



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-00150-2020**

**Radicado N° 01 2016 00285 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 29 de marzo de 2019, por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **MARIA ELENA TRIANA VILLAREAL**. Solicita que se declare que en virtud de la conmutación pensional celebrada con la ETB por el fenómeno de la compartibilidad, pagó mayores valores en favor de la demandada correspondientes a las mesadas pensionales de agosto de 2013 hasta agosto de 2015 y las mesadas adicionales de diciembre de 2013 y diciembre de 2014, sin tener la obligación jurídica de hacerlo; que pagó mayores valores correspondientes al 4% jubilados y 8% por concepto de seguridad

social en salud no descontados para el mes de julio de 2012, que en consecuencia de lo anterior se condene a la demandada a pagar o restituir a POSITIVA la suma de \$116.560.055 que recibió sin justa causa o sin tener derecho, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que la demandada era empleada de la ETB; que mediante Resolución N° 1964 del 21 de octubre de 1997 dicha entidad reconoció pensión de jubilación a la demandada a partir del 1° de agosto de 1997 por valor de \$1.718.638,60; que la ETB asumió el pago de la pensión hasta el 31 de agosto de 2013; que la señora TRIANA VILLAREAL estaba afiliada y cotizaba al ISS hoy COLPENSIONES; que el 14 de diciembre de 2012 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a COLPENSIONES; que el 24 de julio de 2013, POSITIVA celebró un contrato para la normalización del pasivo pensional con la ETB a partir del 1° de septiembre de 2013; que en virtud de dicho contrato, asumió el pago de la pensión de jubilación de la demandada hasta la fecha de inclusión en nómina por parte de Colpensiones, momento a partir del cual asumiría únicamente el mayor valor existente entre la pensión de vejez y la de jubilación reconocida por la ETB.

Informa que mediante Resolución GNR 202989 del 10 de agosto de 2013, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a la demandada en cuantía de \$4.700.615 a partir del 1° de agosto de 2013; que de manera simultánea POSITIVA continuó cancelando el valor total de la mesada pensional desde agosto de 2013 hasta agosto de 2015, junto con las mesadas adicionales de diciembre de 2013 y diciembre de 2014; que además no realizó los descuentos correspondientes al 8% por concepto de salud en el mes de julio de 2012 y el 4% correspondiente a jubilados. Dice que una vez la entidad tuvo conocimiento de la Resolución GNR 202989 del 10 de agosto de 2013, se informó a la demandante sobre la compartibilidad de la pensión y se le solicitó el reintegro de los mayores valores recibidos; que en la referida Resolución Colpensiones reconoció a la demandada como retroactivo pensional las mesadas mencionadas y el pago de dichos valores configura un enriquecimiento sin causa a favor de la señora

MARIA ELENA TRIANA VILLAREAL, que pese a los requerimientos realizados a la demandada ésta no ha devuelto los mayores valores recibidos.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**MARIA ELENA TRIANA VILLARREAL** se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la calidad de pensionada respecto de la ETB y COLPENSIONES, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 230 a 236).

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

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 29 de marzo de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*“**PRIMERO:** NEGAR las pretensiones de la demanda, según lo expuesto en el presente pronunciamiento de fondo. **SEGUNDO:** CONDENAR en costas a la parte demandante. Tásense. **TERCERO:** Enviar el presente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para surtir el grado jurisdiccional de consulta, en caso de no ser objeto de recurso de apelación”*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reintegro de las mesadas pensionales pagadas a la demandada, en virtud de la compartibilidad. Para resolverlo indicó que dando aplicación al principio constitucional de la buena fe y reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, no es procedente ordenar la devolución de mayores valores pagados a la demandada, pues el pago se realizó por un error de la misma entidad y no por mala fe de la demandada, además no es pertinente aplicar la

teoría del enriquecimiento sin causa en cuanto no se probó dolo o culpa de la señora Triana Villareal.

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

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Para sustentar el recurso aduce que se acreditó en el expediente que la demandada recibió de parte de Positiva el pago completo de las mesadas pensionales causadas entre agosto de 2013 y agosto de 2015, lo que generó un enriquecimiento sin causa en tanto la pensión tenía el carácter de compartida y lo que procedía era el pago únicamente del mayor valor y no de la mesada completa como se hizo, además se demostró que la demandada conocía el carácter compartido de la pensión y al iniciar a recibir el pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, nada manifestó sobre los pagos que no le correspondían y que recibía en su cuenta, ni tampoco avisó a Positiva sobre el reconocimiento de dicha prestación para que cesara el pago total de la mesada pensional y se iniciara a pagar únicamente el mayor valor<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Gracias su señoría. En este estado de la diligencia me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que acaba de ser proferida teniendo en cuenta los siguientes aspectos. Básicamente la decisión de primera instancia se fundamenta en que Positiva Compañía de Seguros S.A. incurrió en culpa en el pago de las mesadas pensionales a la demandada y que no es posible que alegue su propia culpa, sin embargo las consideraciones del despacho, respetuosamente considero no se ajustan a los fundamentos fácticos y jurídicos que aplican al presente proceso por las razones que paso a exponer. En primera medida debo llamar la atención del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, que el propio despacho en su decisión señaló que si bien hubo un pago de lo no debido se incurrió en error, es decir que el despacho reconoce que en este caso hubo un pago de lo no debido, razón por la cual acreditado el pago de lo no debido, como lo señaló la propia juez lo que procedía su señoría muy respetuosamente era ordenar la devolución de dichas sumas que se pagaron sin deberse a POSTIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, máxime cuando se trata de recursos del sistema de seguridad social en este caso y más exactamente recursos pertenecientes al sistema general de pensiones en esta medida debe tenerse en cuenta su señoría que en este proceso si se logró acreditar que Positiva Compañía de Seguros pagó unas sumas sin que estuviere obligada a ello, pagó unas sumas que si bien se pagaron por parte de Positiva, debe señalarse que no se obedeció en principio a un error culposo o negligente de parte de mi representada, sino que era obligación de la señora María Elena Triana, en virtud de los principios de la buena fe y de las obligaciones que tiene con el sistema general de seguridad social, en este caso con ETB, especialmente con Positiva y también con Colpensiones, era informar a mi representada cuando adquiriera la calidad de pensionada por parte de Colpensiones, para de esta manera aplicar la compatibilidad pensional y determinar el monto que debía continuar asumiendo esta entidad, sin embargo la señora María Elena Triana Villareal en momento alguno informó dicha circunstancia la cual no era desconocida por ella su señoría si se tiene en cuenta que al día de hoy ella continua recibiendo mesadas pensionales en cuenta bancaria, razón por la cual debe tenerse en cuenta la siguiente circunstancia, si las sumas que se depositaban a la señora María Elena Triana Villareal



---

tanto por su pensión por Colpensiones como la pensión que venía recibiendo de antaño por parte de ETB, la cual manifestó conocer que recibía e indicar incluso los montos en los cuales recibía, pues era claro que en dicha cuenta bancaria de la cual adicionalmente las entidades bancarias tienen la obligación de informar los extractos bancarios e informar los depósitos que se hacen, cuenta bancaria a la cual la demandada tiene pleno acceso para verificar los saldos, puesta esta señora pudo evidenciar mes a mes que su cuenta bancaria se veía incrementada, como cualquier trabajador o cualquier persona lo puede corroborar de su cuenta bancaria, adicionalmente su señoría en este proceso se probó tanto los aspectos referentes a la conmutación pensional como los aspectos referentes a que ETB, tenía pensionada la señora demandada y venía pagando mes a mes la pensión. Positiva Compañía de Seguros en virtud de dicha compartibilidad pensional de la cual se allegó la póliza a este proceso, junto con sus condiciones generales, continuó asumiendo el pago de dicha pensión que en un principio venía siendo pagada por ETB y en el proceso están todos los extractos de los pagos, del histórico de pagos que se hacía mes a mes a la señora Triana Villareal durante los periodos de los cuales se pretende en este proceso las devoluciones, esto es, en los periodos de agosto del 2013 hasta agosto de 2015 con las mesadas adicionales de diciembre de 2013 y diciembre de 2014, así como los giros correspondientes al 4% de jubilados y 8% por concepto de seguridad social, pero como si fuera poco su señoría este proceso a través de oficio dirigido a Colpensiones, esta entidad dio respuesta informando que en efecto se había realizado durante dicho periodo, indicado en la demanda, también pago de pensión por parte de Colpensiones, razón por la cual está suficientemente acreditado que tanto Positiva como Colpensiones realizaron sus pagos de pensiones, razón por la cual la demandada terminó recibiendo unas sumas que no le correspondía recibir y que corresponden prácticamente a dos mesadas pensionales por cada mes, razón por la cual Positiva pagó una suma que corresponde a la indicada en la demanda y que asciende a más de 116 millones de pesos, es importante señalar adicionalmente que los documentos referentes a dichos pagos por parte de Positiva y por parte de Colpensiones, no fueron desconocidos no fueron tachados en momento alguno por la parte demandada, por el contrario como se indicó aquí mismo en la sentencia, la parte demandante manifestó o confesó desde la contestación de la demanda los montos a los cuales ascendían sus pensiones, conocía que era pensionada de la ETB y también se manifestó que posteriormente mediante Resolución adquirió la calidad de pensionada de Colpensiones y que a la fecha continua recibiendo las mesadas en tal calidad, en esta medida, es evidente, como lo encontró incluso el despacho al señalar que había un pago de lo no debido, que en este caso Positiva realizó unos pagos que están por fuera de la ley, unos pagos que no correspondían realizarse, unos pagos a los cuales la demandante no tenía derecho alguno de recibir. Por otro lado su señoría y teniendo en cuenta que se acreditó dicho pago de lo no debido el despacho desconoció las normas sustanciales que aplicaban a este proceso y que me permito señalar de manera breve, el CC en el artículo 2213 y en el artículo 2316 en relación con el pago de lo no debido que resulta aplicable en este caso, pues si bien es una norma civil más allá de que sea una norma civil es una norma de derecho sustancial, que también se aplica para circunstancias como en la que estamos, señala el artículo 2213 (léase artículo) y 2316 (léase artículo), el artículo 2213 en inciso primero es muy claro su señoría y honorable Tribunal, dice que si el que por error ha hecho un pago, es decir que la norma parte de que en efecto se incurrió en un error de otra manera no estaríamos en un pago de lo no debido, razón por la cual el argumento del despacho referente a que en este caso el pago se hizo por error de ninguna manera tenía la virtualidad de negar las pretensiones de la demanda sino antes configurar los fundamentos fácticos de dicha norma porque evidenciada esa norma lo que exige es primero que se haya hecho un pago por error, en este caso se hizo un pago por error y así lo encontró demostrado el despacho y adicionalmente se encontró que era un pago de lo no debido, como también lo encontró el despacho y en ningún momento se opuso a dicha circunstancia la parte demandada, la parte demandada en ningún momento dijo que esas sumas si las debía en ningún momento argumentó o presentó pruebas en este proceso para definir que las sumas que recibió en su cuenta no las debía y en el despacho también encontró y reiteró que hubo un pago de lo no debido, razón por la cual el error y el pago eran los fundamentos de esta norma, en consecuencia el haber encontrado el despacho el error por parte de Positiva de manera alguna genera que se nieguen las pretensiones sino que confirma que en efecto estábamos en un caso de pago de lo no debido y de acuerdo a la norma sustancial citada, tenía derecho Positiva a repetir lo pagado, razón por la cual no se entiende porque el despacho llega a la conclusión que llegó en esta sentencia y adicionalmente en relación con el artículo 2316, no se negó que el pago era debido pero tampoco se confesó por parte de la demandada, en consecuencia se tenía que probar por parte de Positiva y probada dicha circunstancia con los documentos a los que he hecho referencia y con las pruebas a las que he hecho referencia en mi recurso de apelación pues estaba claro que en este caso dicho pago era

#### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión. Pide que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues la

---

indebido, adicionalmente su señoría el artículo 831 del Código de Comercio, indicia que en el enriquecimiento sin justa causa nadie podrá enriquecerse a expensas de otro, el despacho desconoce toda la jurisprudencia que sobre dicho aspecto ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual desconoce un principio básico del derecho, no solo una norma jurídica sino un principio básico del derecho que es que nadie podrá enriquecerse sin justa causa y en este caso está absolutamente claro que la señora demandada en este proceso recibió unas sumas sin justa causa, no había justa causa legal del sistema pensional, del sistema de la seguridad social, ninguna norma de la ley 100 de 1993, ni el contrato de seguro celebrado en este caso, ni la compartibilidad pensional, ni la conmutación pensional, ni la pensión que venía recibiendo con ETB le daban derecho a enriquecerse sin justa causa a la señora a expensas de otro, ni más ni menos que expensas del patrimonio público, teniendo en cuenta que Positiva es una entidad de dicha naturaleza y a expensas del Sistema de Seguridad Social, señala también la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia 7219 del 95, haciendo referencia la Corte Suprema de Justicia a lo siguiente determinó que para que hay enriquecimiento sin justa causa se recibe que un patrimonio reciba un aumento a expensas de un empobrecimiento de otro sin causa que lo justifique, son tres entonces los requisitos que deben probarse para que se dé el enriquecimiento de esta índole y se dé la devolución de los bienes correspondientes, primero un enriquecimiento o aumento de un patrimonio, segundo un empobrecimiento correlativo de otro y tercero que el empobrecimiento se hubiera producido sin causa, el despacho sin embargo incluyó un nuevo elemento que no ha indicado ni la ley ni la jurisprudencia, cual es el elemento de dolo o culpa grave, señaló que si bien hubo un pago de lo no debido no se evidencia dolo o culpa grave de la demandada y este aspecto pues constituye en un evidente error y en un evidente defecto porque, porque ninguna norma ni la jurisprudencia han señalado que para que se genere un enriquecimiento sin justa causa o un pago de lo no debido se requiera que se deba el dolo o la culpa grave de la persona que lo recibe, es más en la inmensa mayoría de estos casos, ello no se presenta, porque?, porque sencillamente una persona recibe en su cuenta bancaria o en su patrimonio unos dineros de los cuales pues claramente no los obtiene con dolo ni con culpa grave pero los obtiene y en este caso ocurrió esta circunstancia los recibió la señora y recibéndolos lo que se probó en este caso es que se generó un enriquecimiento o un aumento en su patrimonio y esto también se acredita si se tiene en cuenta que al día de hoy Positiva Compañía de Seguro sigue pagando un monto más reducido en este caso a la señora María Elena Villareal, razón por la cual es evidente que no se desconoce que Positiva ha venido realizando pagos, ha venido realizando pagos a la misma cuenta y con destino a la señora María Elena Triana Villareal, segundo un empobrecimiento correlativo de otro, es evidente que Positiva en este caso, al haber realizado pagos por estas sumas se empobreció en unas sumas que superan los 116 millones y tercero que el empobrecimiento se hubiera producido sin justa causa, en este caso como el despacho lo encontró no había ninguna causa para recibirse los mismos, no había ni ninguna causa ni legal ni contractual, razón por la cual su señoría pues era evidente que la señora María Elena Triana Villareal debía proceder con el pago de dichas sumas y adicionalmente, esas sumas debían ser indexadas, puesto que ha pasado un tiempo importante que ha generado que dichas sumas pierdan poder adquisitivo y en esta medida también me opongo a la condena en costas que si bien no se fijaron las agencias en derecho en la sentencia, pues me opongo a dicha condena en costas en la medida en que no correspondía ser asumidas por mi mandante y en su lugar solicito muy respetuosamente al H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que en segunda instancia revoque completamente la sentencia proferida en primera instancia, la cual a mi juicio incurre en evidentes errores fácticos y jurídicos y en una argumentación contradictoria e insuficiente, en esta medida les solicito que se revoque la sentencia y en su lugar se declaren prosperas las pretensiones de la demanda, se condena a la demandada a pagar las sumas que se indican allí en las pretensiones de la demanda, por unos pagos que recibió sin justa causa y que no se debían por parte de Positiva y se condene en costas a la parte demandada, en estos términos dejo presentado mi recurso de apelación”.

demandada recibió los dineros pagados por Positiva de buena fe, dado el error administrativo de la entidad, que de acuerdo a lo definido en el artículo 164 del CPACA no hay lugar a recuperar prestaciones pagadas a terceros de buena fe y así lo ha aceptado reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, que además en el proceso no se acreditó la mala fe de la demandada.

Por su parte la parte demandante presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para el efecto aduce que está demostrada la existencia de un enriquecimiento sin causa y que independientemente de que existiera buena fe o no de la demandada hay lugar a ordenar la devolución de dineros recibidos sin ninguna causa legal.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente ordenar la devolución de las mesadas pensionales que en exceso, recibió la parte demandada.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no fue objeto de controversia: **i)** que la ETB mediante Resolución N° 1964 del 21 de octubre de 1997 reconoció a la demandada MARIA ELENA TRIANA VILLAREAL una pensión de jubilación de carácter compartido a partir del 1° de agosto de 1997 en cuantía inicial de \$1.718.638,60 (fls. 11 a 14); **ii)** que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. suscribió un seguro de pensiones con conmutación pensional a favor de la ETB y a través

de éste se obligó a asumir el pago de las pensiones a cargo de la ETB a partir del 1° de septiembre de 2013 (fls. 42 a 64); **iii)** que mediante Resolución GNR 202989 del 10 de agosto de 2013 Colpensiones reconoció pensión de vejez a la demandada a partir del 12 de julio de 2012 en cuantía inicial de \$4.588.652 y en ella definió que el carácter compartido de la prestación con la pensión de jubilación reconocida por la ETB (fls. 75 a 81); **iv)** que entre septiembre del año 2013 y agosto del año 2015 la demandada recibió el pago completo de la mesada pensional que le había reconocido previamente la ETB y también la mesada pensional de Colpensiones (fls.86 a 109 y 303 a 38).

**- Sobre la Devolución de Mayores Valores Pagados**

La controversia en este proceso versa sobre la posibilidad de que la entidad demandante obtenga el reintegro de valores entregados a la demandada como pagos sin causa legal. Ante la falta de regulación legal expresa sobre la materia, la Sala aplicará el principio jurídico del enriquecimiento sin causa, como remedio excepcional que, inspirado en el principio de equidad, permite evitar que se consolide un desequilibrio patrimonial que carece de justificación o fundamento legal.

Para el efecto el Tribunal seguirá el lineamiento definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre esta materia. Dicha Corporación, ha dicho que el enriquecimiento sin causa, como otra fuente más de obligaciones, está orientada a corregir aquellas situaciones en las cuales el patrimonio de un sujeto sufre una mengua, mientras otro acrece en la misma medida sin que exista una razón que explique tal alteración, caso en el cual se impone al juez el deber de adoptar los correctivos necesarios en procura de restablecer la equidad. Dice la Corte que para la prosperidad de la pretensión de la declaración del enriquecimiento sin causa, se requiere el cumplimiento de todos los presupuestos de esta institución (sentencia SL 3814-2020).

Sobre tales requisitos esa Alta Corporación se remite a la sentencia emitida por la Sala de Casación Civil el 19 de diciembre de 2012 dentro del expediente 1999-00280, en dicha providencia se estableció lo siguiente:

*“Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:*

*1° Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.*

*2° Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.*

*Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.*

*Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.*

*El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.*

*3° Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.*

*En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que*

*produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.*

**4°** *Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.*

*Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Él debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.*

**5°** *La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley”.*

Así las cosas, para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, la Sala verificará si se cumplen los presupuestos definidos por la jurisprudencia para que prospere la pretensión de declaración de un enriquecimiento sin causa.

Sobre el primero de los requisitos, *Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.* La Sala considera que dicho presupuesto se cumple, pues la demandada MARIA ELENA TRIANA VILLAREAL recibió entre septiembre de 2013 y agosto de 2015 el pago de dos mesadas pensionales completas; por un lado, la que correspondía a la pensión de jubilación de carácter compartido que le había reconocido la ETB; y por otro, la relacionada con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, lo anterior se deduce de los comprobantes de nómina aportados al expediente por POSITIVA en folios 86 a 109 y el certificado de pagos realizados a la demandante expedido por COLPENSIONES y que obra de folios 303 a 309. Sobre este punto, precisa la Sala que si bien la demandada

en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 4 min. 3:40) no aceptó de manera clara y expresa haber recibido dichos dineros, pues durante esa diligencia se mostró nerviosa, evasiva y contradictoria en las respuestas relacionadas con el recibo de dichos dineros, las documentales referidas demuestran que recibió dichos pagos.

Sobre el segundo de los requisitos, *Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento*, considera la Sala que este presupuesto también ocurrió, pues la entidad demandada fundamenta su empobrecimiento en que entre septiembre de 2013 y agosto de 2015, pagó a la demandada el valor completo de la mesada pensional reconocida por la ETB, cuando para este momento solo tenía a cargo el mayor valor existente entre esta prestación y la reconocida por COLPENSIONES, por tratarse de una pensión compartida (fls. 11 a 14 y 75 a 81). Luego la situación que generó la ganancia y la pérdida es una y es la misma, el hecho de que la entidad demandante girará valores a la demandada por encima de los que le correspondía pagar.

Sobre el tercero de los requisitos, *Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica*. En este punto considera la Sala que el desequilibrio entre los dos patrimonios no tiene causa jurídica alguna, en cuanto no hay razón legal o contractual que fundamente el pago en exceso de una mesada pensional a la demandada, pues los actos administrativos que dispusieron el reconocimiento de la pensión por parte de la ETB y de COLPENSIONES, establecieron de manera clara el carácter compartido entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez, hecho que también opera por disposición legal y que dicho sea de paso, fue aceptado por la demandada en la diligencia de

interrogatorio de parte donde expresamente reconoció saber que la pensión que disfruta es compartida.

