó una jornada, ya que la misma podía iniciar a las 7, a las 9 o a las 10 a.m. y se atendía en diferentes períodos, sin que la labor fuera continua, debido a que solamente se requería atender a los padres de familia y no había un horario fijo, además, el salón no lo debía limpiar, porque ella llegaba y con ayuda de los celadores, lo organizaban al inicio del proceso de matrículas. A su vez, argumentó que el único apoyo que daba la demandante consistía en hacer tintos y refrigerios, y que como ella

podría quedarse haciendo diferentes labores, como la de reciclaje, no podía limitarse a un horario de trabajo.

Añadió que la encartada actuó de buena fe, toda vez que al tratarse de objetos contractuales totalmente diferentes adecuó sus actuaciones y por eso desde la contestación se reconoció la existencia de dos contratos de prestación de servicios.

De otro lado, sostuvo que de manera continua la Corte Suprema de Justicia y particularmente en la sentencia CSJ SL2452-2019, explicó *“que el contratante puede coordinar actividades con un contratista, sobre el objeto del contrato, sin que ello denote la naturaleza laboral”*, toda vez que el acto de coordinar apunta a una actividad de concertación netamente y de organización entre las partes, más que a la vigilancia y control, circunstancia que por sí sola no implica la existencia de subordinación, pues por razón del servicio prestado, es evidente que en algunos momentos el contratante necesita ejercer labores de control sobre el contratista, como ocurrió en este caso, en el que simplemente se dieron instrucciones para servir tinto y refrigerios, sin que pueda considerarse como un indicador incuestionable de subordinación el hecho de que se hubieran prestado los servicios durante un período o algún horario, en la medida en que ello era inherente al objeto contractual.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente caso se encuentran acreditados los

elementos del contrato de trabajo en los extremos objeto de controversia.

Para determinar si entre las partes existió un vínculo de naturaleza laboral, debe verificarse la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador, que lo faculta para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos y el salario como retribución del servicio.

Lo anterior, sin perder de vista que el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, estableció una presunción legal y por tanto desvirtuable, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole entonces a quien alega la existencia de éste la acreditación de la prestación del servicio personal y a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza distinta.

No es materia de controversia la existencia de múltiples contratos de trabajo a término fijo celebrados entre las partes, que se ejecutaron y liquidaron entre 1994 y 2016, en virtud de los cuales la demandante cumplió labores de aseo, así como tampoco, que con ocasión de la suscripción de dos contratos de prestación de servicios, celebrados el 2 de diciembre de 2015 y el 1.º de diciembre de 2016, Consejo Beltrán Roa prestó de manera personal sus servicios a la encartada, apoyando el proceso de matrículas escolares de los años

2016 y 2017, en el primer caso, por un período de 35 días, comprendidos del 1.º al 19 de diciembre de 2015 y del 14 al 30 de enero de 2016 (f.º 150), y en el segundo, por el interregno de 34 días, que abarcó del 1.º al 20 de diciembre de 2016 y del 16 al 29 de enero de 2017 (f.º 151), y que recibió como contraprestación las sumas de \$805.000 y \$900.000; por cuanto, el recurrente únicamente controvierte lo atinente al elemento de la subordinación jurídica frente a las últimas vinculaciones.

Dilucidado lo anterior, es preciso indicar que no es posible acoger los argumentos expuestos en la alzada, pues bajo los postulados de la normatividad aplicable es claro que ante la demostración de la prestación personal del servicio, sumada a la prueba de la remuneración percibida durante su ejecución, radicaba en cabeza de la demandada desvirtuar la presunción de la naturaleza contractual laboral de los acuerdos suscritos entre las partes, lo anterior, probando que las funciones o tareas encargadas habían sido ejecutadas de manera autónoma por la demandante y sin que mediara la continuada subordinación respecto de la misma.

Circunstancias, que contrario a lo expuesto en el recurso, quedaron rebatidas con la confesión de la pasiva y con las declaraciones rendidas por Luis Alberto Jaimes Hernández y Oscar Fernando Jaimes Jiménez, quienes o son trabajadores de la encartada, ya que de sus dichos se desprende que la labor realizada por la demandante evidentemente estaba lejos de poder ser considerada autónoma.

Lo anterior, por cuanto todos ellos fueron coincidentes al indicar que el apoyo que brindaba la actora en el proceso de matrículas, básicamente consistía en servir tintos y repartir los

refrigerios autorizados por el Colegio, tanto a los demás empleados del colegio, como a los padres de familia, y ayudar a organizar el salón donde se llevaba a cabo dicha actividad; a su vez, el representante legal admitió que el Colegio era el que suministraba lo que se requería para desarrollar dichas labores y Oscar Fernando Jaimes Jiménez adujo que durante la ejecución de esos contratos Consejo Beltrán recibía instrucciones de Gustavo.

De igual modo, se tiene que aunque tanto él como los deponentes referidos fueron enfáticos en señalar que no se exigía el cumplimiento estricto de un horario o jornada de trabajo, en la declaración de parte, Gustavo Adolfo Jaimes Jiménez, dijo *“La jornada de matrículas habían padres que madrugaban y llegaban a las siete de la mañana, habían padres que llegaban a las nueve, habían unos que llegaban a las 10, entonces la gente estaba ahí en matrículas y se atendía en un horario que se abría de 7 a 1, 7 a 2, a veces teníamos que cerrar a las 12 porque no iba nadie más (...)”*, y por su parte, Fernando Jaimes Jiménez, también mencionó que el proceso de matrículas se hacía de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y que la demandante arreglaba el salón destinado para ello, tan pronto llegaba, esto es, a las 7:00 a.m.

De ese modo, se tiene que los elementos anteriormente son claros indicios de subordinación, en primer lugar, por la naturaleza de la labor realizada por la trabajadora, pues al margen de que aquella no efectuara las mismas tareas para las que vinculó mediante los contratos de trabajo, esto no implica en modo alguno que las funciones asignadas por la encartada en los interregnos materia de discusión, pudieran cumplirse de manera autónoma e independiente, justamente porque estaban estrechamente relacionadas con oficios varios, cuyo cumplimiento estaba sujeto a

las instrucciones de la encartada, quien además suministraba los elementos de trabajo.