Sobre el cuarto de los requisitos, *Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.* En este punto, se advierte que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS no cuenta con otra acción judicial para obtener la devolución de los mayores valores pagados, pues no procedería en el caso bajo estudio una acción para obtener revocatoria o modificación del acto administrativo que reconoció la prestación, pues el pago realizado no se generó por un error del acto administrativo que ordenó el reconocimiento y pago de la pensión, sino por un error de la entidad, quien al no conocer el hecho de que Colpensiones había reconocido la pensión de vejez a la señora TRIANA VILLAREAL, continuó pagando de manera completa el valor de la mesada pensional. Luego no cuenta con otro mecanismo judicial para obtener la devolución del dinero que aquí reclama.

Tampoco puede entenderse que haya operado la excepción de prescripción de la acción, pues se reclama la devolución de mayores valores pagados entre septiembre de 2013 y agosto de 2015, como la demandada se presentó el 19 de mayo de 2016 (fl. 112), se entiende que no trascurrió el término trienal previsto en los artículo 488 del CST y 151 del CPL.

Finalmente, sobre el quinto requisito, *La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.* Concluye la Sala que con esta acción no se elude o evita alguna disposición imperativa de la Ley, pues como se dijo, la entidad demandante no cuenta con otro mecanismo judicial para reclamar la devolución de los valores pagados en exceso y tampoco requiere cumplir procedimiento previo alguno para hacer el reclamo.



En este punto, nótese que a esta controversia no le es aplicable la disposición que define el literal c) del artículo 164 del CPACA, referida a que no hay lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, pues en esta situación la demandante no se considera un particular de buena fe, desde el inicio, cuando se le reconoció la pensión de jubilación por parte de la ETB, se estableció el carácter compartido de la pensión y dicha circunstancia era por ella conocida, luego no es posible deducir buena fe en una persona que conoce las condiciones que regulan su situación pensional y aun así, al recibir mensualmente una diferencia de más de \$4.000.000 por concepto de mesada pensional, no indaga ni realiza lo pertinente para devolver un dinero que sabe, no le corresponde. Se repite, además de que la situación de compartibilidad pensional estaba claramente definida en los actos administrativos, la demandada aceptó en el interrogatorio de parte conocer el carácter compartido de la pensión, luego no es procedente, como lo aduce su apoderado en los alegatos de conclusión, y entender que por esta disposición normativa la demandada no está obligada a devolver el dinero y menos, que pueda obtener un beneficio del error en que incurrió la entidad demandante.

Así las cosas, y demostrado como está el cumplimiento de los presupuestos definidos en la jurisprudencia para que opere la declaratoria de un enriquecimiento sin causa, se revocará la sentencia apelada y se ordenará a la demandada MARIA ELENA TRIANA VILLAREAL devolver los valores de las mesadas pensionales que recibió en exceso.

Para ello, pasa la Sala a definir el valor que corresponde a la demandada devolver, se tendrá en cuenta al efecto, los comprobantes de nómina aportados al expediente en folios 86 a 109, donde consta el valor girado por POSITIVA mes a mes y así mismo para establecer la diferencia, se tendrá en cuenta la certificación de pagos expedida por COLPENSIONES y que reposa

en folios 303 a 309. Advierte el Tribunal que si bien POSITIVA reclama la devolución de las mesadas causadas desde agosto de 2013, dicha mensualidad no se tendrá en cuenta, pues los comprobantes aportados solo dan cuenta de los pagos realizados desde septiembre de esa anualidad.

ÑO	MES	MESADA POSITIVA	MESADA COLPENSIONES	TOTAL RECIBIDO	TOTAL A DEVOLVER
2013	Septiembre	\$ 5.057.146	\$ 4.700.615	\$ 9.757.761	\$ 4.700.615
	Octubre	\$ 5.057.146	\$ 4.700.615	\$ 9.757.761	\$ 4.700.615
	Noviembre	\$ 5.057.146	\$ 4.700.615	\$ 9.757.761	\$ 4.700.615
	Diciembre	\$ 10.114.292	\$ 9.401.230	\$ 19.515.522	\$ 9.401.230
2014	Enero	\$ 5.155.255	\$ 4.791.807	\$ 9.947.062	\$ 4.791.807
	Febrero	\$ 5.155.255	\$ 4.791.807	\$ 9.947.062	\$ 4.791.807
	Marzo	\$ 5.155.255	\$ 4.791.807	\$ 9.947.062	\$ 4.791.807
	Abril	\$ 5.155.255	\$ 4.791.807	\$ 9.947.062	\$ 4.791.807
	Mayo	\$ 5.155.255	\$ 4.791.807	\$ 9.947.062	\$ 4.791.807
	Junio	\$ 10.310.510	\$ 4.791.807	\$ 15.102.317	\$ 4.791.807
	Julio	\$ 5.155.255	\$ 4.791.807	\$ 9.947.062	\$ 4.791.807
	Agosto	\$ 5.155.255	\$ 4.791.807	\$ 9.947.062	\$ 4.791.807
	Septiembre	\$ 5.155.255	\$ 4.791.807	\$ 9.947.062	\$ 4.791.807
	Octubre	\$ 5.155.255	\$ 4.791.807	\$ 9.947.062	\$ 4.791.807
	Noviembre	\$ 5.155.255	\$ 4.791.807	\$ 9.947.062	\$ 4.791.807
	Diciembre	\$ 10.310.510	\$ 9.583.614	\$ 19.894.124	\$ 9.583.614
	2015	Enero	\$ 5.343.937	\$ 4.967.187	\$ 10.311.124
Febrero		\$ 5.343.937	\$ 4.967.187	\$ 10.311.124	\$ 4.967.187
Marzo		\$ 5.343.937	\$ 4.967.187	\$ 10.311.124	\$ 4.967.187
Abril		\$ 5.343.937	\$ 4.967.187	\$ 10.311.124	\$ 4.967.187
Mayo		\$ 5.343.937	\$ 4.967.187	\$ 10.311.124	\$ 4.967.187
Junio		\$ 10.687.874	\$ 4.967.187	\$ 15.655.061	\$ 4.967.187
Julio		\$ 5.343.937	\$ 4.967.187	\$ 10.311.124	\$ 4.967.187
Agosto		\$ 5.343.937	\$ 4.967.187	\$ 10.311.124	\$ 4.967.187
<b>TOTAL</b>					<b>\$ 125.534.062</b>

Por lo dicho se condenará a la demandada a devolver a POSITIVA la suma de \$125.534.062 por los mayores valores recibidos por concepto de pensión. Se ordenará además, la indexación de las sumas adeudadas entre la fecha en que se hicieron exigibles con base en la formula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo girado en exceso por la entidad demandante en su momento, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, como se pidió en la demanda) por el índice inicial vigente para la fecha en que se realizó cada pago.

Finalmente, sobre la pretensión relacionada con la devolución del 8% y 4% pagados en la nómina del mes de julio del año 2012, la

Sala negará dicha solicitud en cuanto no se aportó prueba de lo recibido por la demandante en el mes de julio de 2012.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a MARIA ELENA TRIANA VILLAREAL a pagar a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. la suma de \$125.534.062, suma que deberá ser debidamente indexada, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: SIN COSTAS** en ambas instancias.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

**Magistrado**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**

**SALVO VOTO**

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'M', a '0', a horizontal line, a vertical line, a large loop, and another vertical line, ending with a period.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado**

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C**  
**SALA LABORAL**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Me aparto de lo decidido por la mayoría de la Sala y considero que la decisión del Juez de primera instancia es acertada, pues las mesadas recibidas por la demandada, lo fueron de buena fe y contrario a lo manifestado en la providencia, no estaba obligada a indagar, para establecer un error de la parte actora. Fue quien concedió la pensión quien cometió el error y no se dan las puntuales exigencias, que la misma sala determina para que ocurra un enriquecimiento sin justa causa.



**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0126-2020**

**Radicado N° 01-2017-00617-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **PORVENIR** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la demandada **COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 16 de octubre de 2019, por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante, condenó a **PORVENIR** a trasladar los aportes y rendimientos a **COLPENSIONES**, a quien ordenó autorizar el retorno al RPM y se abstuvo de condenar en costas (fl. 235 a 236, 50:51 cd fl. 251).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 66 a 82).**

**FERNANDO OSPINA VARÓN** solicitó declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS por su afiliación a **PORVENIR** y declarar que está afiliado al RPM, en consecuencia, condenar a **PORVENIR** a trasladar sus aportes y rendimientos a **COLPENSIONES**, a esta última a reactivar su afiliación y actualizar la historia laboral, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 13 de marzo de 1981, se afilió al extinto ISS, cotizando 702 semanas; que el 14 de junio de 2002 se trasladó del RPM al RAIS con su afiliación a **PORVENIR**, sin que dichas AFP brindaran información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Señaló que el 05 de abril de 2017, radicó derecho de petición a **PORVENIR** solicitando invalidar su afiliación, mientras que el 06 de abril de 2017 solicitó su afiliación a **COLPENSIONES**.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación del demandante a la AFP y que presentó solicitud de retornó al RPM. Indicó que no procede el retornó al RPM por la restricción por edad y porque el demandante no cumple los requisitos para retornar en cualquier tiempo, sin que aplique la jurisprudencia de la CSJ porque se exige que al momento del traslado se tenga un derecho causado o una expectativa legítima, lo cual no ocurrió, sin que se pueda alegar el desconocimiento de la Ley a su favor, siendo realizado el traslado conforme la normatividad vigente, siendo que el deber de asesoría apareció con la Ley 1748 de 2014, y el de disponer de herramientas financieras comparativas se creó con el Decreto 2071 de 2015. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica (fl. 132 a 143, 206 a 210).

Mediante auto del 03 de septiembre de 2019 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (fl. 212).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 248, 256, 50:51 cd fl. 251).**

El 16 de octubre de 2019, el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL DEL DEMANDANTE SEÑOR FERNANDO OSPINA VARÓN A TRAVÉS DEL FONDO ADMINISTRADO POR LA SOCIEDAD DEMANDADA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*SEGUNDO: ORDENAR A LA DEMANDADA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES AUTORIZAR EL TRASLADO DEL SEÑOR FERNANDO OSPINA VARÓN AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, CONFORME LO EXPUESTO EN LA PARTE MOTIVA DE ESTE PRONUNCIAMIENTO.*

*TERCERO: ORDENAR A PORVENIR S.A A TRASLADAR LOS APORTES EFECTUADOS POR EL DEMANDANTE FERNANDO OSPINA VARÓN EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, JUNTO CON LOS RENDIMIENTOS QUE SE HUBIEREN CAUSADO O EL BONO PENSIONAL SI HUBIERE LUGAR.*

*CUARTO: SIN COSTAS PARA LAS PARTES EN LA PRESENTE INSTANCIA. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico resolver el litigio sobre los hechos no aceptados de la demanda relativos a la información brindada al demandante al momento de su afiliación, para establecer la procedencia o no de acceder a las pretensiones.

Para resolver indicó que la vinculación del demandante del RPM al RAIS, adoleció de información suficiente para que decidiera con plena libertad la selección de régimen, por cuanto la H. CSJ ha indicado que el deber de asesoría de las AFP está desde su creación y corresponde a la AFP la carga de la prueba del cumplimiento diligente de dicha obligación, sin embargo, la representante legal de PORVENIR indicó que no existe prueba de dicha asesoría distinta al formulario de afiliación, que desconoce si se le indicó que era más provechoso permanecer en el RPM y que no se le notificó personalmente sobre el periodo de gracia para retornar al RPM en virtud de la Ley 797 de 2003, por lo cual, no se le brindaron las herramientas suficientes al demandante para escoger el régimen de su real conveniencia, por tanto, declaró la ineficacia del traslado, porque de haberse enterado el demandante de lo desfavorable de su elección mediante una asesoría completa no debería haber acudido a la justicia. Condenó a la AFP a trasladar la capital del capital adeudado y sus rendimientos. No



condenó en costas por cuanto señaló que la tesis jurisprudencial de la ineficacia del traslado se fue consolidado en el tiempo y no se había estructurado del todo al momento del traslado.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES**, solicitó revocar la sentencia. Indicó que conforme la sentencia C-841 de 2013, la imposibilidad jurídica de obviar la restricción de traslado de régimen pensional por edad protege la equidad y eficiencia pensional al evitar que personas que no cotizaron en el RPM se beneficien de los aportes de los demás, siendo que acceder a las pretensiones afecta el erario por causas derivadas de la negligencia del afiliado sobre su futuro pensional <sup>1</sup> (52:36 cd fl. 251).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia. Señaló que el demandante conoce las características de cada régimen pensional y decidió al RAIS como su mejor opción, que conceder el retorno al RPM afecta la solidaridad pensional y conllevaría al reconocimiento de una prestación para la cual no cotizó, finalmente, que no se puede tener como indicio en contra de la AFP no documentar la asesoría, porque el deber de información solo surgió con la Ley 1748 de 2014 y no se le pueden dar efectos retroactivos a dicha norma<sup>2</sup> (55:17 cd fl. 251).

---

<sup>1</sup> Me permito interponer recurso de apelación contra el fallo aquí proferido, por cuanto como lo venía señalando y se ha venido señalando a lo largo de la defensa de este proceso, tenemos que la sentencia C-841 de 2013, en la que se explica la razón de ser de la imposibilidad jurídica o prohibición jurídica del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, se indica que el RPM se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y semanas puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás resulta contrario no solo al concepto constitucional de equidad del artículo 95 constitucional, sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago adecuado, oportuno y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Esto lo traigo a colación en vista que COLPENSIONES, por tratarse de un fondo administrador del RPM, al ser este un régimen en el que existe la solidaridad en el tema de los aportes realizados, es por esta razón que los jueces debería fallar en contra de esta solicitudes de nulidad de traslado, en vista que el erario público se ve afectado por estas decisiones, las cuales no son otras distintas a la simple negligencia de los afiliados respecto de su situación o futuro pensional, entonces solicito respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que se absuelva a mi representada, que se revoque el fallo aquí proferido en contra de COLPENSIONES, toda vez las razones previamente expuestas por la suscrita. Gracias su Señoría.

<sup>2</sup> Gracias su Señoría. En la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación contra la decisión proferida por este Despacho y solicitó al honorable Tribunal revocar la decisión por las siguientes consideraciones. En primer lugar, el señor Fernando conocía las cualidades propias de la naturaleza del RAIS y tenía conocimiento básico de las características del

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto la omisión del deber de asesoría e información de la AFP conlleva a la ineficacia del traslado. La demandada **PORVENIR** otorgó poder especial a la Dra. Yesenia Tabares Correa, identificada con CC 1.037.608.320 y portadora de la TP 242.706 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada principal de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia, por cuanto sus asesores están capacitados para brindar asesorías, siendo prudente aplicar la carga dinámica de la prueba, a fin de no crear una situación desventajosa a la AFP y para considerar que el deber de información tuvo etapas, en la cual la primera solo obligaba a suministrar información, sin que se exigiera dejar por escrito algún documento referente a dicha asesoría verbal, por lo cual no se puede concluir que no se brindó sin pruebas del demandante, en todo caso, de forma subsidiaria, solicitó no ordenar la devolución de los gastos de administración. Agotado el término, **COLPENSIONES** se abstuvo de presentar alegatos.

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

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

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

---

RPM, aún así, optó por el RAIS como su mejor opción. Así mismo, se debe tener en cuenta que el RPM se basa en solidaridad y conceder el traslado del demandante desde el RAIS contribuye a la desfinanciación del mismo, máxime cuando este traslado se desembocaría en el reconocimiento de una prestación en la cual el demandante no ha cotizado. De igual manera solicitó al honorable Tribunal no tenga en cuenta como indicio en contra de mi representada la falta de documentación de la asesoría del demandante al momento del traslado, ya que el deber de información solo surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014, la cual no cuenta con efecto retroactivo, por tanto, no se puede endilgar a la AFP obligaciones que no tenían al momento del traslado. De esta manera solicitó al honorable Tribunal revocar la decisión proferida por este Despacho y absuelva a mi representada de todas las pretensiones.

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **FERNANDO OSPINA VARÓN** nació el 28 de enero de 1955 (fl. 21); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 21 de octubre de 1988 hasta el 30 de septiembre de 2002, acumulando 53,86 semanas (fl. 144), sin embargo, conforme información de la AFP la OBP indica que tiene 702 semanas cotizadas (fl. 49); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 14 de junio de 2002 (fl. 186), el cual se hizo efectivo el 1° de agosto de 2002 (fl. 187), donde permanece actualmente afiliado y donde a abril de 2017 acumulaba 1262 semanas cotizadas (fl. 47); **v)** el 07 de abril de 2017 **PORVENIR** realizó proyección pensional del demandante, indicando que a los 65 años cotizando el 100% del tiempo logrará una mesada de \$2.107.500 (fl. 45 a 46).

### - **Fundamentos Normativos Sobre Traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, 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.

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

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante, condenó a **PORVENIR** a trasladar los aportes y rendimientos a **COLPENSIONES**, a quien ordenó autorizar el retorno al RPM y se abstuvo de condenar en costas.

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que el demandante conocía las características de cada régimen y escogió el RAIS, que su retorno al RPM afecta la solidaridad pensional e implicaría un reconocimiento prestacional sin cotizaciones, surgiendo el deber de información hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014.

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que no se puede obviar la restricción de traslado por edad, por cuanto implica que el demandante se beneficie de los aportes de los demás afiliados del RPM sin haber aportado, afectando el erario y premiando la negligencia del afiliado sobre su futuro pensional.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo

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

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS por la afiliación a **PORVENIR** el 14 de junio de 2002 (fl. 186), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y

negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, sin que el cumplimiento diligente del deber de asesoría pueda acreditarse solo con el formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación.

No desconoce la Sala que la Dra. Liliana Paola Espitia Hernández, representante legal de **PORVENIR**, indicó que dicha AFP tiene la política de capacitar a sus asesores comerciales y que estos tienen la obligación de explicar a cada potencial afiliado las características de cada régimen pensional y las consecuencias de su traslado, sin embargo, de tales manifestaciones no se puede inferir, de forma cierta y contundente, que el demandante recibió una asesoría de forma completa y comprensible acerca de las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de las AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia se está conociendo en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, y con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema conforme lo prevé el artículo 48 de la Constitución Política, se declarará que **COLPENSIONES** puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la



**ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral quinto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

**CUARTO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado. ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**S03-00148-2020**

**Radicado N° 02 2018 00722 01**

Bogotá treinta (30) de Octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 19 de agosto de 2020 por la Juez Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá. mediante la cual se condenó a la demandada al reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**MARIELA BELTRÁN LINARES** presentó demanda contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se condene a la demandada al pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente,

a partir del 18 de diciembre de 2011, junto con los intereses moratorios que se generen o la indexación de las mesadas pensionales adeudadas.

De forma subsidiaria pide que se le reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, junto con los intereses moratorios o la indexación de las condenas.

Fundamentó las pretensiones, en que convivió con José Agustín Acosta Urrego (Q.E.P.D.), de manera ininterrumpida desde el 20 de agosto de 1986, hasta la fecha de su fallecimiento, que de dicha unión procrearon tres hijos de nombre John Edwin, Edison Acosta y Angy Liceth Acosta Beltrán; que el causante se encontraba afiliado a Colpensiones donde cotizó más de 300 semanas antes del 01 de abril de 1994; que el 18 de diciembre de 2011, falleció por causa de origen no profesional en la ciudad de Medellín; que el 20 de diciembre siguiente solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y mediante Resolución SUB 27973 de 2018, Colpensiones negó el reconocimiento de la prestación, negativa que fue confirmada en resoluciones DIR 6070 del 26 de marzo de 2018 y SUB 27973 de 2018.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con el fallecimiento del causante y su condición de afiliado a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de carencia de inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 54 a 67).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 19 de agosto de 2020, negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y condenó a la demandada al pago de la indemnización sustitutiva. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante señora MARIELA BELTRÁN LINARES, identificada con cédula de ciudadanía 51.763.988, la suma de \$13.774.959 por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente debidamente indexada. **SEGUNDO:** ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las peticiones principales incoadas en su contra por la demandante señora MARIELA BELTRÁN LINARES identificada con cédula 51.763.988, por lo expuesto anteriormente. **TERCERO:** CONDENAR en COSTAS a la parte accionada dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes. **CUARTO:** si no fuere apelado CONSÚLTESE con el Superior”

El Juez definió el problema jurídico en determinar si a la demandante en su calidad de compañera permanente le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del afiliado JOSÉ AGUSTÍN ACOSTA URREGO, a partir del 18 de diciembre de 2011, conforme lo define el Acuerdo 049 de 1990. Al resolverlo concluyó que, si bien la demandante demostró la calidad de compañera permanente y beneficiaria de las prestaciones que se derivan de la muerte de JOSE AGUSTÍN ACOSTA URREGO, éste no causó la pensión de sobrevivencia bajo los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003,

pues no cuenta con ninguna semana cotizada entre el 11 de diciembre de 2008 y el 11 de diciembre de 2011, y tampoco dejó causada en vida la pensión de vejez, a fin de que esta pudiese ser sustituida a la actora. Además, advirtió que la jurisprudencia trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el principio de la condición más beneficiosa, solo permitiría aplicar la norma anterior, es decir, la Ley 100 de 1993 sin modificaciones, pero tampoco se cumplen los presupuestos establecidos en dicha normatividad para causar el derecho pensional. En subsidio, reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$13.774.959.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de la parte demandante pide que se reconozca la pensión de sobrevivientes a favor de la actora. Afirma que el causante dejó acreditados los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 para que la demandante pudiera acceder al derecho pensional, pues contaba con más de 300 semanas cotizadas para el 1° de abril de 1994, norma que sí es aplicable por condición más beneficiosa<sup>1</sup>.

Por su parte, COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia en cuanto dispuso el pago de la indemnización sustitutiva a favor de la demandante. Lo anterior, con fundamento en que ésta no logró acreditar de manera clara y certera el requisito de convivencia mínima con el fallecido, pues los testimonios practicados en el proceso no tenían un amplio conocimiento sobre la relación de la pareja ni tuvieron presente el origen de la muerte del causante, y en la etapa de investigación

---

<sup>1</sup> “Su señoría muy buenas tardes, apelo la decisión tomada por su despacho respecto de la indemnización y no el reconocimiento de la pensión teniendo en cuenta nuevamente los requisitos de la condición más beneficiosa incoada dentro del Acuerdo 049 ya que el señor pues al primero de abril del 94 contaba con más de 300 semanas lo que lo hace beneficiario para tener el reconocimiento de la pensión de vejez por en medio de este Acuerdo. También igualmente, repito en el artículo 53 de la Constitución Política, en el artículo 48 pues habla que el derecho a la seguridad social es irrenunciable y que como con ese principio el señor Jorge Acosta deja acreditado los requisitos para que el cónyuge accediera al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivencia pues de acuerdo al Decreto 049 teniendo el principio de la condición más beneficiosa y sí su señoría, en esos términos pongo mi recurso de apelación”.

administrativa que adelantó la entidad para determinar dicha convivencia, se estableció que el causante falleció en Madrid – Cundinamarca mientras que la actora vivía en Funza – Cundinamarca con sus hijos, y se presentaron incongruencias en las declaraciones rendidas por William Augusto Aldana Romero y Gloria Inés Zipa Monguí<sup>2</sup>.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se reconozca la pensión de sobrevivientes, aplicando el principio de la condición más beneficiosa.

---

<sup>2</sup> “Si señora juez. Me permito interponer recurso de apelación con ocasión a la pretensión subsidiaria relativa al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, argumentos en los que señalo que no es viable con asidero a la inexactitud de los extremos temporales de convivencia existentes entre la demandante y el causante, pues tal y como se aportó al plenario el acto administrativo emitida por mi representada, Resolución SUB 27973 del 31 de enero de 2018 al adelantarse la investigación administrativa se concluyó la existencia de incongruencias en la entrevista realizada a la reclamante, evidenciándose que con antelación al fallecimiento del causante no convivían teniendo en cuenta que el causante se suicidó en una finca de Madrid y la solicitante vivía en Funza con sus hijos, la solicitante se negó a que alguno de los hijos se desplazara a mostrar la finca donde murió el causante. De igual manera y en consonancia con los testimonios expuestos en los que las testigos señalan que no estuvieron presentes al momento en que se veló el causante y tampoco tuvieron conocimiento del origen de la muerte del causante, resulta palmario que no tenían un conocimiento amplio de la cohabitación, relación y lazos afectivos entre la demandante y el difunto al momento del fallecimiento, así mismo, manifestaron que no tiene conocimiento de la fecha de separación ni tampoco el por qué, por convivencia ha entendido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1399 del 2018 que aquella es una comunidad de vida forjada en el crisol del amor responsable y la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria, el acompañamiento espiritual que refleje el propósito realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, así la convivencia real y efectiva entra en una comunidad de vida estable permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico y camino con destino común, lo anterior excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos e incluso las relaciones que a pesar de ser prolongadas no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida, de lo anterior es evidente, que con dichos testimonios no se logró acreditar la convivencia alegada pues no se tiene una certeza absoluta de su existencia a raíz de las contradicciones de lo dicho por los testigos en la etapa probatorio como en las investigaciones realizadas por mi representada. Nótese igualmente que la Resolución que data del año 2014 se señaló que de las declaraciones rendidas por el señor William Augusto Aldana Romero y Gloria Ines Zipa Monguí manifestaron que conocen a la señora Beltrán Linares Mariela alrededor de 20 y 22 años, es decir, desde los años 1993 y 1991 respectivamente, no puede ser posible que desde ningún punto de vista les conste que convivieron desde el año 1986 ya que según el contenido de las declaraciones para dicha fecha los manifestantes no habían conocido a la solicitante y al causante, motivo por el cual les fue negada la indemnización sustitutiva. Por último, debe tenerse en cuenta frente a la sentencia última proferida por la Corte Suprema de Justicia la sentencia SL 1730 del 2020 señalada por la Juez en esta instancia, que de esta se predica un cambio jurisprudencial posterior a la presentación de la demanda, pues resulta palmario que la interposición de la acción laboral se suscitó por cuanto mi representada en distintos actos administrativos argumentó su negativa al reconocimiento de la pensión como de la indemnización sustitutiva por no acreditar los requisitos contemplados en las normas de seguridad social y que se derivan entre ellas la obligación de una convivencia de 5 años continuos con antelación al fallecimiento del causante dada la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia para la fecha, con esos argumentos su señoría dejó expuesto mi recurso de apelación, muchas gracias”.

Por su parte la apoderada de la demandada no presentó alegatos de conclusión.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. En caso de que ello no sea así, determinar si la demandante tiene derecho a la indemnización sustitutiva.

## **VII. CONSIDERACIONES**

No fue objeto de controversia que **i)** JOSE JOAQUIN ACOSTA falleció el 28 de diciembre de 2011 (folio 11); **ii)** que el causante se encontraba afiliado a Colpensiones y cotizó a dicha entidad 777 semanas (fl. 12); **iii)** que la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y mediante Resolución SUB 27973 de 2018 la entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud (fl. 25).

### **- Pensión de Sobrevivientes**

La apoderada de la parte demandante solicita en el recurso, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que se reclama en este proceso.

Sobre este principio, es pertinente señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido en reiterada jurisprudencia (SL 379-2020, SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016), que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, se acepta la aplicación ultractiva de normas derogadas como excepción a la regla general, referida a que la norma que gobierna la situación pensional en un caso específico es la vigente al momento del fallecimiento del causante o la fecha de estructuración del estado de invalidez. Ha dicho la Corte que en aplicación de este principio solo es posible estudiar si el afiliado cumplía los requisitos definidos en la ley inmediatamente anterior a la vigente al momento del hecho que causa el derecho (fallecimiento o invalidez), y que en virtud de ésta el juzgador no puede realizar un estudio histórico de las normas anteriores para encontrar la que se ajusta a la situación o condiciones particulares del caso.

Así las cosas, atendiendo que la causante falleció el 28 de diciembre de 2011 (fl. 11), la norma que regula su situación por aplicación del principio de la condición más beneficiosa, es la contenida en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, sin las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Esta norma define el derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del afiliado que ha cotizado por lo menos 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento (por no encontrarse cotizando al momento del deceso).

Revisadas las pruebas aportadas al expediente, se advierte que la causante no cotizó ninguna semana dentro del año anterior a su fallecimiento, pues la última cotización realizada al sistema de pensiones, según lo acredita la historia laboral aportada al expediente en folio 12, fue el 30 de noviembre de 1997.

Para responder el argumento de apelación referido a que por aplicación del principio de la condición más beneficiosa es posible definir el derecho a la luz del Acuerdo 049 de 1990, lo cierto es que



en aplicación del criterio definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, no es procedente hacer un recuento histórico de normas para encontrar la que se ajusta a la situación del afiliado y así ordenar el reconocimiento de la prestación.

Como el juez de primera instancia llegó a la misma conclusión se confirmará en lo pertinente su decisión.

- **Fundamentos normativos sobre la indemnización sustitutiva y su liquidación.**

Definido lo anterior pasa la Sala a estudiar el siguiente aspecto de la controversia. Para el efecto el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, dispuso el derecho al pago de una indemnización sustitutiva, para los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes. Dicha disposición remite al artículo 37 de la misma ley que contempla, que esta indemnización será equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, y que a este resultado se le debe aplicar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Previo definir el derecho al pago de esta indemnización, la Sala debe estudiar si la demandante acreditó su condición de beneficiaria en calidad de compañera permanente supérstite.

Para ello, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (norma vigente en el momento que se define quién es beneficiario de la prestación) establece esta calidad, en forma vitalicia, para la cónyuge o la compañera permanente supérstite del pensionado, si acredita haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y convivencia por un período no inferior a los cinco (5) años inmediatamente anteriores

al fallecimiento. Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho, que el objeto de esta prestación es proteger el núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte, y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, y SL 11940 de 2017).

Al efecto, dentro de las pruebas que obran en el expediente se encuentran los testimonios rendidos por BEATRIZ REYES VELÁSQUEZ y LUZ MARINA ROMERO CORBA (compañeros de trabajo de la demandante y vecinas de la pareja, audiencia virtual minutos 13:13 y 20:43, respectivamente), afirmaron conocer a la demandante hace 30 y 15 años respectivamente, que desde el momento en que la conocieron ésta ya convivía en unión libre con JOSE AGUSTIN ACOSTA URREGO, que la pareja procreó tres hijos que en la actualidad tienen edades que oscilan entre los 26 y 32 años, y que la pareja convivió hasta el momento del fallecimiento con el causante, cuando éste se suicidó, según lo indicó la primera testigo.

De estas declaraciones concluye la Sala que la demandante convivió más de 5 años con el causante, antes de su muerte, pues a diferencia de lo señalado por la entidad en el recurso, a las testigos les consta de manera directa su dicho y fueron contestes y espontáneas en sus respuestas, por lo que se les otorga credibilidad.

Si bien la testigo LUZ MARINA ROMERO CORBA fue imprecisa en algunas de sus respuestas, pues manifestó que no recordaba las causas del fallecimiento de JOSE AGUSTIN ACOSTA URREGO, que tampoco recordaba el color de la casa de la demandante, pese a que vive a tres cuadras, y en una de sus respuestas indicó que la pareja nunca se separó, y después dijo que en algún momento se separaron pero que no recordaba cuándo pasó, no obstante, fue clara y espontánea respecto de otras circunstancias que relató sobre la forma como conoció a la demandante, la relación de unión marital de la pareja, la convivencia de la demandante con el causante y los

hijos que procrearon, hechos que resultan relevantes a esta controversia.

Para responder a los argumentos de apelación esgrimidos por COLPENSIONES, la Sala estima que las conclusiones a las que llegó la entidad demandada en su investigación administrativa no pueden ser valoradas en este proceso, pues ni la investigación administrativa ni las declaraciones rendidas por William Augusto Aldana Romero y Gloria Inés Zipa Monguí fueron aportadas en el expediente, ni se encuentran contenidas en el expediente administrativo que allegó la entidad.

Así las cosas, definida la condición de beneficiaria de la demandante, se continuará con el estudio de la indemnización sustitutiva. Para el efecto, la forma de liquidar esta prestación, la regula el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 que reglamentó el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dicha disposición establece:

*“Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:  $I = SBC \times SC \times PPC$ . Dónde: SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”.*

En el caso bajo estudio la demandante solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, por considerar tener derecho a ella. Al efecto, se reitera que no es objeto de controversia que el causante falleció el 28 de diciembre de 2011 (fl.

11), ni tampoco la condición de beneficiaria de la demandante, la cual se definió en precedencia.

Así las cosas, revisada la historia laboral obrante en el CD. que contiene el expediente administrativo (fl. 77), se observa que el causante cotizó al sistema de pensiones un total de 777 semanas, las cuales serán tenidas en cuenta para definir el valor de la prestación.

### OPERACIONES

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1975	Julio	23	\$ 1.290	0,35	105,24	298,7043	\$ 385.329	\$ 295.419
1975	Agosto	30	\$ 1.290	0,35	105,24	298,7043	\$ 385.329	\$ 385.329
1975	Septiembre	30	\$ 1.290	0,35	105,24	298,7043	\$ 385.329	\$ 385.329
1975	Octubre	30	\$ 1.290	0,35	105,24	298,7043	\$ 385.329	\$ 385.329
1975	Noviembre	30	\$ 1.290	0,35	105,24	298,7043	\$ 385.329	\$ 385.329
1975	Diciembre	30	\$ 1.290	0,35	105,24	298,7043	\$ 385.329	\$ 385.329
1976	Enero	30	\$ 1.290	0,41	105,24	253,6308	\$ 327.184	\$ 327.184
1976	Febrero	30	\$ 1.290	0,41	105,24	253,6308	\$ 327.184	\$ 327.184
1976	Marzo	30	\$ 1.290	0,41	105,24	253,6308	\$ 327.184	\$ 327.184
1976	Abril	30	\$ 1.290	0,41	105,24	253,6308	\$ 327.184	\$ 327.184
1976	Mayo	30	\$ 1.290	0,41	105,24	253,6308	\$ 327.184	\$ 327.184
1976	Junio	30	\$ 1.290	0,41	105,24	253,6308	\$ 327.184	\$ 327.184
1976	Julio	5	\$ 1.770	0,41	105,24	253,6308	\$ 448.927	\$ 74.821
1977	Marzo	30	\$ 2.430	0,52	105,24	201,6759	\$ 490.072	\$ 490.072
1977	Abril	30	\$ 2.430	0,52	105,24	201,6759	\$ 490.072	\$ 490.072
1977	Mayo	30	\$ 2.430	0,52	105,24	201,6759	\$ 490.072	\$ 490.072
1977	Junio	30	\$ 2.430	0,52	105,24	201,6759	\$ 490.072	\$ 490.072
1977	Julio	30	\$ 2.430	0,52	105,24	201,6759	\$ 490.072	\$ 490.072
1977	Agosto	30	\$ 2.430	0,52	105,24	201,6759	\$ 490.072	\$ 490.072
1977	Septiembre	30	\$ 2.430	0,52	105,24	201,6759	\$ 490.072	\$ 490.072
1977	Octubre	30	\$ 2.430	0,52	105,24	201,6759	\$ 490.072	\$ 490.072
1977	Noviembre	30	\$ 2.430	0,52	105,24	201,6759	\$ 490.072	\$ 490.072
1977	Diciembre	30	\$ 2.430	0,52	105,24	201,6759	\$ 490.072	\$ 490.072
1978	Enero	30	\$ 2.430	0,67	105,24	156,6882	\$ 380.752	\$ 380.752
1978	Febrero	30	\$ 2.430	0,67	105,24	156,6882	\$ 380.752	\$ 380.752
1978	Marzo	30	\$ 2.430	0,67	105,24	156,6882	\$ 380.752	\$ 380.752
1978	Abril	30	\$ 2.430	0,67	105,24	156,6882	\$ 380.752	\$ 380.752
1978	Mayo	30	\$ 2.430	0,67	105,24	156,6882	\$ 380.752	\$ 380.752
1983	Junio	25	\$ 11.850	2,02	105,24	52,0401	\$ 616.675	\$ 513.896
1983	Julio	30	\$ 11.850	2,02	105,24	52,0401	\$ 616.675	\$ 616.675
1983	Agosto	30	\$ 11.850	2,02	105,24	52,0401	\$ 616.675	\$ 616.675
1983	Septiembre	30	\$ 11.850	2,02	105,24	52,0401	\$ 616.675	\$ 616.675
1983	Octubre	30	\$ 11.850	2,02	105,24	52,0401	\$ 616.675	\$ 616.675
1983	Noviembre	30	\$ 11.850	2,02	105,24	52,0401	\$ 616.675	\$ 616.675
1983	Diciembre	30	\$ 11.850	2,02	105,24	52,0401	\$ 616.675	\$ 616.675
1984	Enero	30	\$ 11.850	2,36	105,24	44,6169	\$ 528.710	\$ 528.710
1984	Febrero	30	\$ 11.850	2,36	105,24	44,6169	\$ 528.710	\$ 528.710
1984	Marzo	30	\$ 11.850	2,36	105,24	44,6169	\$ 528.710	\$ 528.710
1984	Abril	30	\$ 11.850	2,36	105,24	44,6169	\$ 528.710	\$ 528.710
1984	Mayo	25	\$ 11.850	2,36	105,24	44,6169	\$ 528.710	\$ 440.592
1984	Noviembre	5	\$ 14.610	2,36	105,24	44,6169	\$ 651.853	\$ 108.642
1984	Diciembre	30	\$ 14.610	2,36	105,24	44,6169	\$ 651.853	\$ 651.853

1985	Enero	30	\$ 14.610	2,79	105,24	37,7204	\$ 551.095	\$ 551.095
1985	Febrero	30	\$ 14.610	2,79	105,24	37,7204	\$ 551.095	\$ 551.095
1985	Marzo	30	\$ 14.610	2,79	105,24	37,7204	\$ 551.095	\$ 551.095
1985	Abril	30	\$ 14.610	2,79	105,24	37,7204	\$ 551.095	\$ 551.095
1985	Mayo	30	\$ 17.790	2,79	105,24	37,7204	\$ 671.046	\$ 671.046
1985	Junio	30	\$ 17.790	2,79	105,24	37,7204	\$ 671.046	\$ 671.046
1985	Julio	30	\$ 17.790	2,79	105,24	37,7204	\$ 671.046	\$ 671.046
1985	Agosto	30	\$ 17.790	2,79	105,24	37,7204	\$ 671.046	\$ 671.046
1985	Septiembre	30	\$ 17.790	2,79	105,24	37,7204	\$ 671.046	\$ 671.046
1985	Octubre	30	\$ 17.790	2,79	105,24	37,7204	\$ 671.046	\$ 671.046
1985	Noviembre	30	\$ 17.790	2,79	105,24	37,7204	\$ 671.046	\$ 671.046
1985	Diciembre	30	\$ 17.790	2,79	105,24	37,7204	\$ 671.046	\$ 671.046
1986	Enero	30	\$ 17.790	3,42	105,24	30,8045	\$ 548.012	\$ 548.012
1986	Febrero	30	\$ 21.420	3,42	105,24	30,8045	\$ 659.833	\$ 659.833
1986	Marzo	30	\$ 21.420	3,42	105,24	30,8045	\$ 659.833	\$ 659.833
1986	Abril	30	\$ 21.420	3,42	105,24	30,8045	\$ 659.833	\$ 659.833
1986	Mayo	30	\$ 21.420	3,42	105,24	30,8045	\$ 659.833	\$ 659.833
1986	Junio	30	\$ 21.420	3,42	105,24	30,8045	\$ 659.833	\$ 659.833
1986	Julio	30	\$ 21.420	3,42	105,24	30,8045	\$ 659.833	\$ 659.833
1986	Agosto	30	\$ 21.420	3,42	105,24	30,8045	\$ 659.833	\$ 659.833
1986	Septiembre	30	\$ 21.420	3,42	105,24	30,8045	\$ 659.833	\$ 659.833
1986	Octubre	30	\$ 21.420	3,42	105,24	30,8045	\$ 659.833	\$ 659.833
1986	Noviembre	30	\$ 21.420	3,42	105,24	30,8045	\$ 659.833	\$ 659.833
1986	Diciembre	30	\$ 21.420	3,42	105,24	30,8045	\$ 659.833	\$ 659.833
1987	Enero	30	\$ 21.420	4,13	105,24	25,4695	\$ 545.557	\$ 545.557
1987	Febrero	30	\$ 21.420	4,13	105,24	25,4695	\$ 545.557	\$ 545.557
1987	Marzo	30	\$ 21.420	4,13	105,24	25,4695	\$ 545.557	\$ 545.557
1987	Abril	30	\$ 21.420	4,13	105,24	25,4695	\$ 545.557	\$ 545.557
1987	Mayo	30	\$ 30.150	4,13	105,24	25,4695	\$ 767.906	\$ 767.906
1987	Junio	30	\$ 30.150	4,13	105,24	25,4695	\$ 767.906	\$ 767.906
1987	Julio	25	\$ 30.150	4,13	105,24	25,4695	\$ 767.906	\$ 639.922
1987	Agosto	24	\$ 39.310	4,13	105,24	25,4695	\$ 1.001.207	\$ 800.966
1987	Septiembre	30	\$ 39.310	4,13	105,24	25,4695	\$ 1.001.207	\$ 1.001.207
1987	Octubre	30	\$ 39.310	4,13	105,24	25,4695	\$ 1.001.207	\$ 1.001.207
1987	Noviembre	30	\$ 39.310	4,13	105,24	25,4695	\$ 1.001.207	\$ 1.001.207
1987	Diciembre	30	\$ 39.310	4,13	105,24	25,4695	\$ 1.001.207	\$ 1.001.207
1988	Enero	30	\$ 41.040	5,12	105,24	20,5364	\$ 842.812	\$ 842.812
1988	Febrero	30	\$ 41.040	5,12	105,24	20,5364	\$ 842.812	\$ 842.812
1988	Marzo	30	\$ 41.040	5,12	105,24	20,5364	\$ 842.812	\$ 842.812
1988	Abril	30	\$ 41.040	5,12	105,24	20,5364	\$ 842.812	\$ 842.812
1988	Mayo	30	\$ 41.040	5,12	105,24	20,5364	\$ 842.812	\$ 842.812
1988	Junio	30	\$ 41.040	5,12	105,24	20,5364	\$ 842.812	\$ 842.812
1988	Julio	30	\$ 41.040	5,12	105,24	20,5364	\$ 842.812	\$ 842.812
1988	Agosto	30	\$ 41.040	5,12	105,24	20,5364	\$ 842.812	\$ 842.812
1988	Septiembre	30	\$ 41.040	5,12	105,24	20,5364	\$ 842.812	\$ 842.812
1988	Octubre	30	\$ 41.040	5,12	105,24	20,5364	\$ 842.812	\$ 842.812
1988	Noviembre	30	\$ 41.040	5,12	105,24	20,5364	\$ 842.812	\$ 842.812
1988	Diciembre	30	\$ 41.040	5,12	105,24	20,5364	\$ 842.812	\$ 842.812
1989	Enero	30	\$ 41.040	6,57	105,24	16,0284	\$ 657.807	\$ 657.807
1989	Febrero	30	\$ 41.040	6,57	105,24	16,0284	\$ 657.807	\$ 657.807
1989	Marzo	30	\$ 41.040	6,57	105,24	16,0284	\$ 657.807	\$ 657.807
1989	Abril	30	\$ 41.040	6,57	105,24	16,0284	\$ 657.807	\$ 657.807
1989	Mayo	30	\$ 41.040	6,57	105,24	16,0284	\$ 657.807	\$ 657.807
1989	Junio	30	\$ 41.040	6,57	105,24	16,0284	\$ 657.807	\$ 657.807
1989	Julio	30	\$ 41.040	6,57	105,24	16,0284	\$ 657.807	\$ 657.807
1989	Agosto	30	\$ 41.040	6,57	105,24	16,0284	\$ 657.807	\$ 657.807
1989	Septiembre	1	\$ 41.040	6,57	105,24	16,0284	\$ 657.807	\$ 21.927
1989	Diciembre	16	\$ 61.950	6,57	105,24	16,0284	\$ 992.962	\$ 529.580
1990	Enero	30	\$ 61.950	8,28	105,24	12,7086	\$ 787.297	\$ 787.297
1990	Febrero	30	\$ 61.950	8,28	105,24	12,7086	\$ 787.297	\$ 787.297
1990	Marzo	30	\$ 61.950	8,28	105,24	12,7086	\$ 787.297	\$ 787.297
1990	Abril	30	\$ 61.950	8,28	105,24	12,7086	\$ 787.297	\$ 787.297
1990	Mayo	30	\$ 61.950	8,28	105,24	12,7086	\$ 787.297	\$ 787.297
1990	Junio	30	\$ 61.950	8,28	105,24	12,7086	\$ 787.297	\$ 787.297
1990	Julio	30	\$ 61.950	8,28	105,24	12,7086	\$ 787.297	\$ 787.297
1990	Agosto	30	\$ 61.950	8,28	105,24	12,7086	\$ 787.297	\$ 787.297