Como segundo aspecto, es preciso decir, que resulta un contrasentido decir que la demandante no debía someterse al acatamiento de una jornada de trabajo, si se tiene en cuenta que dentro de sus funciones se encontraba la de organizar el salón de matrículas y atender a los padres de familia, y además que, el colegio tenía establecido un horario para desarrollar esa actividad, siendo claro que el hecho de que la demandante no permaneciera constantemente ocupada, de acuerdo con el dicho de los testigos, no quiere decir que pudiera administrar u organizar el tiempo a su arbitrio, mucho menos que tuviera la facultad de decidir en qué momentos cumplía con sus funciones, las cuales, como se dijo, no se caracterizan por ser autónomas en escenarios como el estudiado.

Y es que debe tenerse en cuenta que no se desvirtúa la subordinación, con la simple afirmación de que para el cumplimiento de las tareas que estaban a cargo de la demandante, no se requerían mayores instrucciones, mucho menos por la falta de complejidad de una labor, o el supuesto actuar de buena fe del contratante, pues para ello tendría que haberse probado, por ejemplo, que la demandante prestaba sus servicios por cuenta propia, con sus propios medios y herramientas y con absolutas facultades para la toma de decisiones y el control de las labores a su cargo, es decir, de manera autogestionaria, condiciones que como se vio, evidentemente no se verifican en este asunto.

Por último, no sobra decir, que no resultan aplicables al caso de autos las consideraciones que fueron expuestas por la Sala de Descongestión n.º 1 de la Corte Suprema de Justicia, pues ese caso

se trataba de una contratación que no requería ser cumplida de manera personal, en la que el contratista nombraba al personal que tenía a su cargo y ejercía la subordinación respecto del mismo, y el cumplimiento del objeto no estaba sujeto al control, permiso o aquiescencia del contratante.

Así las cosas, al advertirse que el análisis de los medios de prueba incorporados no lleva a conclusiones distintas a las que arribó la Juez de primer grado, basta lo anterior para desestimar los argumentos del recurso de alzada presentado por la llamada a juicio, y disponer la confirmación de la sentencia primigenia.

Costas. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de agosto de 2019, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de esta ciudad, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión, por lo motivado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLVEROS MOTTA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
Sala Quinta de Decisión Laboral

Magistrada Ponente: DAVID A. J. CORREA STEER

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **036 2017 00042 01**
DEMANDANTE: JEISON FERLEIN SANTANA LUQUE
DEMANDADO: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA

En Bogotá D.C., el treinta (30) de junio dos mil veinte (2020), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de junio del 2019 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de esta Ciudad, y proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare la existencia de la relación laboral con la demandada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, la nulidad del acta de terminación del contrato suscrita entre las partes y se ordene el reintegro laboral, con el consecuente pago de acreencias laborales dejadas de percibir desde el retiro hasta el reintegro; subsidiariamente, que se declare ineficaz la cláusula 4.^a del acta de terminación, se condene al pago de \$6.593.760, de la sanción moratoria por no pago de acreencias laborales por concepto de suma transaccional por terminación del contrato o bonificación por retiro y demás acreencias laborales a que haya lugar (f.º 110-111).

Fundamentó sus pretensiones, en que prestó sus servicios personales mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de noviembre de 2010 y hasta el 27 de enero de 2015, que desempeñó el cargo de auxiliar de merchandising, en diferentes almacenes de cadena de Bogotá, con un salario inicial de \$758.100 que al momento de la terminación ascendía a la suma de \$906.100. Adujo que el 27 de enero de 2015, a las 5:58pm aprox. le fue informado por parte de sus jefes inmediatas, Gesny Ruth Moreno y Dary Vargas, la decisión de la empresa de prescindir de sus servicios y se le constriñó a firmar el acta de terminación del contrato de trabajo, sin manifestar las razones que motivaban dicha decisión, sino que la empresa quería ahorrarse el proceso jurídico a seguir y en caso de llegar a esa instancia no se le reconocería ningún tipo de bonificación o indemnización; que el acta de terminación fue elaborada por el gerente de gestión humana de la empresa, quien no estuvo presente en la reunión donde él recibió el documento, ni contaba con facultades para proponer la terminación de la relación laboral ni para firmar el acta respectiva, no se indicó el nombre y número de identificación del trabajador, quien no participó en la elaboración del documento; que el empleador lo indujo a un vicio del consentimiento, consistente en el error, que nunca tuvo la intención de renunciar sino que fue inducido a firmar el recibido del documento, pero no tenía voluntad de terminar la relación laboral; que en la misma le fue entregada la liquidación del contrato, en la que se relacionaron bonificaciones por retiro y por mera liberalidad por valor de \$5.784.970 y \$808.800; que al día siguiente acudió a la notaría a hacer una declaración extra juicio de lo ocurrido el día anterior; que la terminación fue unilateral por parte del empleador y sin justa causa; que nunca obtuvo la suma contenida en el numeral 3° del acta de terminación, que el demandado no la pagó ; que presume que la condición que originó la decisión del empleador de prescindir de sus servicios fue su vinculación al sindicato de la empresa, aprox. 2 meses antes de la terminación del contrato; y que, (f.º 107 a 109 y 236 a 237).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió por auto del 19 de octubre 2017, ordenando su notificación y traslado (f.º 121) y la reforma por auto del 17 de enero de 2019 (f.º 240). La demandada contestó ambos escritos, oponiéndose a las pretensiones y formulando como excepciones las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, improcedencia de la declaración de nulidad de la transacción, improcedencia del reintegro, inexistencia de la obligación de cancelar la indemnización por despido sin justa causa, inexistencia de la obligación de cancelar la indemnización moratoria, improcedencia de los pagos pretendidos al no existir la posibilidad de reintegro, buena fe, prescripción y compensación (f.º 188 a 212 y 241 a 243).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 11 de junio de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 4 de noviembre de 2010 al 27 de enero de 2015 y absolvió de todas las pretensiones a la demandada, condenando en costas al actor.

Para llegar a dicha conclusión, se centró en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, respecto de la carga de la prueba con relación a los vicios del consentimiento existentes, o los generadores de la terminación de la relación, destacando puntualmente que *“la libre y espontánea voluntad del trabajador encaminado a tener el rompimiento del vínculo contractual a que debe obedecer toda renuncia, se encuentra viciada por actos externos como la fuerza o el engaño”*.

Estableció que es necesario que el trabajador, tiene la carga de demostrar que su voluntad estuvo viciada, al momento de romper el vínculo contractual por una cualquiera de estas conductas asumidas por el empleador, ya que quien exterioriza la voluntad dirigida a finiquitar la relación contractual, es quien corre con toda la contingencia de demostrar, o que su real voluntad se vio afectada por actos externos y eficientes de su empleador

tendientes a obtener su dimisión y que por tanto es el verdadero gestor de la terminación del contrato, caso en el cual se estaría ante una renuncia inducida.

En ese orden de ideas, consideró que en este caso la parte actora no logró demostrar o establecer la presencia de elementos de coacción, realizados por la parte demandada, que tengan el peso suficiente para viciar el consentimiento.

Por otro lado, tampoco se logró establecer, que existiera una disposición de orden legal que exigiera a las partes, elevar a transacción o conciliación el acuerdo mencionado; ya que fueron ellas mismas quienes tomaron la decisión de llevar a cabo esta formalidad, de la cual se desprendía el reconocimiento de una suma adicional. Al respecto, hubo confesión por parte del señor Santana Luque, quien manifestó que fue a la Notaría a suscribir el documento de la transacción, y que al preguntarle si el procedería a la firma del mismo, decidió no hacerlo, razón por la cual no es exigible el pago de la suma en disputa, ya que no se cumplió la condición establecida en el contrato.

Añadió, que aunque la parte actora manifiesta que fue la misma empresa, la que se encargó de redactar el documento objeto de discusión, al respecto a dejado claro la Sala de Casación Laboral que no existe prohibición alguna que impida que los empleadores promuevan planes de retiro compensado, y que ofrezcan a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación por ejemplo por reestructuración, sin que ello por si solo constituya un mecanismo de coacción pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador, esté en la libertad de rechazarlas o aceptarlas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante apeló con fundamento en que fue equivocada la valoración de los medios probatorios, como la declaración extrajudicial suscrita por el demandante un día después de que se le comunicara el acta de terminación de contrato por mutuo

acuerdo, que el no haber sido elevados los actos celebrados a conciliación o contrato de transacción, acreditan que no era su voluntad aceptar el acta referida, la que hace alusión al acta de terminación del contrato; que de igual manera se evidencia el desconocimiento de la ley, que la juez desconoció los principios de la realidad sobre la formalidad y la irrenunciabilidad de los derechos que tiene el trabajador, los cuales se encuentran enmarcados dentro del contexto constitucional; que realizó interpretaciones de las cláusulas del acta de terminación del contrato acudiendo a vías de hecho pues reconoció que la cláusula cuarta no era clara ni expresa, aun así sustentándose con lo dicho por el mandante creó obligaciones entre las partes con posterioridad a la suscripción de un documento que no es claro, expreso y exigible.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causales de nulidad que invaliden lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación de la parte demandante, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde se tendrá como problema jurídico, determinar si se acreditó en este asunto ausencia de voluntad o vicios del consentimiento, en la terminación del contrato de trabajo que existió entre las partes.

En torno a la validez de los acuerdos de transacción suscritos entre las partes, según los artículos 1508 a 1516 del Código Civil y la jurisprudencia ordinaria laboral, quien pretenda obtener la nulidad respecto de esta clase de acuerdos, por vicios en el consentimiento, está en la obligación de demostrarlo así en el respectivo proceso, en razón a que ni el error, ni la fuerza, ni el dolo, como vicios capaces de afectar las declaraciones de voluntad en un contrato, pueden ser presumidos (CSJ sentencia SL13202-2015).

En el presente asunto, además de que el demandante omitió identificar con precisión en los supuestos fácticos de la demanda, cuáles fueron esas maniobras en que incurrieron las demandadas,

que presuntamente coartaron su libertad y lo obligaron en contra de su voluntad, a suscribir el acta de terminación del contrato de trabajo (f.º 220), no existe ninguna prueba que permita tener por demostrado tal supuesto, pues ninguno de los vicios referidos se pueden desprender del análisis de los documentos aportados al expediente, ni se verificó confesión al respecto en los interrogatorios de parte rendidos.

Ahora bien, de la referida acta no se desprende que el demandante estuviera en desacuerdo con su contenido, tampoco se evidencian presiones indebidas, coacciones o constreñimientos, por lo que bien puede entenderse, que se trató de una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes, aun cuando hubiese mediado o no, la presencia del representante legal de Alpina Productos Alimenticios S.A., pues quien suscribió el acta lo hizo en condición de Gerente de Gestión Humana, legítimo representante del empleador, que lo obliga frente a sus trabajadores, de conformidad con lo previsto en el art. 32 del Código Sustantivo del Trabajo.

Además, en el documento se indicó que concurrió en las partes la voluntad de dar por terminado el contrato de trabajo vigente, de mutuo acuerdo, el que formalizaron mediante ese escrito, sin que se derive de su contenido que el demandante tuviera la convicción de que el vínculo contractual estaba finalizando en forma unilateral y sin justa causa por el empleador, o que la terminación del contrato estuviera condicionada a la suscripción del acta de conciliación ante el Ministerio del Trabajo o el contrato de transacción ante Notario, toda vez que esto fue condición pero, del pago de la suma descrita en el numeral 3.º del acta de terminación del contrato de trabajo, sin embargo, no lo fue para su terminación por mutuo acuerdo, y así se dejó expresamente consignado en la parte final del numeral 4.º de la referida acta, en el que se previó: *“En todo caso, en el evento de que no se eleve este acuerdo a conciliación laboral ante el Ministerio del Trabajo o contrato de transacción, el contrato se entiende terminado de mutuo acuerdo en la fecha señalada en el numeral 2º”*.