1990	Septiembre	30	\$ 61.950	8,28	105,24	12,7086	\$ 787.297	\$ 787.297
1990	Octubre	30	\$ 61.950	8,28	105,24	12,7086	\$ 787.297	\$ 787.297
1990	Noviembre	30	\$ 61.950	8,28	105,24	12,7086	\$ 787.297	\$ 787.297
1990	Diciembre	30	\$ 61.950	8,28	105,24	12,7086	\$ 787.297	\$ 787.297
1991	Enero	22	\$ 61.950	10,96	105,24	9,6010	\$ 594.781	\$ 436.172
1991	Febrero	1	\$ 89.070	10,96	105,24	9,6010	\$ 855.159	\$ 28.505
1991	Septiembre	17	\$ 54.630	10,96	105,24	9,6010	\$ 524.501	\$ 297.217
1991	Octubre	30	\$ 54.630	10,96	105,24	9,6010	\$ 524.501	\$ 524.501
1991	Noviembre	30	\$ 54.630	10,96	105,24	9,6010	\$ 524.501	\$ 524.501
1991	Diciembre	30	\$ 54.630	10,96	105,24	9,6010	\$ 524.501	\$ 524.501
1992	Enero	30	\$ 70.260	13,90	105,24	7,5703	\$ 531.891	\$ 531.891
1992	Febrero	30	\$ 70.260	13,90	105,24	7,5703	\$ 531.891	\$ 531.891
1992	Marzo	30	\$ 70.260	13,90	105,24	7,5703	\$ 531.891	\$ 531.891
1992	Abril	30	\$ 70.260	13,90	105,24	7,5703	\$ 531.891	\$ 531.891
1992	Mayo	30	\$ 70.260	13,90	105,24	7,5703	\$ 531.891	\$ 531.891
1992	Junio	30	\$ 70.260	13,90	105,24	7,5703	\$ 531.891	\$ 531.891
1992	Julio	30	\$ 70.260	13,90	105,24	7,5703	\$ 531.891	\$ 531.891
1992	Agosto	30	\$ 70.260	13,90	105,24	7,5703	\$ 531.891	\$ 531.891
1992	Septiembre	30	\$ 70.260	13,90	105,24	7,5703	\$ 531.891	\$ 531.891
1992	Octubre	30	\$ 70.260	13,90	105,24	7,5703	\$ 531.891	\$ 531.891
1992	Noviembre	30	\$ 70.260	13,90	105,24	7,5703	\$ 531.891	\$ 531.891
1992	Diciembre	30	\$ 70.260	13,90	105,24	7,5703	\$ 531.891	\$ 531.891
1993	Enero	30	\$ 89.070	17,40	105,24	6,0498	\$ 538.855	\$ 538.855
1993	Febrero	30	\$ 89.070	17,40	105,24	6,0498	\$ 538.855	\$ 538.855
1993	Marzo	30	\$ 89.070	17,40	105,24	6,0498	\$ 538.855	\$ 538.855
1993	Abril	30	\$ 89.070	17,40	105,24	6,0498	\$ 538.855	\$ 538.855
1993	Mayo	30	\$ 89.070	17,40	105,24	6,0498	\$ 538.855	\$ 538.855
1993	Julio	30	\$ 89.070	17,40	105,24	6,0498	\$ 538.855	\$ 538.855
1993	Agosto	30	\$ 89.070	17,40	105,24	6,0498	\$ 538.855	\$ 538.855
1993	Septiembre	30	\$ 89.070	17,40	105,24	6,0498	\$ 538.855	\$ 538.855
1993	Octubre	30	\$ 89.070	17,40	105,24	6,0498	\$ 538.855	\$ 538.855
1993	Noviembre	30	\$ 89.070	17,40	105,24	6,0498	\$ 538.855	\$ 538.855
1993	Diciembre	30	\$ 89.070	17,40	105,24	6,0498	\$ 538.855	\$ 538.855
1994	Enero	30	\$ 107.675	21,33	105,24	4,9343	\$ 531.296	\$ 531.296
1994	Febrero	30	\$ 107.675	21,33	105,24	4,9343	\$ 531.296	\$ 531.296
1994	Marzo	30	\$ 107.675	21,33	105,24	4,9343	\$ 531.296	\$ 531.296
1994	Abril	30	\$ 98.700	21,33	105,24	4,9343	\$ 487.011	\$ 487.011
1994	Mayo	30	\$ 98.700	21,33	105,24	4,9343	\$ 487.011	\$ 487.011
1994	Junio	30	\$ 98.700	21,33	105,24	4,9343	\$ 487.011	\$ 487.011
1994	Julio	30	\$ 98.700	21,33	105,24	4,9343	\$ 487.011	\$ 487.011
1994	Agosto	30	\$ 98.700	21,33	105,24	4,9343	\$ 487.011	\$ 487.011
1994	Septiembre	30	\$ 98.700	21,33	105,24	4,9343	\$ 487.011	\$ 487.011
1994	Octubre	30	\$ 98.700	21,33	105,24	4,9343	\$ 487.011	\$ 487.011
1994	Noviembre	30	\$ 98.700	21,33	105,24	4,9343	\$ 487.011	\$ 487.011
1994	Diciembre	30	\$ 98.700	21,33	105,24	4,9343	\$ 487.011	\$ 487.011
1995	Enero	30	\$ 190.000	26,15	105,24	4,0248	\$ 764.715	\$ 764.715
1995	Febrero	30	\$ 190.000	26,15	105,24	4,0248	\$ 764.715	\$ 764.715
1995	Marzo	30	\$ 190.000	26,15	105,24	4,0248	\$ 764.715	\$ 764.715
1995	Abril	30	\$ 190.000	26,15	105,24	4,0248	\$ 764.715	\$ 764.715
1995	Mayo	30	\$ 190.000	26,15	105,24	4,0248	\$ 764.715	\$ 764.715
1995	Junio	30	\$ 190.000	26,15	105,24	4,0248	\$ 764.715	\$ 764.715
1995	Julio	30	\$ 190.000	26,15	105,24	4,0248	\$ 764.715	\$ 764.715
1995	Agosto	30	\$ 190.000	26,15	105,24	4,0248	\$ 764.715	\$ 764.715
1995	Septiembre	30	\$ 190.000	26,15	105,24	4,0248	\$ 764.715	\$ 764.715
1995	Octubre	30	\$ 190.000	26,15	105,24	4,0248	\$ 764.715	\$ 764.715
1995	Noviembre	30	\$ 380.000	26,15	105,24	4,0248	\$ 1.529.430	\$ 1.529.430
1995	Diciembre	30	\$ 380.000	26,15	105,24	4,0248	\$ 1.529.430	\$ 1.529.430
1996	Enero	30	\$ 328.333	31,24	105,24	3,3690	\$ 1.106.141	\$ 1.106.141
1996	Febrero	30	\$ 227.000	31,24	105,24	3,3690	\$ 764.754	\$ 764.754
1996	Marzo	30	\$ 227.000	31,24	105,24	3,3690	\$ 764.754	\$ 764.754
1996	Abril	30	\$ 227.000	31,24	105,24	3,3690	\$ 764.754	\$ 764.754
1996	Mayo	30	\$ 227.000	31,24	105,24	3,3690	\$ 764.754	\$ 764.754
1996	Junio	30	\$ 227.000	31,24	105,24	3,3690	\$ 764.754	\$ 764.754
1996	Julio	30	\$ 227.000	31,24	105,24	3,3690	\$ 764.754	\$ 764.754
1996	Agosto	30	\$ 227.000	31,24	105,24	3,3690	\$ 764.754	\$ 764.754
1996	Septiembre	30	\$ 227.000	31,24	105,24	3,3690	\$ 764.754	\$ 764.754

1996	Octubre	30	\$ 227.000	31,24	105,24	3,3690	\$ 764.754	\$ 764.754
1996	Noviembre	30	\$ 227.000	31,24	105,24	3,3690	\$ 764.754	\$ 764.754
1996	Diciembre	30	\$ 227.000	31,24	105,24	3,3690	\$ 764.754	\$ 764.754
1997	Enero	30	\$ 274.000	38,00	105,24	2,7696	\$ 758.880	\$ 758.880
1997	Febrero	30	\$ 274.000	38,00	105,24	2,7696	\$ 758.880	\$ 758.880
1997	Marzo	30	\$ 274.000	38,00	105,24	2,7696	\$ 758.880	\$ 758.880
1997	Abril	30	\$ 274.000	38,00	105,24	2,7696	\$ 758.880	\$ 758.880
1997	Mayo	30	\$ 274.000	38,00	105,24	2,7696	\$ 758.880	\$ 758.880
1997	Junio	30	\$ 274.000	38,00	105,24	2,7696	\$ 758.880	\$ 758.880
1997	Julio	30	\$ 274.000	38,00	105,24	2,7696	\$ 758.880	\$ 758.880
1997	Agosto	30	\$ 274.000	38,00	105,24	2,7696	\$ 758.880	\$ 758.880
1997	Septiembre	30	\$ 274.000	38,00	105,24	2,7696	\$ 758.880	\$ 758.880
1997	Octubre	12	\$ 274.000	38,00	105,24	2,7696	\$ 758.880	\$ 303.552
1997	Noviembre	15	\$ 137.400	38,00	105,24	2,7696	\$ 380.548	\$ 190.274

**Indemnización sustitutiva** = SBC x SC x PPC

SBC= \$150.104

SC= 777

PPC= 8.96%

\$150.104 X 777 X 8.96% = **\$10.444.350**

Teniendo en cuenta que la suma aquí definida es inferior a la que tasó el juez de primera instancia, se modificará en lo pertinente su decisión, teniendo en cuenta que este aspecto de la decisión se estudia en consulta a favor de Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia para definir que el valor de la indemnización sustitutiva que COLPENSIONES debe pagar a la demandante corresponde a la suma de \$10.444.350.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado** SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO. En mi criterio se debió conceder la pensión. El derecho reclamado se regula por el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, pues si bien es cierto que la muerte del causante ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, también lo es que para la fecha en que dicha norma entró en vigencia había cumplido todos los requisitos dispuestos en el Acuerdo 049 de 1990 para causar la prestación. Según lo dispone claramente el artículo 25 del Decreto 758 de 1990, y por tratarse de un seguro para el cual venía cotizando el afiliado, el derecho de su núcleo familiar a una pensión de sobrevivientes nacía o se causaba cuando -COMILLAS DE LO DICHO EN LA NORMA- “el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para tener derecho a la pensión de invalidez por riesgo común”. Esta densidad la definía el artículo 6° del mismo decreto, en el cual se exigen 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la invalidez (muerte), o 300 semanas en cualquier época anterior a dicho estado. Sobre la materia, el literal del artículo 26 del citado decreto, dice: “la pensión se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o pensionado”. Esta norma hizo una correcta distinción entre el momento en que se causa la prestación –por un lado-, y el momento en que procede el reconocimiento de la primera mesada –por el otro-, asunto de capital importancia en cuanto de su comprensión dependerá la adecuada escogencia de la norma que regula el derecho del afiliado.





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-00136-2020**

**Radicado N° 03 2018 00268 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante sobre la sentencia proferida el 15 de julio de 2018 por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**OSCAR JULIAN CUESTA MORENO**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 14 de enero de 2013 y el 10 de octubre de 2017 y que éste terminó por decisión unilateral e injusta del empleador. En consecuencia, pide que se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 14 de enero de 2013 a través de un contrato de trabajo a término indefinido, que desempeñaba el cargo de docente tiempo completo en el programa de comunicación social y periodismo, que el 20 de septiembre de 2016 las partes suscribieron un acuerdo denominado “convenio para beneficio educativo posgradual, para el fortalecimiento del personal académico y administrativo”, que suscribió dicho convenio por su interés en realizar un doctorado en la ciudad de México, que la demandada se comprometió a brindar el tiempo requerido para la realización del doctorado a través de una licencia remunerada, que dicha licencia le fue otorgada para asistir al seminario de investigación y tutoría de la tesis doctoral y le fue aprobado un préstamo condonable por \$8.818.000, que tenía como única destinación el pago de la matrícula de doctorado. Aduce que destinó la totalidad del dinero entregado por la demandada a los aspectos pactados en el acuerdo, que cumplió con la totalidad de los aspectos académicos requeridos para llegar a la terminación satisfactoria de su doctorado, que la licencia remunerada fue concedida desde el 1° hasta el 30 de junio de 2017, que entre el 2 y 9 de junio de 2017 viajó a las ciudades de Atenas en Grecia y de Florencia en Italia, que entre el 10 y el 30 de junio de 2017 asistió al seminario de investigación y tutoría de la tesis doctoral en México.

Afirma que el 28 de septiembre de 2017, la Universidad le informó sobre la apertura de una investigación disciplinaria en su contra, citándolo a diligencia de descargos el 3 de octubre siguiente, que el 10 de octubre de 2017 la Universidad le notifica la decisión de dar por terminado el contrato, aduciendo como justa causa, los viajes realizados a Grecia e Italia entre el 1° y 9 de junio de 2017. Dice que dichos viajes fueron financiados con recursos propios y que a la terminación del contrato se descontó del valor de su liquidación el valor del crédito otorgado por la Universidad.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **FUNDACION UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, el cargo desempeñado, el acuerdo educativo suscrito y el descuento realizado de la liquidación de prestaciones del actor, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de falta de causa, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls. 39 a 56).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 15 de julio de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*“**PRIMERO:** ABSOLVER a la Fundación Universitaria Los Libertadores de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante Oscar Julián Cuesta Moreno, conforme la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho al demandante Oscar Julián Cuesta Moreno, las que se tasan en la suma de \$300.000. **TERCERO:** En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte demandante, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo delo artículo 69 del CPL”.*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la terminación del contrato de trabajo del actor se dio por la ocurrencia de una justa causa. Para resolverlo indicó que si bien la norma que citó la demandada en la carta de terminación del contrato, nada tiene que ver con el asunto de la referencia, ésta indicó de manera clara cuál era la causa y razón de terminación del contrato, que de esa causa se deduce que el actor incurrió en la conducta que allí se le

imputa y ello habilitaba a la entidad para por terminado su contrato en cuanto incumplió las obligaciones a su cargo y defraudó la confianza del empleador al darle una destinación diferente al tiempo que se le concedió como licencia remunerada.

### **III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes no presentaron alegatos de conclusión.

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

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones del demandante se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

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

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver la consulta concedida al demandante.

### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la terminación del contrato de trabajo del actor se dio por la ocurrencia de una justa causa.

### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** el demandante laboró al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 14 de enero de 2013 hasta el 10 de octubre de 2017 (fl. 75); **ii)** que el actor suscribió un convenio para beneficio educativo posgradual para el fortalecimiento de la cualificación del personal académico y

administrativo con la Universidad, para adelantar un programa de doctorado en la Universidad Instituto Pensamiento y Cultura en América Latina (fls. 62 a 65); **iii)** que la Universidad demandada concedió una licencia remunerada al actor entre el 1° y el 30 de junio de 2017 (fl. 18); **iv)** y que la demandada dio por terminado el contrato a partir del 10 de octubre de 2017, aduciendo la existencia de una justa causa (fl. 74).

#### - **Sobre la Terminación del Contrato de Trabajo**

Para resolver la controversia, el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en su literal *a)* define en forma taxativa las conductas del trabajador que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, de manera unilateral con justa causa y por ello sin el pago de indemnización.

Dentro de tales conductas, el numeral 6° literal *a)*, al que corresponden los hechos alegados como justa causa, autoriza al empleador el despido del trabajador cuando ha incumplido, en forma grave, con las obligaciones o prohibiciones que exponen los artículos 58 y 60 del CST, o cuando incurre en una falta grave a las obligaciones o deberes que se comprometió en forma específica a cumplir respecto de un empleador determinado. En este último caso, la misma norma faculta a las partes para definir en el contrato, en el Reglamento Interno de Trabajo, en el pacto colectivo o en la convención colectiva, las conductas que se consideran graves, y cuando no estén así definidas en los citados acuerdos, debe el Juez establecer si intrínsecamente tienen ese alcance, analizando en cada caso el incumplimiento del trabajador. Así lo ha aceptado de manera reiterada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL672 de 2019, SL2342 de 2019, SL3447 de 2019, SL3196 de 2019.

En este orden de ideas, debe el Tribunal verificar, de las pruebas aportadas: **i)** si los hechos alegados ocurrieron, **ii)** si tales

hechos constituyen una falta a las obligaciones del trabajador, y **iii)** si éstos revisten gravedad.

**i)** Sobre lo primero, de la carta de terminación del contrato que obra a folio 74 del expediente, se advierte que la Universidad demandada refirió como hecho constitutivo de la justa causa del despido, lo siguiente: *“(...) La razón que nos lleva a tomar esta decisión consiste en que usted, destino el tiempo remunerado que la institución le concedió para dirigirse a Ciudad de México para asistir al doctorado que está cursando en la Universidad Instituto Pensamiento y Cultura en América Latina, para viajar a Europa en compañía de su esposa, lo que es un fin totalmente distinto para lo cual fue otorgada dicha licencia remunerada, incumpléndose así con el plan de incentivos que se acordó con usted. Además de representar una falta a sus obligaciones legales y reglamentarias en los términos del artículo 32 y el literal d del artículo 52 de nuestro Reglamento Interno de Trabajo, este acto cometido por usted y aceptado en la diligencia de descargos, representa una perjuicios para la Institución, toda vez que significa que el apoyo económico que se le ha brindado durante el programa de incentivos y su capacitación para crecer profesionalmente no ha sido aprovechada en su debida forma, generándose desconfianza y representando un mal ejemplo para sus compañeros de trabajo, lo cual no podemos tolerar (...)*”.

Revisado el expediente, concluye la Sala que el hecho referido por la demandada ocurrió, pues además de no haberse controvertido que el actor suscribió un convenio con la demandada, mediante el cual recibió un préstamo condonable para cursar un doctorado en la Universidad Instituto Pensamiento y Cultura en América Latina (fls. 62 a 65), y que en virtud de dicho convenio la universidad le concedió una licencia remunerada entre el 1° y el 30 de junio de 2017 para *“asistir a la ciudad de México a cumplir compromisos académicos del doctorado”* (fl. 67); OSCAR JULIAN CUESTA MORENO aceptó en la diligencia de descargos, para la cual fue citado el día 3 de octubre de 2017 (fls. 70 a 72), que no

permaneció en México durante todo el término de la licencia remunerada concedida, pues la primera semana de junio estuvo en Florencia Italia y Atenas Grecia, y que no informó de este hecho a la Universidad.

Estas manifestaciones fueron además ratificadas por el actor en la diligencia de interrogatorio de parte (CD. 1 min. 6:00), donde señaló que durante la licencia remunerada que se le concedió, se desplazó inicialmente a Europa en compañía de su esposa para asuntos que no hacían parte de sus estudios doctorales. Para la Sala resulta claro entonces, que el hecho aducido en la carta de terminación del contrato ocurrió.

**ii)** Sobre lo segundo, es decir si tales hechos constituyen o no faltas a las obligaciones o prohibiciones del trabajador, la Sala dirá que sí, pues el literal d) del artículo 52 del Reglamento Interno de Trabajo establece que constituye una falta del trabajador la violación de las obligaciones y prohibiciones contractuales o reglamentarias (fl. 110); y dentro de ellas el numeral 32 del artículo 44 del R.I.T establece como obligación especial del trabajador la de *observar estrictamente lo establecido por la institución para la solicitud y otorgamiento de permisos* (fl 97), disposición que no cumplió el actor en cuanto el permiso o licencia a él concedida fue para cumplir compromisos académicos del doctorado.