Respecto a la equivocada valoración probatoria efectuada en primera instancia, según lo argumentó el recurrente, del acta de declaración juramentada con fines extraprocesales (f.º 45), rendida por el actor ante la Notaría 71 del Círculo de Bogotá el 28 de enero de 2015, día siguiente a aquel en que suscribió el acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo que tuvo vigente con la demandada, por lo que encuentra esta Sala de decisión acertada la valoración, pues tal como lo adujo la a quo, del contenido de tal declaración no puede derivarse prueba siquiera sumaria de las presuntas presiones ejercidas para la suscripción de la referida acta, menos aún la ausencia de voluntad en la terminación del contrato, pues tratándose de una declaración proveniente de la parte, bien sea procesal o extraprocesal, solo puede tenerse como prueba de confesión, esto es, como prueba de aquellos hechos que le produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

En este caso, como lo advirtió la juez de primera instancia, se acreditó con tal declaración, que el actor efectivamente fue citado *“al siguiente día ante notaría para firmar un documento llamado acuerdo de transacción el cual citaba que yo renunciaba a todos los derechos como empleado...”*, es decir, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4.º del acta de terminación del contrato de trabajo, lo que desvirtúa lo manifestado en el hecho trigésimo quinto, incluido en la reforma a la demanda, y además, en el hecho trigésimo de la presentada inicialmente, afirmó que nunca desplegó actividad alguna para obtener la suma prevista en el numeral 3.º del acta, es decir, el procedimiento previsto en el numeral 4.º, de donde se concluye que tampoco había lugar a acceder a lo pretendido de manera subsidiaria, sin que para arribar a tal conclusión, resulte relevante lo aducido respecto a la falta de claridad del acuerdo en ese punto.

No sobra agregar, que el simple retracto para optar por una eventual continuación del contrato de trabajo o una reclamación procesal, no puede alegarse como causal de nulidad del acuerdo de terminación del contrato que celebraron las partes; que la iniciativa

de poner fin a la relación laboral por mutuo acuerdo, puede provenir bien sea del empleador o del trabajador, sin importar la causa que la motive, por cuanto la única exigencia de esa potestad de las partes, es la relativa a que su consentimiento no esté viciado por error, fuerza o dolo, lo que aquí no se acreditó (CSJ SL2503-2017); y que, la oferta realizada por el empleador, en este caso a título de bonificación por retiro, pagada con la liquidación (f.º 43), no se puede calificar en sí misma como una fuerza, coacción o violencia ejercida sobre el trabajador y en esa medida, tenía el actor capacidad para la celebración del respectivo acto jurídico, cuyo objeto y causa lucen lícitas, en tanto no se vulneraron derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

Así las cosas, al no haber corrido el demandante con la carga probatoria establecida en el art. 167 del Código General del Proceso, para demostrar que fue objeto de indebida presión o amenaza que arrojó como resultado su retiro de Alpina Productos Alimenticios SA, no era posible declarar la nulidad pretendida.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada. Sin costas en la alzada por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de junio de 2019 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de esta ciudad, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

Notifíquese y cúmplase.



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS JOSÉ GODOY MATALLANA** contra **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.**

EXP. 11001 31 05 036 2016 00713 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2019, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y proferir la siguiente,

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo establecido en la Ley 71 de 1988, en

consecuencia, que se condene a la demanda a reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes, a partir del 5 de octubre de 1993, con los ingresos y cotizaciones de los últimos diez años de servicios, los reajustes legales anuales, los intereses moratorios liquidados a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia y la indexación (f.º 49 a 53).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 5 de octubre de 1933, por lo que arribó a los 60 años el mismo día del año 1993. Señaló, que laboró en el sector público 1.288 semanas equivalentes a 24 años de cotización, en su orden, del 16 de mayo de 1949 al 3 de mayo de 1965, en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá; del 1.º de mayo de 1965 al 30 de julio de 1970 y del 1.º de septiembre de 1970 al 30 de junio de 1974, en la Notaría 1.º de Bogotá, habiéndose realizado las respectivas cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones a la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. Sostuvo, que el 26 de agosto de 2011, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y que mediante Resolución n.º UGM 020231 del 14 de diciembre de 2011, le fue negada con fundamento en que si bien era beneficiario del régimen de transición, no reunía el requisito de 20 años de servicio público establecidos en la Ley 33 de 1985, ni cumplía las condiciones previstas en el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969. Adujo, que la entidad omitió contabilizar los tiempos comprendidos del 16 de mayo de 1949 al 30 de junio de 1957 (f.º 49 a 50).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 28 de noviembre de 2017, se ordenó su notificación y traslado a la demandada, quien dio contestación con oposición a

todas las pretensiones con fundamento en que el actor no demostró el tiempo de servicio requerido en la Ley 71 de 1988, y en su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó “*Falta de requisitos pensionales y/o inexistencia de obligación*” y “*Prescripción*” (f.º 91 a 94).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 13 de octubre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a tales conclusiones, señaló en primera medida que no era posible computar los tiempos laborados por el demandante del 16 de mayo del 49 al 30 de junio de 1957, ya que conforme al artículo 27 de la Ley 6.^a de 1945, para esa época, se consideraban empleados particulares los de los notarios y registradores de instrumentos públicos y no existía evidencia del pago de aportes a alguna Caja de Previsión Social. De ahí que estimó que para subsanar tal situación, debía haberse vinculado al juicio a la empleadora del actor, lo cual no ocurrió, pues la única llamada juicio fue la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - Ugpp, quien no debe asumir ese período y mucho menos financiarlo, máxime cuando no se pudo establecer si hubo suspensiones o interrupciones en vigencia de la relación de trabajo, cuáles fueron los salarios devengados y demás.

De ese modo, coligió que el demandante no reunía las condiciones para acceder a la pensión prevista en la Ley 71 de 1988, pues únicamente existía constancia de 867,14 semanas que serían computables para efectos pensionales, las cuales resultaban

ser insuficientes.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado judicial de la parte demandante solicitó que se revoque, con fundamento en que aun cuando Cajanal reiteradamente indica que no se registran cotizaciones en los períodos que se echan de menos por la *a quo*, no se puede perder de vista que existe normatividad vigente que permite la suma de cualquier tiempo, estén o no aportados, ya que tal como se ha dejado sentado en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, no se le puede imponer al extremo más vulnerable, como en este caso, una persona de 85 años, un castigo por la omisión o falta del deber de cuidado del empleador en el pago de las cotizaciones a las que estaba obligado.

En tal sentido, agregó que la Juez de primera instancia dejó de aplicar lo previsto en la Ley 71 de 1988, ya que la misma permite la inclusión de tiempos no cotizados, pues a pesar de que la Superintendencia señaló que no tiene soportes del período en discusión, ello no quiere decir que no se haya laborado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si el tiempo laborado por el demandante como empleado subalterno del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C., es acumulable para efectos de la pensión de vejez que solicita, y a su vez, cuál es el régimen pensional aplicable a su caso.

Son hechos acreditados en el proceso, que el demandante nació el 5 de octubre de 1933 (f.º 13); y que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP mediante las Resoluciones n.º UGM 020231 del 14 de diciembre de 2011 (f.º 4 a 7) y UGM 031434 del 6 de febrero de 2012 (f.º 8 a 11), le negó el reconocimiento pensional pretendido, tras indicar en el primer caso, que existían inconsistencias en los tipos de vinculación del año 1949 y que no se cumplían los requisitos del artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, y en el segundo, que: “(...) *los tiempos prestados a la Notaría 1.ª entre el 16 de mayo de 1949 al 30 de junio de 1957 no se pueden tener en cuenta por cuanto no se allegaron los soportes respectivos con los cuales se acredite que la citada notaria hubiese realizado los aportes del 5% a nombre del peticionario con destino a CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL*”, y que no era posible aplicar lo previsto en el artículo 71 del Decreto 1848 de 1969, ya que no se encontraba retirado el 26 de diciembre de 1968, ni contaba con 20 años de servicios a esa fecha.

A fin de resolver los aspectos materia de controversia, es menester precisar en primera medida que aunque se logra verificar que al plenario se arrimaron constancia que data del 12 de julio de 1965 (f.º 119 CD Exp. Advo.) y certificado de información laboral emitido por la Superintendencia de Notariado y Registro el 11 de noviembre de 2010 (f.º 14 a 17), en las que se indica que el demandante laboró sin interrupciones al servicio del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá como Certificador, desde el 16 de mayo de 1949 hasta el 3 de mayo de 1965; concuerda esta Sala de decisión con la *a quo*, en referente a que, el período que comprende del 16 de mayo de 1949 hasta el 30 de junio de 1957, no puede ser contabilizado para efectos pensionales en este caso.

Lo anterior, en la medida en que el artículo 27 de la Ley 6.^a de 1945, establecía que no eran empleados públicos sino empleados particulares los de los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos, quienes respondían de las prestaciones que se causaran durante sus períodos respectivos; calidad que cambió, en el segundo evento, solo hasta la expedición del Decreto 577 de 1974, en el que se estableció que las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos serían dependencias de la Superintendencia de Notariado y Registro, y que, en consecuencia, sus funcionarios para todos los efectos legales, se considerarían empleados públicos de dicho organismo.

A su vez, en los artículos 3.º y 5.º del Decreto 59 de 1957, se consagró que a los empleados subalternos de carácter permanente de las Notarías y Oficinas de Registro se les liquidarían las cuotas de afiliación y los aportes mensuales para la Caja Nacional de Previsión, con base en las nóminas aprobadas por el Ministerio de Justicia, y que para efectos de jubilación, las personas que con anterioridad a la vigencia de ese Decreto hubieran prestado servicios como Notarios y registradores, o empleados subalternos de carácter permanente de éstos, y que en ese momento se encontraran en ejercicio del cargo, tendrían derecho a la acumulación del tiempo servido; abonando a la Caja Nacional de Previsión las cuotas que hubieren debido pagar durante ese tiempo, liquidadas sobre el promedio mensual de las remuneraciones del lapso que se fuera a computar.

Condiciones que a juicio de esta Colegiatura resultan análogas a los casos de omisión de afiliación, en los que en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha concluido que al no ser atribuible tal situación a

la entidad de seguridad social, no se torna viable contabilizar los ciclos faltantes sin la comparecencia al proceso del obligado, que en el presente caso lo es el empleador, para que ejerza su derecho de contradicción y de defensa, más aún cuando no existe evidencia de que se haya trasladado a Cajanal el título o bono pensional (CSJ SL5607-2019, SL2944-2016 y CSJ SL2412-2016), y que en todo caso, no pueden ser asimiladas (como se pretende en la alzada) a los eventos en los que se verifica mora en el pago de aportes y se le imputa la responsabilidad al ente por la falta de cobro, y tampoco a los tiempos de servicio público, debido a que el demandante no ostentó ese carácter, ya que como quedó visto siempre tuvo la calidad de trabajador del sector privado.

Y es que de acuerdo con las normas previamente reseñadas, se patentiza que para que el lapso en cuestión pudiera ser tenido en cuenta para efectos del reconocimiento pensional, debían haberse cancelado las cuotas respectivas al Ente de Previsión Social, lo cual no se encuentra acreditado, de ahí que no se computarán.

Así las cosas, se encuentra acreditado que el actor registró afiliación y cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión Social, del 1.º de julio de 1957 al 30 de abril de 1965 (f.º 14), y del 1.º de mayo de 1965 al 30 de julio de 1970 (f.º 18), en virtud de las vinculaciones laborales que lo ataron con el Registrador de Instrumentos Públicos y del Notario 1.º del Circulo de Bogotá D.C., respectivamente.

En ese orden de ideas, se tiene que como el artículo 10 de la Ley 1.ª de 1962, dispuso que los empleados de los Notarios y Registradores, serían afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión y gozarían de todas las prestaciones que dicha entidad

tenía establecidas, y de las que en el futuro se establecieran, por lo que es factible concluir que a pesar de la condición de trabajadores particulares, prevista en el artículo 27 de la Ley 6.^a de 1945, estos gozaban de los beneficios pensionales que eran concedidos por la referida entidad.