Además en la diligencia de descargos rendida al preguntársele al actor: “*¿Sabe usted que el hecho de solicitar una licencia con carácter remunerado, y no dedicarse a las actividades para las cuales le fue aprobada (en este caso la realización del doctorado), y de haber recibido efectivamente los pagos laborales correspondientes por parte de la institución, constituye una falta grave de sus obligaciones legales como trabajador, que pueden derivar incluso en la terminación con justa causa de su contrato?*” respondió: “*Sí, si lo sé*” (fl. 71).

Así las cosas, puede concluirse que el actor sabía que la conducta en que incurrió constituía una falta a sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias.

**iii)** Sobre el tercer aspecto, es decir si la falta a sus obligaciones es grave o no, la Sala también responderá afirmativamente, pues las pruebas acreditan que el R.I.T. en su artículo 52 define como falta grave la violación por parte del trabajador de las obligaciones y/o prohibiciones contractuales o reglamentarias (fl. 110), y aunque lo anterior no fuera así, el Tribunal de todas formas entiende que la conducta del trabajador reviste gravedad intrínseca suficiente, aún si no se hubiera acordado en el reglamento Interno de Trabajo darle esa connotación, pues el trabajador dio una destinación distinta a la licencia remunerada otorgada por la Universidad, defraudando la confianza de la entidad y obteniendo provecho indebido del permiso otorgado en virtud del incentivo educativo que le había sido concedido.

Por lo anterior, estando demostrada la existencia de una justa causa legal para el despido del demandante, no queda camino diferente a confirmar la decisión de primera instancia que llegó a igual conclusión.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.



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


**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
Escriba el texto aquí  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

Magistrado

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

Magistrada

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

Magistrado



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

**C03-0038-2020**

**Radicado N° 03-2016-00370-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la demandante **NIDIA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, en contra la sentencia proferida el 27 de marzo de 2019, por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a las demandadas de las pretensiones al declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y se abstuvo de condenar en costas (fl. 786 a 787, 58:33 cd fl. 785).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 450 a 474).**

**NIDIA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ** solicitó declarar la existencia de un contrato verbal de trabajo entre el 1° de octubre de 2003 y el 24 de julio de 2013, en consecuencia, condenar a las demandadas a pagar los salarios, recargo dominical, descansos compensatorios, prestaciones sociales, compensación de vacaciones y aportes a seguridad social causados entre el 22 de diciembre de 2004 y el 24 de julio de 2013, así como a las indemnizaciones por no pago de intereses a la cesantías, no

consignación de cesantías y moratoria, indexación de conceptos no cobijados por la indemnización moratoria, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 1° de octubre de 2003, fue contratada verbalmente por ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA para trabajar en los lotes 20 a 23 del Condominio Campestre Altos del Palmar, en el cargo de ama de llaves, arreglando los lotes, casa, jardines, canchas y cercas, a cambio de un (1) smlmv más un salario en especie consistente en la vivienda en una habitación y servicios de cocina, sala y comedor, prestando su servicio de domingo a domingo. Afirmó que laboró con ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA hasta el 21 de diciembre de 2004, fecha en la cual se practicó el secuestro del inmueble por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, momentos desde el cual se le dejaron de pagar sus acreencias laborales, no obstante, continuó residiendo en el inmueble y prestando su servicio y funciones hasta que voluntariamente entregó el inmueble a la extinta DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES – DNE el 24 de julio de 2013.

Señaló que fue la **FISCALÍA** quien ordenó iniciar el trámite de extinción de dominio y que practicó el 21 de diciembre de 2004, la ocupación del inmueble donde laboró, oportunidad en la que la extinta DNE designó como custodio provisional a ALFREDO MORALES QUINTERO, así mismo, la **RAMA JUDICIAL** dictó sentencia de primera y segunda instancia declarando la extinción de dominio y por ello el inmueble paso a ser propiedad del FONDO PARA LA REHABILITACIÓN INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO - FRISCO administrado por la extinta DNE de conformidad con el **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO**, Fondo que asumió la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. - SAE** a partir del 20 de junio de 2014 con ocasión de la Ley 1708 de 2014. Afirmó que la **LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE BOGOTÁ** y la INMOBILIARIA BUSTAMANTE VÁSQUEZ nunca ejercieron su rol de depositarios a pesar de que con la Resolución 1280 del 2 de noviembre de 2006 de la DNE se removió a ALFREDO MORALES QUINTERO para designarlos como depositarios.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **NACIÓN – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a su naturaleza jurídica, que actualmente la **SAE** es administradora del FRISCO, que la DNE se liquidó y que la demandante presentó reclamación. Indicó que nunca administró el FRISCO; así mismo, que no celebró de forma directa o indirecta ningún contrato de trabajo con la actora, quien nunca le prestó sus servicios personales; de otra parte, afirmó que no existe ningún tipo de responsabilidad solidaria laboral en su cabeza. Interpuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de responsabilidad solidaria y falta de legitimación en la causa por pasiva e improcedencia de responsabilidad derivada de la extinta DNE (fl. 484 a 490).

La **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a su naturaleza jurídica, al proceso de extinción de dominio, la liquidación de la DNE y que la actora presentó una reclamación. Indicó que no existe ninguno de los elementos esenciales de un contrato de trabajo, por cuanto las eventuales actividades desarrolladas por la actora no fueron ni por su orden ni para su beneficio, ya que nunca se desempeñó como uno de sus funcionarios públicos. Interpuso las excepciones de falta de legitimación por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de los no debido, prescripción y buena fe (fl. 3 a 18 Cno contestaciones).

La **NACIÓN – RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con el proceso de extinción de dominio. Indicó que su única intervención fue para resolver el proceso judicial de extinción de dominio, sin generar con ello ningún tipo de perjuicio a la demandante, con quien no sostuvo ningún tipo de relación de servicios, quien confesó que su empleador fue ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la innominada (fl. 34 a 44 Cno contestaciones).

La **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. - SAE** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al proceso de extinción de dominio y que es la actual administradora del FRISCO, así

mismo, que el extinto DNE nombró a la **LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE BOGOTÁ** como depositaria provisional del bien. Indicó que en el acta de secuestro de la **FISCALÍA** no se hizo mención de que la demandante habitara la casa y que solo hasta que se ordenó el desalojo procedió a entregar el bien; de otra parte, afirmó que no tuvo ninguna participación en la presunta relación laboral de la actora, con quien no sostuvo ningún vínculo. Interpuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de responsabilidad solidaria, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción y la innominada (fl. 49 a 66 Cno contestaciones).

Mediante auto del 24 de abril de 2015 (fl. 501), por solicitud de la **SAE** se decretó el llamamiento en garantía de la **LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE BOGOTÁ**. La llamada en garantía se opuso a las pretensiones. Aceptó que la extinta DNE mediante Resolución 1280 de 2006 la designó como depositaria provisional hasta que la **SAE** con la Resolución 4 de marzo de 2016 solicitó su entrega, la cual efectuó el 7 de junio de 2016. Indicó que no sostuvo ningún tipo de vínculo laboral con la actora, de quien informó la ocupación ilegal del bien y ello condujo a su desalojo, sin que ésta hubiera ordenado ni recibido ningún tipo de servicio personal de su parte. Interpuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de responsabilidad solidaria, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses ni indemnización moratorios y declaración de otras excepciones (fl. 535 a 542).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 786 a 787, 58:33 cd fl. 785)**

El 27 de marzo de 2019, el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAS, NACIÓN – MINISTERIO DE JUSTICIA, NACIÓN – RAMA JUDICIAL, NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA LLAMADA EN GARANTÍA LONJA DE BOGOTÁ**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en*

su contra por la Demandante **NIDIA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, conforme la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción denominada **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**, propuesta por cada una de las demandadas.

**TERCERO: SIN CONDENAS EN COSTAS**, ni agencias en derecho en esta sentencia.

**CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte **ACTORA**, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo señalado en el párrafo del artículo 69 CPT y SS. (...)"

Fijo como problema jurídico determinar si entre las partes existió o no un contrato de trabajo, en caso afirmativo establecer extremos temporales, salario y funciones, si hay lugar al reconocimiento de las prestaciones y acreencias solicitadas en las pretensiones o si hay lugar a declarar alguna de las excepciones planteadas.

Para resolver consideró que todas las pretensiones se fundan en demostrar un vínculo laboral. El artículo 24 CST fijó la presunción de contrato de trabajo si se acredita la prestación personal del servicio, presunción que puede ser desvirtuada. No hay controversia que el inmueble donde laboró al demandante fue objeto de secuestro por la Fiscalía 30 delegada ante los Jueces Penales del Circuito, en un proceso de extinción de dominio contra ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA (q.e.p.d.), que finalizó con sentencia que extinguió el dominio el 26 de noviembre de 2007, la cual se confirmó en segunda instancia el 28 de abril de 2008, sin que las pruebas documentales acrediten la relación laboral reclamada con las demandadas, con quienes confesó la demandante que nunca suscribió contrato sino con ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA, quien la contrató de forma verbal como ama de llaves y quien le pagaba sus salarios, lo cual ratificaron los testimonios. Si bien las demandadas tuvieron bajo su custodia el inmueble, ello fue por el proceso de extinción de dominio contra su propietario, siendo designada la DNE como secuestro por la Ley 793 de 2002, quien designó como depositario provisional a ALFREDO MORALES QUINTERO y desde el 02 de noviembre de 2006 el depositario fue la LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE BOGOTÁ, sin que

dicha calidad de secuestres según la Ley 785 de 2002 implique una sustitución de empleador, tal y como indicó la H. CSJ en la SL3901 de 2018, en donde señaló que el empleador es con quien se celebra el contrato de trabajo y quien tiene a su servicio al empleado, sin que se pueda equiparar a administrador, porque si bien lo representa no genera el traslado del rol de empleador, siendo este el único responsable de las obligaciones laborales, regla aplicable a los procesos de extinción de dominio. Así las cosas, el señor ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA era el empleador, quien perdió la titularidad del predio cuando la sentencia en su contra quedó en firme el 28 de abril de 2008. Absolvió a las demandadas y llamada en garantía porque declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

### **III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

Durante el traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes se abstuvieron de presentar sus alegatos.

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

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa a la **DEMANDANTE**, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

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

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

### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si entre la demandante y las sociedades demandadas existió o no un contrato de trabajo con ocasión de la presunta labor como ama de llaves del bien inmueble objeto de extinción de dominio, en caso afirmativo, establecer la procedencia o no de condenar al pago

de acreencias e indemnizaciones laborales reclamadas, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la FISCALÍA 30 DE LA DIRECCIÓN ESPECIALIZADA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO adelantó investigación de bienes contra el señor ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA (q.e.p.d.), bajo radicado 2445 E.D. (fl. 730 a 739); **ii)** con ocasión con ocasión de la precitada investigación, mediante Resolución del 20 de diciembre de 2004, la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, en el curso de la acción de extinción de dominio, ordenó el embargo de los bienes de ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA (q.e.p.d.) el 20 de abril de 2004 (fl. 19 a 24) y se practicó la diligencia de secuestro el 21 de diciembre de 2004, respecto de los lotes 20, 21, 22 y 23 del Condominio Altos del Palmar, identificados con matrícula inmobiliaria 307-54153, 307-54154, 307-54155 y 307-54156, ubicados en la vereda Las Varas del municipio de Ricaurte (fl. 68 a 70 Cno contestaciones); **iii)** Mediante sentencia del 26 de noviembre de 2007, el Juzgado Cuarto (4) Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Extinción de Dominio de Bogotá declaró la extinción del derecho de dominio de los precitados bienes (fl. 80 a 147); providencia que fue confirmada en sentencia del 28 de abril de 2008 proferida la H. Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá (fl. 161 a 210); **iv)** el 24 de julio de 2013, se practicó por parte de CARLOS HERNANDO AGUIRRE, Inspector de Policía de Ricaurte, la diligencia de entrega de los precitados inmuebles, por parte de la demandante (fl. 28 a 30).

### - **El Contrato de Trabajo y el Principio de Primacía de la Realidad Sobre las Formalidades.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 CST, señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario;



a su vez, el artículo 23 CST, establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Conforme las precitadas normas, en un contrato de trabajo una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua subordinación, quien a cambio le paga un salario, extremo contractual que corresponde al empleador. Por lo anterior, será empleador quien ejerza la facultad de subordinación sobre el trabajador, al poderle exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber: remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

Pasa la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**, siendo relevante indicar que conforme con los

antecedentes normativos expuestos, el artículo 22 CST estableció que por el contrato de trabajo una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua dependencia o subordinación, a cambio de un salario; por su parte, el artículo 23 CST consagró los elementos esenciales de este contrato, a saber, la actividad personal, la continua subordinación y un salario.

Así mismo, el artículo 24 CST estableció la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo, por tanto, al promotor del proceso le basta con demostrar la prestación del servicio personal para beneficiarse de la presunción, debiendo la contraparte desvirtuar la misma demostrando que no se cumplen los elementos del contrato de trabajo. Lo anterior materializa el principio de realidad sobre las formas en el ámbito laboral y de la seguridad social, consagrado en el artículo 53 constitucional.

En el presente asunto, la demandante **NIDIA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ** se duele en manifestar que existió un contrato verbal de trabajo del 1° de octubre de 2003 hasta el 24 de julio de 2013, por el cual se desempeñó como ama de llaves de los inmuebles lote 20, 21, 22 y 23 del Condominio Altos del Palmar, identificados con matrícula inmobiliaria 307-54153, 307-54154, 307-54155 y 307-54156, ubicados en la vereda Las Varas del municipio de Ricaurte, en consecuencia, solicitó condenar a las entidades demandadas al pago de las acreencias e indemnizaciones laborales causadas del 22 de diciembre de 2004 al 24 de julio de 2013.

Al respecto, sea lo primero indicar que la propia demandante manifestó en su interrogatorio de parte que fue contratada, de forma verbal, por ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA (q.e.p.d.), propietario de los precitados inmuebles, reafirmando lo dicho en su demanda, circunstancia que fue ratificada por el dicho de los testigos IVÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ CORTES, quien indicó que la demandante vivió en la casa de ROYNE CHÁVEZ (q.e.p.d.) y que era su ama de llaves, siendo responsable de atender a los propietarios, sus escoltas, mantener todo limpio y ordenado, preparar la comida y revisar que todo estuviera en perfecto estado y funcionando, a su vez, el señor FREDY JOVANNY

ORTIZ manifestó que escuchó que quien contrato a la demandante fue ROYNE CHÁVEZ (q.e.p.d.), observando que la demandante se desempeñaba como su ama de llaves, por lo cual la observaba realizando su trabajo en los precitados inmuebles.

La propia demandante manifestó que ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA (q.e.p.d.) le canceló sus salarios, prestaciones laborales y aportes a seguridad social, desde el extremo inicial de la relación y hasta el 21 de diciembre de 2004, lo que concuerdo con los periodos de sus pretensiones, aspecto que reafirma aún más la existencia del contrato de trabajo entre la demandante con la precitada persona natural.

Ahora bien, manifestó la demandante que las cuatro (4) sociedades demandadas y la llamada en garantía, a saber, **NACIÓN – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, NACIÓN – RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO, SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. – SAE** y la **LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE BOGOTÁ** son responsable del pago de sus acreencias laborales, por cuanto se beneficiaron del servicio que como ama de llaves continuó prestando en los bienes de ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA (q.e.p.d.), luego de que se practicó el secuestro de los mismo el 21 de diciembre de 2004 y hasta cuando desalojo voluntariamente los mismos el 24 de julio de 2013.

Al respecto, sea lo primero indicar que no se allegó al expediente ninguna pieza documental que acredite que entre la demandante y alguna de las sociedades demandadas se suscribió contrato o cualquier otro tipo de vinculación por la cual fuera designada en las funciones de ama de llaves de los inmuebles lote 20, 21, 22 y 23 del Condominio Altos del Palmar, identificados con matrícula inmobiliaria 307-54153, 307-54154, 307-54155 y 307-54156, ubicados en la vereda Las Varas del municipio de Ricaurte.

Revisado el expediente, se tiene que una vez la FISCALÍA 30 DE LA DIRECCIÓN ESPECIALIZADA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO, adelantó investigación de bienes contra el señor ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA (q.e.p.d.), bajo radicado 2445 E.D. (fl. 730 a

739), procedió a registrar la medida cautelar de embargo de los precitados inmuebles (fl. 19 a 24) y el 21 de diciembre de 2004 practicó su secuestro (fl. 68 a 70 Cno contestaciones), dejando dichos bienes a disposición de la extinta DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES -DNE hoy **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. - SAE**, en su calidad de administradoras del FONDO PARA LA REHABILITACIÓN INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO -FRISCO, a la vez que se designó como depositario provisional de éstos al señor ALFREDO MORALES QUINTERO, posteriormente, con la Resolución 1280 del 02 de noviembre de 2006, la extinta DNE designó como depositario a la **LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE BOGOTÁ** (fl. 61 a 71, 543vto a 548), finalmente, la extinta DNE expidió la Resolución 0199 del 22 de abril de 2013, por la cual ejerció las facultades de policía administrativa y ordenó hacer efectiva la entrega real y material de los predios (fl. 75 a 77), la que se materializó el 24 de julio de 2013 en la diligencia de entre que practicó CARLOS HERNANDO AGUIRRE, Inspector de Policía de Ricaurte, por parte de la demandante (fl. 28 a 30).

Las anteriores actuaciones no pueden equipararse con la existencia de un contrato de trabajo, figura que requiere necesariamente de dos partes, que de forma libre y voluntaria y siguiendo los requisitos generales del artículo 1502 CC más los requisitos especiales consagrados en los artículos 22, 23, 29, 37 entre otros del CST, acuerdan que una de ellas, persona natural, preste sus servicios personales subordinados a favor de la otra a cambio de un salario.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba del precitado acuerdo entre la demandante y las entidades, inclusive, conforme las pruebas documentales allegadas, la diligencia de secuestro practicada el 21 de diciembre de 2004 en Ricaurte (fl. 68 a 70 Cno contestaciones), fue atendida por ALFREDO MORALES QUINTERO, de ahí que fuera designado como depositario provisional de los bienes (fl. 25 a 27), sin que en el acta se mencione a la demandante. De otra parte, las fotografías aportadas por la demandante (fl. 413 a 425) no demuestran en modo alguno la realización de labores personales

subordinadas a favor de alguna de las demandadas, a lo sumo acreditan que la demandante y su núcleo familiar habitaron los bienes embargados por la autoridad en el curso del proceso de extinción de dominio.

Es así como todos los testimonios practicados a solicitud de la parte demandante, a saber, Iván Andrés Rodríguez Cortes, Amanda Sánchez Estrella, Fredy Jovany Ortiz, Diana Rocío Méndez Sánchez y Rómulo Medina Matta, todos coincidieron en indicar que la demandante y su núcleo personal, residieron en las propiedades que fueron de propiedad de ROYNE ELÍAS CHÁVEZ GARCÍA (q.e.p.d.) hasta su lanzamiento definitivo el 24 de julio de 2013, a la vez que la propia demandante manifestó que desde el 21 de diciembre de 2004 perdió contacto con su empleador ROYNE CHÁVEZ (q.e.p.d.); a la vez, reconoció en su interrogatorio que conocía del proceso de extinción de dominio, pese lo cual, sin que logre acreditar acuerdo de voluntad alguno con las demandadas, residió en dichos bienes, en los cuales realizó sus reuniones sociales (fl. 414 a 416, 424 a 425), circunstancias que más que demostrar un trabajo subordinado conllevan a inferir es la ocupación del predio.

Por las anteriores consideraciones, la Sala concluye que no existen elementos de prueba suficientes para acreditar la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y alguna de las entidades demandadas, por lo cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

#### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado.**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada.**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado.**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**S03-0131-2020**

**Radicado N° 04-2018-00146-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, en contra de la sentencia proferida el 21 de mayo de 2019, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que condenó a la **UGPP** a reconocer la pensión convencional por despido injusto, desde el 1° de abril de 2006, en cuantía inicial de \$4.813.057 y 13 mesadas anuales, así como al pago de las diferencias causadas, indexadas, no pagadas del 27 de febrero de 2015, con sus ajustes anuales, declaró prescriptas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 27 de febrero de 2015 y condenó en costas a la demandada (fl. 307, 18:04 cd fl. 303).

## **I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 157 a 174).**

**JAIRO ANTONIO ERASO AGREDA** solicitó declarar que la **UGPP** sustituyó a la extinta CAPRECOM, así como declarar que entre el 07 de marzo de 1985 al 31 de marzo de 2006 existió un contrato de

trabajo con la extinta EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE NARIÑO – TELENARIÑO S.A. E.S.P., que finalizó sin justa causa el empleador, siendo beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre su empleador y SINTRATELENARIÑO, en consecuencia, condenar a la **UGPP** al pago de la pensión convencional de jubilación con el 75% del promedio salarial del último año, con sus incrementos legales, el retroactivo por las diferencias causadas con la pensión legal de jubilación desde febrero de 2015, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el Decreto 1607 de 2003 dispuso la liquidación de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE NARIÑO – TELENARIÑO S.A. E.S.P., de quien fue trabajador oficial, del 07 de marzo de 1985 al 31 de marzo de 2006, siendo el ultimo cargo de *Profesional Jefe de Planta Interna*, siendo su último salario básico de \$2.557.313 y salario promedio de \$6.417.410, siendo despedido el 31 de marzo de 2006 por culminación del proceso de liquidación, estando vigente las CCT suscritas entre su empleador y SINTRATELENARIÑO de 1998-1999, 2000-2001 y 2002-2003, perteneciendo a dicho Sindicato. Afirmó que CAPRECOM con la Resolución 2553 de 2006 le reconoció pensión convencional de jubilación, liquidada sobre el salario básico, subsidio de alimentación y transporte de los últimos 10 años. Indicó que adelantó proceso laboral antes el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Pasto, Rad. 2012-00311, que declaró que la relación laboral finalizó sin justa causa. Por su parte, con los Decreto 1440, 653 y 2408 de 2014, la **UGPP** asumió las pensiones de la extinta CAPRECOM. Indicó que el valor correcto de la primera mesada es de \$4.863.351, pero que el valor reconocido fue de \$2.910.929.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (178 a 181).**

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación del demandante a TELENARIÑO S.A. E.S.P., el reconocimiento pensional y los factores salariales



devengados en el último año de servicios. Indicó que CAPRECOM le reconoció pensión convencional de jubilación por cumplir 20 años de servicios, que corresponde al 100% del sueldo básico y los subsidios de alimentación y transporte, que erróneamente se realizó con el promedio de los últimos 10 años y no con el del último año, sin embargo, señaló que hacerlo así resultaría en un valor inferior al reconocido. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y la genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 307, 18:04 cd fl. 303).**

El 21 de mayo de 2019, el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a reconocer al señor JAIRO ANTONIO ERASO AGREDA la pensión convencional por despido injusto a partir del 1° de abril de 2006, en cuantía inicial de \$4.813.057 y en consecuencia condenar a pagar las diferencias causadas y no pagadas a partir del 27 de febrero de 2015, junto con los reajustes legales anuales, en 13 mensualidades al año y con la indexación de las sumas no pagadas.*

*SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 27 de febrero del año 2015.*

*TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.*

*CUARTO: en caso de no ser apelada esta decisión, envíese al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, en grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar los hechos de la demanda que no fueron negados a fin de establecer la procedencia o no de acceder a las pretensiones.