En esa medida, la prestación económica deprecada, tendría que analizarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, que para causar el derecho exige, el cumplimiento de veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos y haber arribado cincuenta y cinco (55) años de edad, de ahí que aunque el gestor alcanzó la edad requerida el 5 de octubre de 1988, al no haber acreditado el primer supuesto, debido a que solo acumuló 13 años y un mes cotizados a Cajanal, no hay lugar a acceder al derecho reclamado.

En consecuencia, se confirmará la decisión apelada pero por lo aquí considerado.

Costas. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 13 de diciembre de 2019, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión, por lo motivado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notifica en estrados.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a long horizontal flourish at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, written in a cursive style with a long flourish extending to the right.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'H' and a long horizontal flourish.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DR. DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FANNY CORTÉS CORTÉS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 036 2017 00205 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, en cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL3193-2020 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con el fin de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad o invalidez del traslado realizado al fondo de pensiones Porvenir S.A. por vicios del consentimiento, y en consecuencia, se tenga que para todos los efectos pensionales continúa afiliada al Régimen de Prima Media

administrado por Colpensiones, y se ordene a dicha a entidad a aceptar el traslado (f.º 2 a 3).

Como fundamento de sus pretensiones señaló que nació el 3 de abril de 1959, que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media hoy administrado por Colpensiones desde marzo de 1989 hasta noviembre de 2000 y luego se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., ente que le informó que se iba a pensionar antes de los 55 años de edad, que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría y que su pensión se iba a perder. Sostuvo que Porvenir no cumplió con la obligación de asesorarla adecuadamente sobre el riesgo y las consecuencias de su traslado al Régimen de Ahorro Individual, configurándose el error en la naturaleza del acto. Señaló que el 13 de diciembre de 2016, solicitó ante Porvenir S.A. la nulidad o invalidez del traslado, el cual no fue respondido, y que, también reclamó ante Colpensiones el 9 de diciembre de 2016, la nulidad del traslado a Porvenir, junto a la devolución de aportes (f.º 3 a 5).

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 18 de mayo de 2017, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 54).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, en la respuesta, admitió los hechos relacionados con la edad y la reclamación administrativa efectuada, y señaló que no le constan los demás; se opuso a todas las pretensiones, bajo el argumento de que no se reúnen los requisitos legales para regresar al Régimen de Prima Media y que el acto de traslado no adolece de nulidad, pues no se da el vicio del consentimiento alegado por error.

Propuso como excepciones de fondo las de «*Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida*», «*Prescripción*», «*Caducidad*», «*Inexistencia de causal de nulidad*», «*Saneamiento de la nulidad*» e «*Innominada o genérica*» (f.º 58 a 67).

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** contestó la demanda admitiendo los hechos relativos a la edad, al traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual y la petición de nulidad de traslado; en lo demás, adujo que no es cierto o que no le consta. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, con sustento en que el traslado no se hizo en contra de una prohibición legal y que se realizó de manera libre y voluntaria por parte de la actora. Propuso como excepciones de fondo las de «*Prescripción*», «*Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas*», «*Buena fe*», «*Prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo*», «*Innominada o Genérica*», «*Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones*» y «*Debida asesoría del fondo*» (f.º 83 a 91).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 23 de abril de 2018 (f.º 124), el Juzgado 36 Laboral del Circuito esta ciudad, decidió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; condenó en costas a la actora y ordenó consultar la decisión en favor de la demandante.

En lo que interesa a la instancia, luego de evaluar la prueba documental aportada, la normatividad y la jurisprudencia laboral

vigente sobre traslado de regímenes pensionales y nulidades de los mismos, la *a quo* consideró que todos los casos revisados por la Sala de Casación Laboral, corresponden a circunstancias diferentes a los de la demandante, pues los promotores de los procesos analizados por la Alta Corporación, eran beneficiarios del régimen de transición o ya habían cumplido los requisitos para la pensión en el Régimen de Prima Media o estaban cerca de alcanzarlos, y el fondo no les informó sobre tales circunstancias al momento del traslado; y a su vez, en el asunto bajo examen, la actora no es beneficiaria del régimen de transición, pues no tenía la edad ni contaba con 15 años de servicios al 1º de abril de 1994.

Agregó que al momento del traslado la demandante estaba a 20 años aproximadamente para cumplir la edad pensional y le faltaba más del 50% de los aportes requeridos para obtener el derecho en el Régimen de Prima Media, que no podía hablarse de la expectativa legítima a pensionarse en dicho régimen pensional, que su futuro pensional era incierto, por lo que el deber de información de la Administradora de Fondos de Pensiones en este caso, no estaba encaminado a explicarle que no le resultaba favorable trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, porque iba a perder un derecho adquirido o que tenía una expectativa legítima en el Régimen de Prima Media.

Indicó que debía tenerse en cuenta que para la época del traslado no existía la prohibición del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, por lo que bien pudo haber efectuado el traslado de régimen entre el 2 de diciembre de 2005 y el 3 de abril de 2006, pues no tenía restricciones para volver al Régimen de Prima Media, sin alegar los vicios del consentimiento que ahora expone, siendo una decisión de la actora no haberlo hecho oportunamente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **demandante** presentó recurso de apelación y solicitó que se revoque la decisión, tras señalar que sí es obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar a las personas que se van a trasladar, una asesoría que sea eficaz, acorde con la situación y que cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y cumplir esta obligación con suma diligencia, prudencia, pericia y todos los atributos también consagrados en el artículo 1603 del Código Civil en el ejercicio de la buena fe.

Añadió que en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, se ha considerado que las administradoras de pensiones son entidades que manejan un servicio público como es el de pensiones, razón por la cual, deben verificar que las personas que toman esta decisión sean suficientemente conocedoras de los procesos y la manera como se va a definir su pensión.

Arguyó que la falta de información si se verificó en este caso, ya que la demandante tenía tiempos públicos antes de iniciar sus aportes a Colpensiones, como lo demuestran las historias laborales, lo que la hacía beneficiaria de un bono pensional, el cual debía ser negociado por la entidad al momento de ofrecerle una pensión anticipada y debió informarle los términos negativos de la negociación de un bono antes del cumplimiento de la edad y los términos cómo se establecía su pensión, con relación al capital, con relación a la conformación de su familia; circunstancias que no son legalmente tenidas en cuenta por el régimen de prima media al decidir una pensión; y que las cuotas de manejo de los fondos de

pensiones afectan directamente el capital ahorrado para la determinación de la pensión.

De ahí que la información fue incompleta y no fue eficiente, se configuró el vicio del consentimiento alegado, sobre todo porque los fondos privados pueden hacer proyecciones de las posibles eventualidades en caso de que la persona hubiera cotizado por lo menos con un salario mínimo o algo más del mínimo y estudios sobre cómo podía ser establecida la pensión y las características a tenerse en cuenta al momento de tomar la decisión.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si el traslado de la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, se encuentra afectado de nulidad, por vicios del consentimiento, por la falta de información correcta y suficiente en los términos ordenados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL3193-2020, en la que se dejó sin efecto la providencia de 25 de julio de 2018, dictada por esta Corporación.

En tal sentido, se encuentra que el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen deben acogerse los razonamientos relativos a que “(...) la Corte **no** ha condicionado su jurisprudencia a que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición, ni tampoco tendría justificación constitucional otorgar tal derecho a un grupo de afiliados en desmedro de otros”, y que, “De hecho, la regla jurisprudencial identificable en

sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. En ninguna de ellas se afirma o se insinúa que solo aplique a los beneficiarios del régimen de transición (...)”.

Así mismo, que “(...) Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado (...)”.

Y por último, que “el deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado de la actora, no necesariamente se cumple con proyecciones pensionales a futuro. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «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» (num. 1, art. 97 D. 663 de 1993), premisa que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda

conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible”.

En orden con lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra probado en el plenario que la demandante nació el 3 de abril de 1959 (f.º 14); que contaba con un total de 658 semanas en el régimen de prima media, sumado el tiempo público sin cotización y las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (f.º 17 a 22); y, que el 31 de octubre de 2000 suscribió formulario de traslado del régimen de prima media al Régimen de Ahorro Individual, vinculándose a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir (f.º 93), y que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del Régimen de Ahorro Individual, no demostró el cumplimiento del deber de información, habría lugar a declarar la nulidad del tránsito de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos innatos al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la nulidad del traslado de régimen pensional de la demandante Fanny Cortés Cortés, al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A., y como consecuencia, ésta deberá devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todas las cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses de la demandante, sin incluir los gastos de administración.

Costas. Sin costas en ambas instancias.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de abril de 2018, y en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de la demandante FANNY CORTÉS CORTÉS, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 31 de octubre de 2000, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

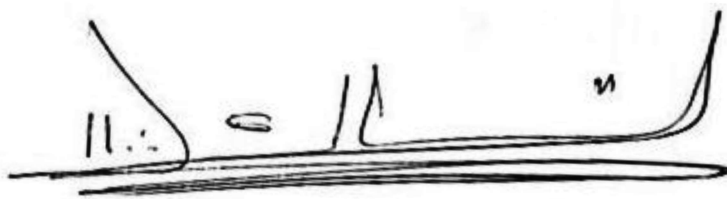
SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de FANNY CORTÉS CORTÉS, en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses, **DESCONTANDO** los gastos de administración en que incurrió la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar los valores que reciba de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y admita el traslado de Régimen pensional de la demandante en virtud de la nulidad que se determinó en el numeral primero.

CUARTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

Notifíquese y cúmplase,

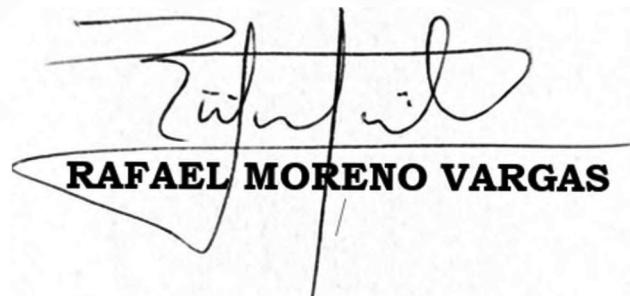
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



RAFAEL MORENO VARGAS



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

Magistrado Ponente: DAVID A. J. CORREA STEER

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001-31-05-037-2017-00605-01
DEMANDANTE: WEIMAR DARÍO MEDINA
DEMANDADO: FAST COLOMBIA S.A.S.

En Bogotá D.C., el treinta (30) de junio dos mil veinte (2020), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 22 de julio de 2019 por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de esta ciudad.

De conformidad con el memorial aportado, se acepta la renuncia al poder conferido por el demandante al Dr. Nicolás Eduardo Alviar Romero, en aplicación del artículo 76 del Código General del Proceso.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 7 de octubre de 2013 y se dio por terminado unilateralmente por el empleador el 18 de mayo de 2016; así mismo, que tenía un salario variable, en consecuencia, se condene al pago de las diferencias generadas por cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, horas extra e indemnización por despido, junto con la indemnización moratoria del art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo (f.º 58 a 67).