Para resolver indicó que CAPRECOM con la Resolución 2553 de 2006 reconoció al demandante la pensión de jubilación convencional desde el 1° de abril de 2006 por haber trabajado 20 años, en cuantía

de \$2.910.929, conforme el artículo 31 CCT, de la que se aportó copia con constancia de depósito, no obstante, dicha norma convencional estableció que si hay despido, la pensión será el 75% del promedio mensual de los salarios devengados en el último año de servicios, disposición mucho más favorable, por cuanto la liquidación de la Entidad genera la terminación legal pero injusta según la posición de la H CSJ, hecho que incluso se declaró en la sentencia del 15 de julio de 2013 del Juzgado 03 Laboral de Pasto, en el proceso 2012-311. Afirmó que el salario promedio fue de \$6.417.410, siendo el 75% la suma de \$4.813.057. Condenó al pago de la diferencia a la **UGPP**, quien reemplazó a CAPRECOM conforme los Decretos 1389 de 2013, 1440, 653 y 2408 de 2014. Indicó que al carecer la reclamación administrativa de constancia de recibido, la prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda y declaró prescritas las diferencias anteriores al 27 de febrero de 2015.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN.**

La demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** solicitó revocar la condena. Afirmó que el demandante ya tenía causado el derecho a la pensión convencional de jubilación, por lo cual no es aplicable la pensión por despido, de otra parte, indicó que la convención no reguló los factores con incidencia en el IBL de la pensión convencional por despido, por cuanto solo determinó el IBL de la pensión que disfruta el demandante, por tanto, resultaría desfavorable acceder a la misma porque el IBL se calcula conforme el Decreto 1158 de 1994 y no con los factores ordenados en la sentencia <sup>1</sup> (19:21 cd fl. 303).

---

<sup>1</sup> De forma respetuosa interpongo recurso de apelación contra la sentencia por usted proferida, para que el honorable Tribunal del Distrito Judicial Sala Laboral de Bogotá revoque la sentencia por las siguientes razones. Con el debido respeto, los fundamentos de defensa de la entidad por las cuales solicitó se revoque la sentencia, por cuanto la reliquidación de la pensión con el 75% del promedio de lo devengado con el último año de servicio de conformidad y por ser beneficiario de la convención colectiva de trabajo vigente para la época, es una situación que no se discute ni debate en este proceso porque la misma Resolución reconoce la aplicación del artículo 31 de la Convención Colectiva, pero la discrepancia no es otra que la tasa de reemplazo y los factores salariales, por cuanto el demandante tenía causado el derecho al cumplir los 20 años de servicios y por tal razón no es aplicable la pensión en el sentido que se reconozca como despido sin justa causa porque ya tenía causado la pensión de jubilación por 20 años de servicios como lo contempló el artículo 31 de la convención, es decir, si el demandante ya tenía causado un derecho, a estas alturas no se puede causar un retroceso y aplicar una pensión diferente, pues ya el interesado laboró para la extinta EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE NARIÑO – TELENARIÑO, como Jefe de Planta Interna, por el periodo comprendido del 07 de marzo de 1985 al 31 de marzo de

2006, como ya está probado en el proceso, para un total de 21 años y 25 días, por lo tanto, se le reconoció por CAPRECOM la pensión convencional de jubilación con la Resolución 2553 de 2006, conforme al artículo 31 literal d) de la convención colectiva de trabajo, a la cual no hago mención porque reposa dicha convención y es suficiente solo mencionándolo el artículo. De acuerdo a la normatividad anterior, no cabe duda de que al demandante se le reconoció el derecho conforme a la convención, que es Ley para las partes y lo que ella dicte en los acuerdos entre los trabajadores y la empresa, aún así, si existe un error en la liquidación que favorece al demandante pero que no es posible corregirlo en este proceso. Ahora bien, si se quiere dar aplicación a una norma diferente a la estipulada en la convención colectiva de trabajo, los factores a tener en cuenta no son los ordenados en esta sentencia, ya que con abuso del derecho quiere que se integre el IBL de esa pensión, la Corte Suprema de Justicia indicó que los factores con incidencia en la base pensional, cuando la convención no los regula, son los que la Ley vigente en el momento regule, es decir, para el caso en concreto la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, con más razón cuando en la convención colectiva se acordó que la Ley entraría a cubrir lo que no se contempla en dicha convención, claro está que si bien no lo dice de manera expresa, de lo que se plasmó en ella se ve que la Ley debe cubrir los vacíos, como en el artículo 4 de la Convención que dice “en caso de vacío legal se aplicará el principio de favorabilidad”, es decir, el texto convencional y la sana lógica extraen que lo que no tenga la convención regulado la Ley entra a regir, por lo tanto, al existir un vacío en la reglamentación de los factores con incidencia pensional, se debe aplicar los que contempla la Ley 100 de 1993, claro está, que en el caso que se acoja se debe aplicar el 75% del salario del último año de servicios, por despido sin justa causa, situación que deja muy mal parado al demandante ya que su IBL con los factores indicados en el Decreto 1158 son taxativos y su pensión se desmejoraría, ya que la convención incluyó al salario básico más los subsidios de alimentación y transporte, al respecto, traigo a colación la sentencia SL3648 de 2018, donde el MP Dr. Jorge Prada Sánchez sostuvo la tesis del suscrito “A partir del cuestionamiento de la censura, la Sala observa que debe definir si el Tribunal se equivocó en tal razonamiento al considerar que, para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación convencional reconocida al actor con fundamento en el numeral 3 del artículo 34 de la convención colectiva de trabajo, la regla del Acuerdo 049 de 1990 no era aplicable, y que si lo era la señalada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. El numeral 3 del artículo 34 de la convención colectiva de trabajo dispone: 3) La Empresa reconocerá el beneficio de jubilación conforme a la Ley, pero para los trabajadores que a septiembre 1 de 1997 se encontraran laborando en la empresa, reconocerá este beneficio sin consideración a la edad una vez cumplan treinta (30) años de servicios continuos en ella. Ahora bien, conforme al artículo 289 de la Ley 100 de 1993, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo fue expresamente derogado a partir del 23 de diciembre de 1993, lo cual significa que para el momento en que se le reconoció la pensión convencional, la única norma legal que podía aplicarse en virtud de la remisión convencional, era la Ley 100 de 1993, en tanto el precepto del estatuto sustantivo laboral ya había sido derogado. Sobre el punto, en un caso contra la misma demandada, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL594-2018, fijó la siguiente posición: Claramente, la Sala observa que la norma convencional fuente del derecho pensional cuyo monto de la mesada es objeto de disputa en casación, consagró el reconocimiento de una pensión de «jubilación» de acuerdo con «la ley», en lo no regulado expresamente por la misma convención. Esto significa que, en virtud del acuerdo de voluntades de las partes contratantes (empresa y sindicato), la pensión de jubilación allí consagrada, en lo no previsto en la convención, quedó ligada a lo que el legislador haya dispuesto sobre sus requisitos. A la pregunta de cuál ley es la referida por el citado texto, dada su indeterminación, la respuesta no puede ser otra que la que estaba vigente para el momento de causación del derecho pensional. La respectiva convención colectiva es de vigencia 2001-2003 y el actor causó la pensión especial de jubilación convencional con 30 años de servicio, sin importar la edad, el 26 de octubre de 2001, calenda para la cual no estaba vigente el artículo 260 del CST (por derogación expresa del artículo 258 (sic) de la Ley 100 de 1993). Esto significa que por la remisión a la ley que hace el texto convencional en comento, para precisar el contenido del derecho en lo no previsto por la convención, se debe acudir a la norma vigente sobre pensiones, esto es la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, sin distinguir si la regulada es una pensión de jubilación por cuenta del empleador o de vejez a cargo del ISS u otro ente administrador de pensiones. [...] El monto a ser aplicado al citado IBL es el previsto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 de 1990. Dado que para el 1 de abril de 1994, el actor tenía más de 40 años de edad, es beneficiario del régimen de transición a que hace referencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por lo mismo mantiene como requisitos la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión; el ingreso base de liquidación es el descrito en el artículo 36 ibídem, porque al entrar en vigencia dicha norma, al actor le faltaban menos de 10 años de servicio para cumplir los requisitos, que en este caso corresponde a los de la pensión de jubilación convencional. De lo dicho, para efectos de determinar el monto de la pensión de jubilación convencional, se ha de tener en cuenta el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aplicado al IBL descrito por el 36 de la Ley 100 de 1993. Lo anterior, teniendo en cuenta que, como ya se dijo, el 260 del Código Sustantivo del Trabajo fue derogado expresamente antes de la firma de la convención colectiva de trabajo contentiva de la pensión de jubilación a liquidar.”, de lo anterior se concluye que la liquidación de la pensión convencional se ajusta al texto que la regula y es conforme a la Ley, de aplicarse la liquidación con el 75% de los factores devengados en el último año de servicio, se debe hacer conforme al régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994 y no como se ha ordenado en la sentencia, porque con el texto convencional no se discriminan cuales son los emolumentos que tienen incidencia pensional y cuales no, claro está, que con la excepción de que la pensión de 20 años de servicios ahí sí están descritos los factores, que son el salario básico, el auxilio de alimentación y de transporte, queda así su señoría sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias.

El demandante **JAIRO ANTONIO ERASO AGREDA** solicitó modificar la sentencia. Indicó que se aportó la factura del envío de la reclamación administrativa, en la cual se indica que se remitió el 05 de diciembre de 2017 y que la fecha estimada de entrega era el 07 de diciembre de 2017, cuyo recibido no fue reputado por la **UGPP**, por tanto, solicitó acceder al pago del retroactivo por los 3 años anteriores a la reclamación <sup>2</sup> (28:23 cd fl. 303)).

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del del **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto se acreditó la terminación sin justa causa del contrato, por lo cual tiene derecho a la pensión por despido, prestación más favorable. El apoderado de la **UGPP** solicitó revocar la condena, por cuanto afirmó que el demandante causó el derecho a la pensión convencional por jubilación, por lo cual no puede pretender que se aplique una pensión diferente, cuyos factores de IBL no fueron acordados convencionalmente, por lo cual son los establecidos en el Decreto 1158 de 1990, que con una tasa de

---

<sup>2</sup> Estando en un 99,99% de acuerdo con el fallo de primera instancia, no obstante, presento mi recurso de apelación frente a la fecha de reconocimiento de la retroactividad, la cual no fue tenida en cuenta por el Despacho la fecha de la reclamación administrativa. Con esto quiero decir su Señoría que comparto, repito, en su gran proporción la sentencia de primera instancia, pero en lo referente a la reclamación administrativa que no fue tenida en consideración y que el Despacho tomó la decisión de tomar la fecha de radicación de la demanda, manifiesto que en primer lugar la reclamación administrativa aparece adjuntada en el acervo probatorio en el numeral 141 y la fecha aparece 4 de diciembre de 2017, se anexó en su momento una constancia en original de factura que aparece en el folio 140, factura 964586036, donde aparece la fecha en que recibe el correo, ese correo se envió en ese entonces desde la ciudad de Pasto a través de Servientrega y la fecha que aparece ahí no es otra que 05 de diciembre de 2017 y aparece la fecha en que se recepcióna Servientrega que es las 11:47 am, cual es el destinatario, es el señor UGPP en la dirección carrera 68 No. 13-37, aparece el número de teléfono y todo, de igual manera, en otro aparte de ese original, aparece la dirección del remitente que es mi nombre y el teléfono y todo. Esto es una prueba que no se le dio el valor respectivo por parte de la primera instancia, considero que es un yerro, de manera muy respetuosa, porque si aparece la certificación de la factura y el envío por parte de Servientrega, adicionalmente, manifiesto al honorable Tribunal Superior de Bogotá que no fue refutado el recibo de la reclamación administrativa ni la fecha del acervo probatorio, eso no fue endilgado, refutado y por consiguiente mal hace la primera instancia en no tener en consideración, porque el retroactivo es considerable si no se toma esa fecha, con ese documento, yo considero que el tribunal debe revocar parcialmente la sentencia única y exclusivamente frente a la retroactividad y teniendo en cuenta 3 años hacia atrás desde que se envió la reclamación administrativa, que esta desde el 05 de diciembre de 2017. Una referencia adicional es que la fecha de entrega aproximada la colocó en ese tiempo Servientrega el 07 de diciembre de 2017, con esa fecha le solicito de manera muy respetuosa al Tribunal que se vaya de manera retroactiva 3 años hacia atrás, que sería el 07 de diciembre de 2014, desde el año 2014 se tendría que calcular la retroactividad y hacer efectivo el pago del mayor valor adicional que le corresponde a mi representado, por ser acreedor a la pensión extralegal convencional de jubilación de conformidad al artículo 31 parágrafo segundo inciso tercero por haber trabajado más de 15 años de la extinta TELENARIÑO S.A. E.S.P. y por haber sido despedido sin justa causa. Hasta aquí mi recurso de apelación. Muchas gracias.

reemplazo del 75% conllevan a un valor de mesada inferior al reconocido.

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

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

## **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de la **UGPP**.

## **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si procede o no el reconocimiento de la pensión convencional por despido al demandante con ocasión de la terminación de su contrato de trabajo con TELENARIÑO S.A. E.S.P., en caso afirmativo, establecer su monto a fin de dilucidar si le asiste o no derecho a que se condene a las pretensiones reclamadas, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el Decreto 1607 de 2003 dispuso la supresión y liquidación de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE NARIÑO – TELENARIÑO S.A. E.S.P.; **ii)** el demandante **JAIRO ANTONIO ERASO AGREDA** laboró para TELENARIÑO S.A. E.S.P. del 07 de marzo de 1985 al 31 de marzo de 2006, siendo su último cargo

*Profesional Jefe de Planta Interna*, el cual finalizó de forma unilateral sin justa causa por parte del empleador, conforme sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Pasto del 15 de julio de 2013, confirmada mediante sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto del 15 de agosto de 2014, dentro del proceso ordinario laboral 52001310500320120031100(01) (Cno 2 expediente 2012-311); **iii)** la extinta CAPRECOM mediante Resolución 2553 del 1° de diciembre de 2006 reconoció la pensión convencional de jubilación al demandante, conforme el literal d) del artículo 31 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en TELENARIÑO S.A. E.S.P., a partir del 1° de abril de 2006, en cuantía de \$2.910.929 (fl. 28 a 33).

**- Sobre la naturaleza y alcance de las convenciones colectivas de trabajo.**

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

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

Ahora bien, la H. CSJ señaló que el artículo 467 del CST establece que las convenciones colectivas regulan las condiciones que rigen los contratos de trabajo durante su vigencia, la cual se puede prorrogar por términos sucesivos de seis meses en virtud del artículo

477 CST, mientras que el artículo 474 CST establece que la convención surte efectos aun si se disuelve el sindicato contratante. Por las anteriores consideraciones, la Alta Corporación concluyó que las convenciones surten efectos más allá de la existencia jurídica del empleador o sindicato que las suscriben, respecto de los derechos que se originaron en vigencia del contrato laboral, tal y como indicó en las sentencias SL Rad. 32.598 del 30 de septiembre de 2008, SL9951 de 2014, SL5341 de 2019, entre otras.

Así mismo, la H. CSJ ha sostenido que son las partes de la convención las llamadas a fijar su sentido y alcance en virtud de su libertad de negociación, sin embargo, cuando se somete la convención a apreciación judicial, la misma debe ser considerada como una prueba y, por ende, el Juez laboral podrá apreciarla conforme el principio de libre formación del convencimiento del artículo 61 CPTSS a fin de establecer de forma lógica y razonable su alcance, tal y como indicó en las sentencias SL4929 de 2015, SL20748 de 2017, SL3781 de 2019, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia condenó a la **UGPP** a reconocer la pensión convencional por despido injusto, desde el 1° de abril de 2006, en cuantía inicial de \$4.813.057 y 13 mesadas anuales, al pago de las diferencias causadas indexadas no pagadas del 27 de febrero de 2015, con sus ajustes anuales, declaró prescriptas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 27 de febrero de 2015 y condenó en costas a la demandada.

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación, por la cual solicitó modificar la sentencia, a fin de declarar la prescripción de las mesadas considerando la fecha estimada de entrega de la reclamación administrativa conforme la factura de envío.

El apoderado de la **UGPP** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que el causante ya tenía causado el derecho a la pensión convencional de jubilación, por lo cual

no puede optar por la pensión convencional, en todo caso, indicó que esta última es menos favorable, por cuanto el IBL se calcula conforme el Decreto 1158 de 1994, por cuanto la convención no determinó los factores con tal efecto, por lo que al aplicar el 75% de tasa de reemplazo da un valor de mesada inferior al reconocido.

Pasa la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UGPP**, siendo relevante que conforme los antecedentes normativos expuestos, la convención colectiva de trabajo, conforme el artículo 46 de la Ley 6 de 1945, es el pacto entre empleador y uno o más sindicatos, a fin de fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia. La convención debe celebrarse por escrito y depositarse dentro de los 15 días siguientes a su firma, conforme el artículo 469 CST.

Ahora bien, la H. CSJ ha sostenido que son las partes las llamadas a fijar el sentido y alcance de la convención, sin embargo, cuando la misma es sometida a apreciación judicial, la misma se considera como una prueba y debe ser apreciada conforme el principio de libre formación del convencimiento del artículo 61 CPTSS, para establecer de forma lógica y razonable su alcance, tal y como indicó en las sentencias SL4929 de 2015, SL20748 de 2017, SL3781 de 2019, entre otras.

En el presente asunto, no es objeto de controversia que el demandante, en su calidad de trabajador oficial de la extinta EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE NARIÑO – TELENARIÑO S.A. E.S.P., laboró del 07 de marzo de 1985 al 31 de marzo de 2006, siendo el último cargo de *Profesional Jefe de Planta Interna*, siendo beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo del suscrita entre el empleador y SINTRATELENARIÑO 2002-2003, vigente a la fecha de terminación del contrato, al punto que la extinta CAPRECOM le reconoció al demandante la pensión convencional de jubilación consagrada en el literal d) del artículo 31 convencional.

Ahora bien, mediante sentencia de primera instancia del 15 de julio de 2013, proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Pasto



y confirmada el 15 de agosto de 2014 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, proferidas en el proceso ordinario laboral 52001310500320120031100(01), se determinó que la causa de terminación del contrato fue legal más no justa, decisión que se cuenta en firme y con pleno efectos (Cno 2 expediente 2012-311).

Así las cosas, toda vez que se allegó copia de la Convención Colectiva de Trabajo 2002-2003 (fl. 245 a 270, 278 a 304), se da plenos efectos probatorios a la misma, de cuyo análisis la Sala determina que en efecto el literal f) del párrafo primero de su artículo 31 consagró una pensión convencional por despido injusto a favor del trabajador después de cumplir 15 años de servicios a la empresa, equivalente al 75% del promedio mensual de los salarios devengados en el último año de servicios.

Llama la atención que la precitada norma no se ocupó de definir los factores con incidencia en el cálculo del IBL de la precitada pensión, por cuanto se limitó a indicar el término salarios, sin embargo, el artículo 18 convencional definió que es salario la suma del sueldo básico más los incrementos salariales, convencionales y legales pactados, de otra parte los artículo 22 a 29 se encargaron de consagrar diferentes derechos convencionales, sin indicar de forma expresa que los mismos harían parte de la base para el cálculo de la pensión convencional por despido, sin que exista norma convencional alguna que indique disposición alguna en tal sentido, ni en la Convención Colectiva de 2002-2003, ni en las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas con anterioridad para 1998-1999 (fl. 197 a 231) y 2000-2001 (fl.232 a 244).

Lo anterior permite inferir, conforme el principio de interpretación útil de la norma, que si hubiera sido voluntad de las partes establecer el IBL de la pensión por despido, hubieran utilizado la formula que sí usaron al momento de definir el monto de la pensión convencional de jubilación, por cuanto en el literal d) del artículo 31 convencional fijaron, de forma expresa, que estaría conformado por el 100% del último sueldo básico devengado más el subsidio de transporte y el subsidio de alimentación, formula que no dejó duda

alguna de como conformar el IBL, sin que dicha manera de establecer la base pensional hubiera sido utilizada con la pensión convencional por despido.