Como fundamento de las anteriores peticiones, adujo que se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 7 de octubre de 2013, en el que se pactó como salario la suma de \$1.200.000. Mencionó, que el 1º de junio fue trasladado de Medellín a Bogotá con un aumento salarial de \$300.000,00, además de \$425.782,00 de conceptos variables y \$506.667,00 de conceptos

no salariales. Dijo, que el 1° de septiembre de 2015, la compañía le informó que sería removido del cargo de auxiliar de control de documentación, para desempeñar el de almacenista, para lo cual se le hizo firmar otro sí y se le fijó como salario \$1.088.802,00. Señaló, que como consecuencia del traslado le asignaron viáticos permanentes de \$320.310,00 y un auxilio de transporte de \$20.000,00. Sostuvo, que el 18 de marzo de 2016, le comunicaron que se le pagaría por concepto de salario la suma de \$1.162.514,00. Aseguró, que el 18 de mayo de 2016, fue despedido sin justa causa y que la liquidación de prestaciones sociales, se efectuó con una base salarial de \$1.162.514,00 pesos, dejando por fuera los factores variables que correspondían en promedio a \$629.499,00 (f.° 4 a 6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por auto del 29 de enero de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.° 75), quien contestó oponiéndose parcialmente a las pretensiones propuestas en la demanda y propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, buena fe, mala fe del demandante, pago, prescripción y compensación (f.° 93 a 113).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 22 de julio de 2019, resolvió declarar que entre el demandante y la demandada, existió un contrato de trabajo entre el 7 de octubre de 2013 al 18 de mayo de 2016, el cual finalizó por despido del trabajador; a su vez, condenó a Fast Colombia S.A.S. a pagar al actor la reliquidación de las cesantías (\$267.403), intereses a las cesantías (\$118.074), vacaciones (\$2.111.236) y de la indemnización por despido (\$346.831), y la absolvió de las demás pretensiones (f.° 195).

En lo que interesa a la instancia, el *a quo* señaló que debido a que desde febrero de 2015 se verificaba que el trabajador había recibido mensualmente una suma variable por concepto de horas extra y recargos, se obtenía un salario promedio para 2015 de \$1.894.709 y para el 2016 de \$2.239.379, que daba lugar a las diferencias a las que fue condenada la pasiva.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **demandada** como sustento de la apelación señaló que con las pruebas adosadas se encontraba acreditado que la asignación básica del actor, el trabajo suplementario y los recargos, fueron tenidos en cuenta para pagar la totalidad de las prestaciones sociales, vacaciones y la indemnización por despido.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, art. 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde se tendrá como el problema jurídico establecer si la demandada canceló las prestaciones sociales, compensación en dinero de las vacaciones y la indemnización por despido causadas por el trabajador, tomando como base todos los factores de salario.

No es materia de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que inició el 7 de octubre de 2013 (f.º 114 a 118) y se dio por terminado unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador el 18 de mayo de 2016 (f.º 136).

No es materia de debate que el demandante desde febrero de 2015 hasta la culminación del vínculo laboral, trabajó en días de descanso obligatorio y causó horas extras y recargos nocturnos (f.º 128 a 131), factores que afectan el cálculo de las cesantías y sus intereses causados del 1º de enero de 2015 al 18 de mayo de 2016 y de las vacaciones que fueron compensadas en dinero en el mes de septiembre de 2015 y en la liquidación del contrato de trabajo de acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo.

En tal sentido, advierte la Sala que en lo que concierne a las cesantías, la base para su liquidación, incluyendo el subsidio de transporte que fue reconocido al trabajador a partir de septiembre de 2015, corresponde para esa anualidad al valor de \$1.919.375,00 y para el año 2016 a \$2.268.864,00, lo que arroja respectivamente por dicho concepto, las sumas de \$1.919.375,00 y \$869.731,00, y

respecto de los intereses a las cesantías, de tales períodos, los montos de \$230.325,00 y \$40.008,00.

Así las cosas, se tiene que las diferencias respecto a lo pagado por el empleador, ascenderían, en cuanto a las cesantías y sus intereses del año 2015, a \$274.132,00 y a \$32.896,00, y en lo que toca a la vigencia 2016, a los valores de \$55.906,00 y \$2.572,00, respectivamente; de modo que, como en el caso de las cesantías, se obtiene un resultado superior al establecido por el *a quo* dicha condena se mantendrá incólume, ya que conforme al principio de la *non reformatio in pejus* no se podría hacer más gravosa la situación del apelante único respecto a este punto, sin embargo, se modificará lo atinente a los intereses a las cesantías, en atención que los mismos en total corresponden a \$35.468,00.

En punto de las vacaciones que fueron compensadas en 2015, advierte la Sala que al efectuar los cálculos de rigor se obtiene el valor de \$876.172,00, debido a que el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior equivale a \$1.752.344,00, y en lo que concierne a los 24 días de vacaciones que se pagaron a la finalización del vínculo, se patentiza que debió retribuirse la suma de \$1.701.471,00, teniendo como salario base la suma \$2.104.912,00.

De manera que, al verificarse que el empleador canceló en el primer caso el monto de \$750.000,00 y en el segundo el valor de \$1.675.235,00, se obtiene una diferencia total de \$152.408,00, que al ser inferior a la fijada en la sentencia apelada también será materia de modificación.

Consideración que es igualmente predicable de la cuantía de la indemnización por despido sin justa causa, estimada, así como las vacaciones compensadas a la finalización del vínculo, con los devengos del último año de servicios. De ahí que, al partirse del hecho indiscutido que la relación que ató a las partes se rigió por un contrato de trabajo a término indefinido que feneció sin justa causa por parte del empleador y que por ello el rubro analizado correspondería a 62,33 días de salario (f.º 13), de acuerdo con lo previsto en el art. 64 del Código Sustantivo del Trabajo, se encuentra que el mismo ascendería a \$4.441.061, lo que da una diferencia de

\$134.959,00, a favor del trabajador, como quiera que la encartada pagó la suma \$4.306.102,00 (f.º 13), circunstancia que así quedará establecida en la parte resolutive de esta decisión.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los literales **b), c) y d)** del numeral **segundo** de la sentencia proferida el 22 de julio de 2019, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de esta ciudad, en el entendido, que se condenará a la demanda FAST COLOMBIA S.A.S.. a pagar al demandante WEIMAR DARÍO MEDINA, el reajuste de los intereses a las cesantías en la suma de **\$35.468,00**; de la compensación de las vacaciones en la suma de **\$152.408,00** y de la indemnización por despido sin justa causa por valor de **\$134.959,00**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

La presente providencia queda notificada en estrados.

Terminada esta audiencia, se levanta la sesión y se suscribe el acta por quienes han intervenido.


DAVID A.J. CORREA STEER
 Magistrado


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
 Magistrada



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

Exp. 37-2017-00605-01