En consecuencia, le asiste razón al apoderado de la **UGPP** cuando manifestó que al no haber sido fijada la conformación del IBL de la pensión convencional por despido, resulta necesario acudir al Decreto 1158 de 1994, el cual modificó el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 sobre los factores que hace parte de la base para el calculo de cotizaciones a pensión de los servidores públicos, a saber, la asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, trabajo suplementario o jornada nocturna y la bonificación por servicios.

Considerando los anteriores factores, la Sala verificó el *Certificado R.T.S. 0066-06* emitido por el director de la Unidad de Personal del Patrimonio Autónomo de Remanentes, quien manifestó que conforme los registro y documentos de la extinta TELENARIÑO S.A. E.S.P., el demandante devengó en el último año de servicios (1° de abril de 2005 - 31 de marzo de 2006) sueldo, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios, prima de antigüedad, vacaciones y prima de vacaciones (fl. 21 a 23), de los cuales solo son factores con incidencia pensional el sueldo.

En consecuencia, acceder a la pretensión de declarar que el demandante se beneficia de la pensión por despido, implicaría desmejorar sus condiciones pensionales, por cuanto la misma se liquidaría sobre el 75% del promedio del sueldo devengado en el último año de servicios, mientras que la pensión convencional de jubilación, por expreso mandato convencional, resulta en mayor cuantía por cuanto equivale al 100% del último sueldo básico devengado más el subsidio de transporte y el subsidio de alimentación.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia, por lo cual la Sala se abstendrá de estudiar el recurso de apelación del

demandante, por cuanto el mismo parte del supuesto de que exista sentencia condenatoria.

Costas de primera instancia a cargo del demandante. Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

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

**SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, de todas las pretensiones elevadas en su contra.

**TERCERO:** Costas de primera instancia a cargo del demandante **JAIRO ANTONIO ERASO AGREDA**. Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE** SALVO VOTO  
Magistrada

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C**  
**SALA LABORAL**

La razón que me lleva a apartarme de la decisión de la sala radica en que en aplicación de la interpretación más favorable en beneficio del trabajador, la sentencia de primera instancia debió sin duda en mi criterio ser confirmada.

Efectivamente el artículo 21 del CST, señala que en cas de duda o conflicto sobre aplicación de norma vigentes del trabajo; en este caso las de la convención, **prevalece la más favorable al trabajador**, que en este caso sin duda es la consagrada en el artículo 31, de la suscrita ente Telenariño y Sintratelenariño, la cual en su inciso final contempla una pensión por despido injusto.

La norma en mención dispone que en caso de despido injusto se le reconocerá al trabajador una pensión **equivalente al 75% del promedio mensual de los salarios devengados en el último año de servicios**, lo que en este caso arroja una suma de \$ 4.813.057, superior a aquella obtenida con el 100% del ultimo salario básico, más subsidio de transporte y alimentación con la que se obtenía una mesada de \$2.694.221; desde luego porque se otorga como una sanción al despido injusto, con determinado tiempo de servicio, así también se tenga derecho a la plena.

Esta norma convencional se refiere a salarios, luego no es posible como hizo la Sala acudir a conceptos como IBL, para establecer el monto de la mesada, pues es clara y se refiere a un porcentaje de los salarios en el caso de la plena a determinados conceptos y tiempo o 100% del último salario básico, más subsidio de transporte y alimentación o 75%, del promedio mensual de los salarios devengados en el último año de servicios, si el trabajador es despedido injustamente, con 15 años de servicio, hecho no discutido y acreditado en el proceso.



En ese orden lo decidido en primera instancia, luce, en mi criterio acertado y debió confirmarse.



**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada



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

**S03-0119-2020**

**Radicado N° 06-2017-00734-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandante **MARÍNELA RÍOS MESA** en contra de la sentencia proferida el 04 de octubre de 2019, por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., absolvió a la demandada de las pretensiones y condenó en costas a la demandada (fl. 121, 07:35 cd fl. 123).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 4 a 13).**

**MARÍNELA RÍOS MESA** solicitó declarar que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente superstite, en consecuencia, condenar a **PORVENIR** al reconocimiento y pago del 50% de la mesada pensional, causado desde febrero de 2004 y sus intereses.

Como fundamento fáctico señaló que convivió con HUGO ALBERTO APONTE ORTIZ (q.e.p.d.) desde febrero de 1998, compartiendo techo y lecho desde junio de 1998, siendo beneficiaria

en salud de su compañero permanente y residiendo en Bogotá, unión de la cual procrearon un (1) hijo, que nació el 08 de octubre de 2000 y cuyo nombre es JUAN DAVID APONTE RÍOS, siendo relevante que el causante en su trabajo relacionó a la demandante y su hijo como su núcleo familiar. Señaló que el 02 de febrero de 2004 falleció su compañero, por lo cual **PORVENIR** reconoció el 50% de la pensión de sobrevivientes a favor de sus hijos menores, mientras que la mitad restante la dejó en suspenso porque MARÍA MERCEDES CHACÓN AGUILAR, quien es madre de un hijo del causante, reclamó la pensión, no obstante de que es la demandante la compañera permanente del occiso.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la existencia de JUAN DAVID APONTE RÍOS. Indicó luego del fallecimiento HUGO ALBERTO APONTE ORTIZ (q.e.p.d.), se presentó a reclamar la pensión de sobrevivientes la señora YOLANDA LÓPEZ GANOA, quien acreditó un vínculo matrimonial vigente con el causante y una convivencia del 04 de julio de 1992 al 15 de mayo de 1999, así como que procreó 2 hijos con el causante, ambos menores de edad, llamados ANA MARÍA APONTE LÓPEZ y DANIELA APONTE LÓPEZ, mientras que la demandante demostró que procreó con el causante a JUAN DAVID APONTE RÍOS, no obstante, no demostró que convivió con éste durante los 5 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, motivo por el cual el porcentaje que le correspondería, del 25%, quedó en reserva hasta tanto no se defina si les asiste o no derecho. Interpuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe de la AFP, compensación, prescripción y la innominada o genérica (fl. 47 a 55).

Mediante auto dictado en oralidad en la audiencia del 10 de octubre de 2018, se dispuso la vinculación de **YOLANDA LÓPEZ GANOA** como litisconsorte necesaria por pasiva, quien se notificó personalmente de la demanda en su contra el 14 de noviembre de 2018 (fl. 110) y quien no allegó contestación alguna, por lo cual

mediante auto del 23 de enero de 2019 se tuvo por no contestada la demanda (fl. 116).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 121, 07:35 cd fl. 123).

El 04 de octubre de 2019, el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia, en la cual resolvió:

*“(...) **ABSOLVER** a la accionada sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. **COSTAS** a cargo de la parte demandante vencida en el proceso, se fija la suma de \$300.000 por concepto de agencias en derecho (...)”* (cd fl. 123)

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si la demandante cumple los requisitos o no para acceder a la pensión de sobrevivientes en su calidad de presunta compañera permanente superstite.

Para resolver indicó que el causante falleció el 02 de febrero de 2004, por tanto, la norma aplicable es la Ley 797 de 2003, la cual consagró como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes al compañero permanente que acredite una convivencia con el causante en los 5 años anteriores. Indicó que **PORVENIR** demostró que reconoció la pensión de sobrevivientes a **YOLANDA LÓPEZ GANOVA**, en un 25%, como cónyuge superstite, por cuanto la cónyuge superstite convivió con el causante desde el 04 de julio de 1992 al 15 de mayo de 1999, por su parte, distribuyó el 50% de la prestación a los hijos menores del causante, mientras que el 25% restante quedó en suspenso, indicando la demandante que convivió con el causante por más de 5 años antes de su muerte, sin embargo, las pruebas documentales acreditan un lapso inferior de convivencia, porque la afiliación como beneficiaria a salud fue inferior a dicho plazo, mientras que el contrato de arriendo no demuestra por sí solo que la convivencia entre la demandante y el causante continuó luego de su desafiliación y hasta su muerte, sin que la declaración juramentada de la propia actora sea conducente porque nadie puede fabricar su propia prueba.



### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **MARÍNELA RÍOS MESA** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Afirmó que se desconoció el debido proceso porque no se aplicó la presunción de hechos ciertos por la inasistencia de **YOLANDA LÓPEZ GANOVA** a la audiencia del artículo 77 CPTSS, así mismo, que **PORVENIR** desconoció el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008 porque sí reconoció la parte pensional a la cónyuge superstite y la negó a la compañera permanente, a pesar de que estaban en igualdad de condiciones probatorias en sede administrativa, señalando que, en todo caso, las pruebas documentales demuestran que la demandante convivió más de 5 años con el causante y hasta su fallecimiento<sup>1</sup> (08:08 cd fl. 123).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

---

<sup>1</sup> Interpongo recurso de apelación. Dando aplicación al artículo 66 CPTSS, interpongo el recurso ante el Tribunal Superior, Sala Laboral, con el fin de que revoque la decisión adoptada hoy, 04 de octubre de 2019, por el Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá. Considero, honorables magistrados, que la señora Juez violó el artículo 29 de la constitución, el debido proceso, ya que es aplicable a toda clase de actuación judicial y administrativa, y esto considero que se ha violado, teniendo así una violación directa por falta de aplicación en debida forma del artículo 77 CPTSS, especialmente el numeral 2, que dice: "(...) excepto si se trata de la demandada, se presumirán por ciertos los hechos susceptibles de confesión (...)", es así, honorables magistrados, que aquí se notificó desde el año pasado, en octubre, a la señora YOLANDA LÓPEZ, quien legalmente sería la contraparte de MARÍNELA RÍOS MESA, por eso, debe tenerse en cuenta que PORVENIR es solo un camino, un canal, que mantiene esos dineros detenidos, tanto así que en febrero de 2004, PORVENIR acepta a la señora MARÍNELA RÍOS MESA con los documentos aportados, así mismo, se viola la Ley 1204 de 2008, especialmente el artículo 6, que en la parte que interesa a este togado no aplicó la señora Juez, quien paso por alto que esa norma dice: "(...) Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto (...)", eso, honorables magistrados, obviamente no se debatió en este proceso pero si se tuvo en cuenta porque fue la contestación que hizo PORVENIR, quien le reconoce y paga a la señora YOLANDA LÓPEZ, obviamente porque hay un registro civil de matrimonio y una declaración extrajuicio donde ella dijo que vivió con el causante hasta 1999, situación que nunca se probó, sin que se tenga en cuenta a folio 57 del registro la declaración extrajuicio de MARÍNELA RÍOS, quien está en la misma condición, no le pagan pero a PORVENIR si le paga, y por principio de igualdad debió habersele cancelado a las dos partes en partes iguales. También debe tenerse en cuenta honorables magistrados que MARÍNELA RÍOS estuvo hasta el 04 de febrero, cuando muere el causante, entonces, está legalmente probado, honorables magistrados, que desde el 28 de enero de 1999 hasta el día que fallece estaban conviviendo juntos, esos 6 meses faltantes, su Señoría, los toma esta defensa con la declaración extrajuicio para completar así 5 años y 3 meses, por lo cual se cumpliría el requisito que establece, ya que los demás requisitos los cumple, por eso, su Señoría, se acata la decisión de la Juez pero no la comparto, y se apela para que ustedes honorables magistrados revoquen esa decisión y le den el derecho que tiene MARÍNELA RÍOS sobre ese porcentaje que PORVENIR tiene detenido, teniendo en cuenta que ella tiene un hijo con el señor HUGO ALBERTO APONTE ORTIZ, que nació en el año 2000, ella hoy no ha venido obviamente porque no tiene los recursos, vive en Fresno Tolima, vino el día de la audiencia, no tenía para quedarse ni para los pasajes, por consiguiente, se tuvo que devolver, por ello, solicitó a los honorables magistrados revoquen esta decisión y que se le den los derechos que se están solicitando en la demanda. Muchas gracias su Señoría..

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de **PORVENIR** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto la demandante no acreditó que convivió con el causante en los 5 años inmediatamente anteriores a su deceso. Agotado el término de traslado, la **DEMANDANTE** se abstuvo de presentar alegatos.

## V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho no a la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de HUGO ALBERTO APONTE ORTIZ (q.e.p.d.), en caso afirmativo, establecer la procedencia de acceder a las demás pretensiones, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **MARÍNELA RÍOS MESA** concibió con el causante HUGO ALBERTO APONTE ORTIZ (q.e.p.d.) a JUAN DAVID APONTE RÍOS, quien nació el 08 de octubre de 2000 (fl. 23 a 24); **ii)** el causante falleció el 02 de febrero de 2004 (fl. 19).

### - **Sobre la Norma Aplicable a la Pensión de Sobrevivientes.**

Ha sido posición pacífica y reiterada de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicar que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante,

tal y como ha señalado en las sentencias SL Rad. 33.210 del 17 de octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de 2017, SL496 de 2018, SL2214 de 2018, SL308 de 2019, SL3526 de 2019, entre otras.

- **Sobre la pensión de sobreviviente a favor del compañero permanente en vigencia de la Ley 797 de 2003.**

La Ley 797 de 2003 modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 y consagró como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común. Respecto de la compañera permanente, estableció que puede ser beneficiaria de dicha prestación, siempre y cuando cumpla el requisito de convivencia con el causante exigido por precitadas normas.

En cuanto el concepto de convivencia, la H. CSJ indicó que es la comunidad donde prevalece una relación afectiva y sentimental de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, que debe acreditarse de forma ininterrumpida por el periodo exigido en la norma vigente, tal y como ha reiterado en las sentencias SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019 entre otras. De otra parte, La H. CSJ ha indicado que existe convivencia cuando si a pesar de no compartir el mismo techo ello obedece a situaciones particulares y transitorias, situación que permiten inferir que las partes no desean acabar con la relación, tal y como afirmó en la sentencia SL1399 de 2018.

De otra parte, la H Sala de Casación Laboral de la CSJ modificó en la sentencia SL1730 de 2020 su postura jurisprudencial sobre la exigencia de una convivencia de 5 años cuando quien fallece es el afiliado cotizante a pensiones, por cuanto indicó tal requisito establecido en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por lo anterior, solo sí quien falleció estaba pensionado, la compañera permanente deberá acreditar un periodo mínimo de convivencia de 5 años inmediatamente anteriores a su deceso, tal y

como indicó la H. CSJ en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante, por cuanto indicó que la demandante no acreditó la convivencia con el causante por los 5 años inmediatamente anteriores a su deceso.

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que se vulneró el derecho al debido proceso por no aplicar la presunción derivada de la inasistencia de **YOLANDA LÓPEZ GANOVA** a la audiencia del artículo 77 CPTSS, que **PORVENIR** desconoció el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008 y que las pruebas documentales sí acreditan que la demandante convivió más de 5 años con el causante antes de su muerte.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que conforme con los antecedentes normativos expuestos, la fecha del fallecimiento determina la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes. En el presente asunto, el causante falleció el 02 de febrero de 2004 (fl. 19), por tanto, la normatividad aplicable es la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 y consagró como beneficiarios a los miembros del grupo familiar del afiliado cotizante a pensión que fallece por riesgo común.

En lo que respecta a la compañera permanente superstite, será beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de forma vitalicia si a la muerte del causante tiene 30 o más años de edad o si a pesar de no cumplir dicha edad procreó hijos con éste. Respecto del requisito de un periodo de convivencia de 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante, el mismo solo será exigible si el causante era pensionado, tal y como indicó la H. CSJ en la sentencia SL1730 de 2020, postura jurisprudencial que acoge el suscrito magistrado sustanciador y por la cual modifica su posición al respecto, a fin de

dar aplicación al precedente jurisprudencial vertical, motivo por el cual bastara con acreditar la calidad de *compañero permanente al momento del deceso del causante cotizantes a pensiones* para acreditar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, resulta pertinente indicar que la H. CSJ en la precitada sentencia SL1730 de 2020, citó expresamente la sentencia C-521 de 2007, en la cual la H. Corte Constitucional estableció que la familia constituida por la voluntad responsable de conformarla implica que no se requiera acreditar una convivencia de 2 años para adquirir la calidad de *compañero permanente* en lo que respecta al Sistema General de Seguridad Social Integral; así mismo, la H. CSJ también se refirió expresamente a la sentencia C-1035 de 2008, en cuanto indicó que en dicha providencia se mencionó de forma expresa que en Colombia se aplica un criterio material para definir el beneficiario de la pensión de sobrevivientes, que no es otro que la convivencia efectiva al momento de la muerte.

Pasa la Sala a verificar si la demandante cumple los anteriores requisitos. La demandante **MARÍNELA RÍOS MESA** manifestó que convivió con el causante desde junio de 1998 hasta su deceso. Ahora bien, para sustentar su dicho, allegó como pruebas el registro civil de nacimiento de JUAN DAVID APONTE RÍOS el 08 de octubre de 2000 (fl. 23 a 24), certificación de que fue beneficiaria en salud del causante entre el 08 de agosto de 1999 y el 1° de mayo de 2003 (fl. 29); copia del contrato de arrendamiento de vivienda urbana ubicada en la Calle 43A Sur 63-15 de Bogotá, suscrito el 21 de enero de 2003 y con un plazo de 12 meses (fl. 31) y certificado de póliza de seguro de vida grupo, vigente del 1° de junio de 2002 al 1° de julio de 2002 (fl. 32), así mismo, llama la atención de la Sala que la demandante manifestó en su reclamación pensional que residió con el causante en la Calle 41 Sur 72H-10 de Bogotá (fl. 21), dirección distinta a la del inmueble arrendado en 2003.

Del estudio de los anteriores elementos materiales de prueba, se puede colegir que si bien el causante HUGO ALBERTO APONTE ORTIZ (q.e.p.d.) y la demandante **MARÍNELA RÍOS MESA**, arrendaron el

inmueble ubicado en Calle 43A Sur 63-15 de Bogotá por 12 meses desde el 21 de enero de 2003 (fl. 31), así mismo, que concibieron a JUAN DAVID APONTE RÍOS el 08 de octubre de 2000 (fl. 23 a 24), siendo la demandante beneficiaria en salud del causante entre el 08 de agosto de 1999 y el 1° de mayo de 2003 (fl. 29), a la vez que la incluyó como parte de su grupo familiar del seguro que tomó el causante entre el 1° de junio de 2002 y el 1° de julio de 2002 (fl. 32).

Del análisis de los anteriores elementos de prueba, es posible inferir, de forma razonable, que no se logra acreditar, de forma contundente, que la unión marital de hecho entre el causante y la beneficiaria estaba vigente al momento de su deceso, por cuanto la cobertura de la demandante como beneficiaria del causante finalizó desde mayo de 2003, así mismo, no se indicaron las circunstancias en las cuales se dio el cambio de residencia, lo que impide establecer si en el nuevo domicilio del causante también vivió la demandante o no, por cuanto fue ella quien allegó dicha información sin que exista prueba de ello, así mismo, que el seguro en el cual el causante refirió a la demandante como parte de su núcleo familiar solo estuvo vigente en junio de 2002 y que la existencia de un hijo en común no demuestra ni desdice una unión marital de hecho.

Por su parte, vistas las pruebas documentales allegadas por **PORVENIR**, se tiene que se limitan a la declaración extrajuicio que rindió el 12 de febrero de 2013 la señora MARÍA INÉS ORTIZ DE APONTE, madre del causante, en donde señaló no conocer a una persona con mejor derecho que **YOLANDA LÓPEZ GANOA** (fl. 73), así mismo, la AFP aportó la declaración extrajuicio que presentó la demandante el 24 de febrero de 2004 (fl. 57), misma que no puede ser considerada como prueba de los hechos a favor de la demandante en virtud del principio que impide a las partes fabricar su propia prueba.

Así las cosas, es dable concluir que en el presente asunto, la demandante **MARÍNELA RÍOS MESA** no acreditó la unión marital del hecho con el causante al momento de su fallecimiento, sin que la inasistencia de la demandada **YOLANDA LÓPEZ GANOA** a la audiencia del artículo 77 CPTSS conlleve a la aplicación de la sanción

procesal de tener por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión, por cuanto la Juez de primera instancia indicó, de forma clara y expresa, que al tratarse la controversia sobre un derecho cierto e indiscutible, resulta necesario acreditar la convivencia, sin que la misma se demuestre del análisis del conjunto de pruebas practicadas.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-00137-2020**

**Radicado N° 07 2018 00219 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 19 de julio de 2019, por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato, se condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**JEISSON ESTEBAN RAMIREZ BARRETO**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **SAUTO ANDINA SAS**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 15 de enero de 2016 y el 2 de agosto de 2016 y se condene al pago de indemnización por despido injusto, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo y costas del proceso.



Fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 15 de enero de 2016 mediante contrato de trabajo a término indefinido, que desempeñaba el cargo de auditor de producto y de proceso; que devengaba la suma mensual de \$850.000; que el 2 de agosto de 2016 la demandada terminó el contrato de trabajo sin justa causa; que a la fecha no le han cancelado las prestaciones adeudadas a la terminación del contrato, ni la indemnización por despido injusto que le corresponde.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**SAUTO ANDINA SAS EN REORGANIZACIÓN** se allanó a las pretensiones 1 y 8, frente a las demás se opuso. En cuanto a los aceptó en su mayoría los hechos de la demanda y solo negó los relacionados con el despido sin justa causa, aduciendo que la terminación del contrato se dio por la situación económica y administrativa de la empresa. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 31 a 43).

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

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 19 de julio de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo y condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*“**PRIMERO:** DECLARAR que entre el demandante señor JEISSON ESTEBAN RAMIREZ BARRETO, como trabajador, y la sociedad SAUTO ANDINA SAS EN LIQUIDACION como empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo vigencia desde el 15 de enero de 2016 hasta el 2 de agosto de 2016, el cual culminó sin justa causa por parte de la sociedad*

empleadora. **SEGUNDO:** DECLARAR que para la fecha de terminación del contrato de trabajo existente entre las partes, no se cancelaron las prestaciones sociales al demandante.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior CONDENAR a la sociedad SAUTO ANDINA SAS EN LIQUIDACION a pagar a favor del demandante las siguientes sumas de dinero:

- Cesantías la suma de \$510.232.
- Intereses a las cesantías la suma de \$33.676
- Vacaciones la suma de \$233.750.
- Prima de servicios la suma de \$510.235
- Por concepto de indemnización de que trata el artículo 65 del CST la suma de \$20.400.000, correspondientes a un día de salario por cada día de mora a partir del 3 de agosto de 2016 y hasta el 2 de agosto de 2018, a partir del 3 de agosto de 2018 deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima que certifique la superfinanciera.

- Por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de \$850.000. **CUARTO:** ABSOLVER a la sociedad demandada ABSOLVER a la demandada SAUTO ANDINA SAS EN LIQUIDACION, de las demás pretensiones incoadas en su contra. **QUINTO:** DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas. **SEXTO:** Se condena en costas a la sociedad SAUTO ANDINA SAS EN LIQUIDACION y se tasan las agencias en derecho en 7% de las condenas impuestas”

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente la condena al pago de las prestaciones e indemnizaciones reclamadas. Para resolverlo indicó que al expediente no se aportó prueba del pago de las prestaciones a la terminación del contrato, ni se acreditó la existencia de una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. Sobre la indemnización moratoria, dijo que la demandada no se encontraba en proceso de reorganización para la fecha en que terminó el contrato y que además su conducta no reviste buena fe en cuanto se abstuvo de pagar los emolumentos adeudados a sabiendas de la existencia de su obligación.

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

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación únicamente frente a la condena al pago de la indemnización moratoria. Para sustentar el recurso aduce que no existió mala fe de la empresa al abstenerse de pagar las prestaciones debidas, que no desconoce su obligación y que el no pago se debe a la situación económica por la que atraviesa la sociedad y por la que se vio obligada a entrar en proceso de reorganización. Solicita que se niegue la indemnización moratoria reconocida y se tenga en cuenta que se conducta de no pago se debe a la situación por la que atraviesa la empresa<sup>1</sup>.

### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

---

<sup>1</sup> “Gracias señor Juez, teniendo en cuenta lo definido por esta sede judicial me permito formular recurso de apelación para ante la honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, particularmente o únicamente frente a la parte resolutive número 2 o el artículo número 2 del resuelve de la sentencia que acaba de ser proferida, nosotros no desconocemos tal como se ha mantenido durante todo el conducto del trámite procesal, la relación laboral, la existencia del pago de las prestaciones sociales, la existencia del pago de la indemnización por despido sin justa causa, los valores que tal como fue demostrado en el curso del expediente ya fueron incluidos y presentados en la respectiva liquidación de pasivos ante la superintendencia de sociedades para el trámite del proceso de reorganización de SAUTOANDINA SAS, no obstante lo anterior el despacho dentro de sus consideraciones encontró o halló que había una conducta de mala fe y por ende nos ha condenado al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, consistente en el pago de 24 mensualidades calendadas desde el 3 de agosto de 2016 hasta el 2 de agosto de 2018 por valor de \$20.400.000 más intereses moratorios a la tasa máxima fijada por la superintendencia financiera de Colombia por el valor antes dicho desde el 3 de agosto de 2018 y en adelante hasta que se realice el pago de la sentencia, en vista de eso, le manifiesto a la sede que si bien es cierto la iliquidez de la empresa no constituye una causal para eludir o evadir el pago de las prestaciones sociales, tampoco constituye una situación de mala fe al actuar de mi defendida de mi prohijada, la mala fe tal como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional y la H. Corte Suprema de Justicia y porque no decirlo hasta el mismo Consejo de Estado, manifiesta que debe ser probada con actos que efectivamente sean dirigidos a manifestar el interés de la defraudación hacia el acreedor o hacia la persona que está reclamando sus derechos, en este caso SAUTOANDINA en ningún momento ha cometido ningún tipo de acto defraudatorio en las alegaciones de primera instancia manifestó el suscrito que si realmente quisiéramos incurrir en una actividad defraudatoria hubiésemos iniciado un proceso liquidatorio ante la superintendencia proceso que no se ha iniciado sino que iniciamos un proceso de reorganización con el propósito de garantizar la existencia de acreencias de todos y cada uno de los acreedores con los cuales tenemos obligaciones pendientes a la fecha, en vista de eso y teniendo en cuenta que a consideración de este extremo procesal no resulta convincente a consideración del despacho de tener como justa causa o como prueba de la mala fe de una insolvencia o de una incapacidad económica es que procedo a presentar el presente valga la redundancia, recurso de apelación para ante la sala laboral, de esta manera lo dejo sustentado, muchas gracias señor Juez”.

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión. Pide que se revoque la condena referida a la indemnización moratoria y subsidiariamente que se limite su pago hasta la fecha en que la empresa entró en proceso de reorganización.

Por su parte la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente la condena al pago de indemnización moratoria y en dado caso establecer el límite temporal de su causación.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto y para lo que es objeto de controversia en esta instancia, no se controvirtieron los siguientes supuestos fácticos: **i)** que entre el demandante y SAUTO ANDINA S.A.S. existió un contrato de trabajo entre el 15 de enero y el 2 de agosto de 2016 (así lo aceptó la demandada en la contestación a la demanda y lo definió el juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso); **ii)** que la demandada dio por terminado el contrato sin justa (fl. 11); **iii)** y que el demandante devengaba la suma mensual de \$850.000 y ocupaba el cargo de auditor de producto y proceso (hechos aceptados por la demandada en la contestación de la demanda, fl. 39).

- **Sobre la Indemnización Moratoria en Situación de Iliquidez o Insolvencia del Empleador.**

El artículo 65 CST consagró la imposición al empleador al pago de una suma equivalente a un día de salario en los eventos que se cumplen los presupuestos señalados en dichas normas.

Respecto de la naturaleza de dichas figuras, la H. Sala de Casación de la CSJ ha indicado que esta no procede de forma automática, por cuanto al tener carácter sancionatorio es necesario acreditar, como un requisito para su causación, la mala fe del empleador al momento de incurrir en su comportamiento omisivo, por cuanto si éste aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta no proceden dichas condenas, tal y como reiteró recientemente la H. CSJ en las sentencias SL2823 de 2019, SL2885 de 2019, SL2837 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, entre otras.

Ahora bien, no han sido pocos los conflictos judiciales en los cuales el empleador que incumple el pago de los salarios y prestaciones sociales alega su situación de crisis, insolvencia o iliquidez como la causa del incumplimiento en el pago de dichas acreencias. Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó que la conducta del empleador al momento en que incurrió en la mora es el único criterio que debe ser evaluado para establecer la procedencia o no de la condena al pago de esta indemnización, por tanto, en situaciones como la reestructuración, la intervención u otra similar que afecte al empleador, es preciso evaluar su conducta para observar si de buena o mala fe cesó en el pago de sus acreencias, siendo posible que demuestre que desde el instante en que se configuró la situación analizada estuvo imposibilitado para efectuar el pago, evento en el cual no procederá la condena a la sanción, posición que ha sido reiterada en las sentencias SL9660 de

2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, entre otras.

Así las cosas, la condena al pago de esta indemnización, para el caso que nos ocupa, correría desde el día 2 de agosto de 2016, momento en que terminó el contrato de trabajo del demandante y hasta el día 17 de enero de 2017, fecha en que se admitió al proceso de reorganización a SAUTO ANDINA SAS, según se observa del auto emitido por la Superintendencia de Sociedades en dicha fecha (fls. 86 a 92). Como el Juez de primera instancia dispuso esta condena hasta que la demandada realice el pago efectivo de las prestaciones adeudadas se modificará en lo pertinente su decisión para definir que el valor de la indemnización moratoria a cargo de esta entidad corresponde a la suma única de **\$4.674.945**, teniendo en cuenta que el actor devengaba un salario mensual de \$850.000, diario de \$28.333 y transcurrieron 165 días entra la fecha terminación del contrato y aquella en que finaliza la moratoria.

Sin costas en esta instancia.

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

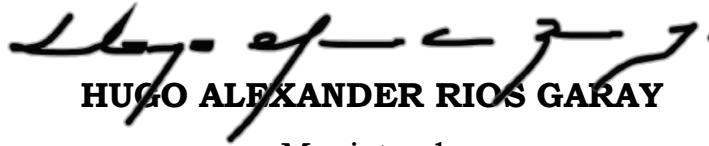
### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el inciso quinto del numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia para definir que el valor correspondiente a la indemnización moratoria causada en favor del demandante y a cargo de SAUTO ANDINA SAS corresponde a la suma de \$4.674.945.

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

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**


Magistrado



**MARLENY RUEDA OLARTE**

Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

Magistrado

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

Me apartó parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con limite en la condena por sanción moratoria.

En primer lugar el recurso nada sustenta con relación al imite de la mora hasta la reorganización, luego en virtud de lo establecido en el art 66 A del CST, este punto no debió modificarse. Además, ha sido mi criterio, que en cada caso debe analizarse la conducta del empleador; toda vez que no es posible exonerarlo de la sanción sencillamente porque acude a un proceso de reorganización empresarial, que es diferente a la liquidación forzada y obligatoria en donde si hay una imposibilidad real de hacer pagos desde que esta se da.

En estos casos se da una circunstancia diferente y más en estos en donde la reorganización, tiene lugar aproximadamente un año después a la terminación del contrato, luego no hay lugar a considerar que solo ese hecho, posterior, se itera a la terminación del contrato, sea suficiente para que hasta ese momento se imponga la sanción.

En sentencia de rad 45211 de 22/02/2017, la Corte suprema de Justicia dijo que ese solo hecho, esto es la reorganización no tiene el potencial suficiente para exonerar al empleador de la imposición de la sanción, siendo necesario analizar si en verdad hay razones atendibles, lo que no creo sucede en este caso, en donde se itera la reorganización se dio tiempo después. Dijo la Corte en esa providencia lo siguiente:



“(...)”

Ahora bien, aun cuando del certificado de existencia y representación legal de la sociedad, obrante a folios 11- 12 y del acta de reunión de determinación de derechos de voto y acreencias de folios 370- 407 se puede derivar que la empresa atravesaba dificultades económicas tiempo antes del 10 de febrero de 2006, momento en que se aceptó la apertura del trámite de reactivación empresarial de la Ley 550 de 1999, tal como lo alega la censura, **pues este procedimiento está contemplado para corregir deficiencias que presenten las empresas en su capacidad de operación y permitir su recuperación económica, lo cierto es que esta sola circunstancia no tiene el potencial suficiente para desvirtuar la sentencia impugnada, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha venido sosteniendo que el estado de insolvencia económica o iliquidez del empleador, por sí solo, no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto, incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe** (ver sentencias CSJ SL, 18 sep. 1995, Rad. 7393, CSJ SL, 3 may. 2011, Rad. 37493 y CSJ SL, 14 agos. 2012. Rad. 37288).

Vale decir que, aunque allí se refiere a la reactivación empresarial de la ley 550 de 1990 este es similar a la reorganización empresarial de la ley 1106 de 2006, luego es aplicable a este caso.

Magistrada



**MARLENY RUEDA OLARTE**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0123-2020**

**Radicado N° 07-2018-00287-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **PORVENIR** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la demandada **COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante y posteriores traslados de AFP, condenó a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** los valores de la CAIP, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas (fl. 193 a 194, 46:21 cd fl. 196).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 4 a 13).**

**MELVA INÉS GÓMEZ BOTERO** solicitó declarar la nulidad del traslado del RPM al RAIS por su afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** y de los subsecuentes traslados a las AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR**, directamente **PORVENIR** y AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR**; en consecuencia, retrotraer las cosas al estado anterior y

declarar que la demandante es afiliada del RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 12 de enero de 1961; que el 17 de julio de 1995 se trasladó a la AFP COLMENA hoy **PORVENIR**, sin que dicha AFP le suministrara información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; que el 30 de junio de 2000 se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR**, el 20 de febrero de 2001 se trasladó directamente a **PORVENIR** y el 31 de octubre de 2002 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR**, sin que en ninguna oportunidad las AFP cumpliera su deber de información y buen consejo. Manifestó que **PORVENIR** realizó una proyección de su mesada en 2019 por \$1.029.800 o \$1.077.900 si sigue cotizando, mientras que en el RPM el valor de la mesada sería de \$2.990.195. Señaló que cuenta con 1302 semanas cotizadas. Informó que el 30 de octubre de 2017 solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad de su traslado de régimen y subsecuentes traslados de AFP, petición que fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, sus traslados de AFP y que realizó una proyección pensional. Indicó que los traslados de régimen y de AFP son válidos porque se realizaron conforme las exigencias normativas y no hay prueba de ningún vicio del consentimiento, además, indicó que sus asesores están capacitados para brindar la adecuada asesoría de forma previa a la afiliación, siendo correcto aplicar la carga dinámica de la prueba y sin que proceda el precedente jurisprudencial por cuanto la demandante no tenía expectativa alguna al momento del traslado de régimen, Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fl. 82 a 87).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y su traslado del RPM al RAIS. Indicó que mediante asesoría previa informó los efectos del traslado de régimen pensional, tras lo cual la demandante de forma voluntaria e informada decidió afiliarse a la AFP, sin que se acredite causal de nulidad alguna, por cuanto tal vinculación se efectuó con el lleno de las formalidades legales. Interpuso las excepciones de buena fe de la AFP, declaración libre y espontánea de afiliación a la AFP, prescripción y la genérica (fl. 114 a 119).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado al RAIS y que negó la solicitud de nulidad de este. Indicó que no acreditó ningún vicio del consentimiento, tampoco ninguna inconformidad de la demandante por su vinculación al RAIS, quien no cumple las condiciones para regresar al RPM en cualquier tiempo y esta bajo la restricción por edad para traslado de régimen, así mismo, que declarar la nulidad del traslado afecta la sostenibilidad financiera del RPM. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, improcedencia del pago de costas por administradoras de seguridad social públicas y la genérica (fl. 128 a 149).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 193 a 194, 46:21 cd fl. 196).**

El 23 de octubre de 2019, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en los procesos ordinarios 2018-287 y 2018-00689. En lo que interesa al presente proceso, resolvió:

*“(...) 1. Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por MELVA INÉS GÓMEZ BOTERO con el fondo COLMENA hoy PROTECCIÓN el 17 de julio de 1995 mediante formulario de afiliación No. 1010143840 y consecuentemente su posterior vinculación a COLPATRIA contenida en formulario No. 0345241 de*

*fecha 30 de junio de 2000, en PORVENIR contenida en formulario No. 01518082 de fecha 20 de febrero de 2001 y en HORIZONTE contenida en formulario No. 06013547 de fecha 31 de octubre de 2002. (...)*

**2.** *ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que son titulares: la señora MELVA INÉS GÓMEZ BOTERO (...) dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*

**3.** *Se declarar no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*

**4.** *Se condena en costas a los fondos demandados y a favor de los demandantes. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMLMV al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos y a favor de cada una de las señoras demandantes.*

**5.** *Remítase en consulta a favor de COLPENSIONES. (...)*”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si la afiliación del RPM al RAIS es ineficaz y si tiene derecho a devolverse a **COLPENSIONES** sin solución de continuidad, así como condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Para resolver indicó que la demandante alegó el incumplimiento del deber de información y buen consejo por parte de las AFP, siendo relevante que la H. CSJ indicó que tal obligación se exige de las AFP desde su creación, por tanto, deben informar las características de cada régimen e indicar las ventajas y desventajas de cada uno, para permitir dimensionar las consecuencias del traslado, deber cuyo cumplimiento debe acreditar la AFP. En el presente asunto, la señora **MELVA INÉS GÓMEZ BOTERO** no tenía régimen de transición ni un derecho pensional consolidado, pero ello no afecta la exigencia del cumplimiento del deber de información y asesoría, sin que en el proceso 2018-00287 se allegara más pruebas que los formularios de afiliación de la demandante a la AFP COLMENA y posteriores traslados de AFP, así mismo, en su interrogatorio, la representante de

**PROTECCIÓN** manifestó que no se pudo ubicar la hoja de vida de Jairo Herrera, el asesor de la AFP COLMENA que gestionó el traslado de la demandante, por lo que no le consta su formación en tema pensional. Indicó que como no hay medio probatorio que de certeza de que se suministró la información necesaria para entender la decisión de traslado del RPM al RAIS y como el mero formulario no acredita la calidad de la información y capacitación del asesor que tramitó la vinculación, sin que los posteriores traslado de AFP sean prueba de una voluntad informada de permanecer en el RAIS, no se demostró que se cumplió tal obligación, por ende, no existió libertad de elección y declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y de los subsecuentes traslados de AFP, lo que conlleva a **PORVENIR** a trasladar los valores de la CAIP y sus rendimientos a **COLPENSIONES**.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó que la demandante confesó que fue su voluntad trasladarse del RPM al RAIS en 1995, por ello se cumplió con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así mismo, la manifestación de que el ISS se iba a acabar fue cierta, sin que se pueda presumir la mala fe de la AFP. Solicitó considerar que el deber de información y consejo se estructuró en tres etapas, por lo cual la AFP COLMENA si cumplió con la primera de ella, sin que la carga de la prueba del artículo 167 CGP permita dar crédito al dicho de la actora sin más, por cuanto el formulario de afiliación era el único documento exigido por la Ley vigente en ese entonces. Por último, solicitó ser absuelta en costas, por cuanto **COLPENSIONES** no podía oponerse a la decisión libre y voluntaria de la demandante de trasladarse al RAIS, además, los dineros de la seguridad social conforme el artículo 48 constitucional tienen destinación específica<sup>1</sup> (48:47 cd fl. 196).

---

<sup>1</sup> Dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el Despacho, con base en los siguientes fundamentos. Si bien conforme a lo confesado por la demandante MELVA INÉS GÓMEZ BOTERO en su interrogatorio de parte indicó que la decisión de trasladarse de régimen pensional estuvo precedida de una libertad y de una voluntad por su parte, lo cual si conforme a la afirmación que manifiesta esta que la motivo a realizar dicho traslado de que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, afirmación que no es falsa, si se tiene en cuenta que el Decreto 2013 de 2012 se suprimió el

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia. Afirmó que la falta de prueba escrita de la asesoría no implica que no se hubiera brindado la información completa, clara y exigible para que la demandante tomara una decisión libre e informada sobre su futuro pensional, sin que pueda exigirse a la AFP, de forma retroactiva, cumplir con una normatividad sobre el deber de asesoría que no estaba vigente al momento del traslado, además, la H. CSJ solo declara la ineficacia del traslado si el afiliado tiene una expectativa legítima o un derecho consolidado al momento del traslado, sin que exista ningún defecto en el formulario de afiliación, que se diligenció conforme ley y causó efectos jurídicos, el cual indicó la demandante que diligenció de forma libre y voluntaria<sup>2</sup> (57:40 cd fl. 196).

---

mismo, pero mediante la Ley 1151 de 2007 se había creado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para administrar el RPM, por lo cual, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, literal b), se dio cumplimiento del mismo si se tiene que para que se realizara la afiliación o traslado de régimen bastaba con la manifestación por escrito que hiciera el afiliado al Sistema General de Pensiones de su voluntad de afiliación, derecho este que ejerció la demandante el 17 de julio de 1995. Así mismo, teniendo en cuenta que los contratos, tal y como lo dispone el artículo 1603 CC se ejecutan de buena fe y conforme lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política y que dentro del presente proceso no se encuentra probada la mala fe o actuar doloso de las AFP codemandadas, teniendo en cuenta que la mala fe debe probarse, por ser un principio y como no se probó, que se tenga como válido el traslado efectuado por la demandante el 17 de julio de 1995. Igualmente téngase en cuenta que las tres etapas acumulativas a las cuales hace referencia el Despacho y si bien, tal y como lo manifestó el Juez de Instancia, la primera etapa es la de información y si bien dicho deber siempre ha existido a cargo de las AFP, desde la expedición de la Ley 100 de 1993, pues las dos etapas siguientes han sido desarrolladas por la jurisprudencia y por leyes posteriores a la afiliación de la demandante a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, igualmente téngase en cuenta señor Juez que respecto de la carga probatoria, tal y como lo dispone el artículo 167 CGP, incube a las partes probar los supuestos de hechos en los que fundan sus alegaciones, por lo que teniendo en cuenta que no obra prueba alguna de la mala fe o actuar doloso de las AFP codemandadas, pues no se puede dar entonces al crédito al simple dicho de la demandante de que no recibió la información clara, veraz y oportuna para tomar una decisión libre e informada. Así las cosas y respecto del formulario de afiliación, téngase en cuenta que este formulario era el único documento exigido por la Ley vigente para el momento del traslado de la demandante, documento que además era aprobado por la SUPERINTENDENCIA BANCARIO hoy SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Igualmente, frente a las costas, señores magistrados solicitó se absuelva a mi representada si se tiene en cuenta que dicho traslado se realizó con fundamento a las normas vigentes, igualmente, no es dable por mi representada no oponerse a las pretensiones de la demanda si se tiene en cuenta que en ejercicio de su derecho, la demandante, de manera libre y voluntaria y sin presiones por parte de mi representada o algún tipo de coacción, tomó la decisión que le correspondía, por lo cual solicitó igualmente y teniendo en cuenta que conforme lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 48 de la Constitución los dineros de la seguridad social no pueden ser destinados a otra cosa que el cumplimiento del objetivo de esta, se absuelva a mi representada de dichas condenas. Muchas gracias.

<sup>2</sup> Su señoría, dentro del término legal interpongo recurso de apelación en ambos casos, tanto en el caso de DIANA PATRICIA GÓMEZ como en el caso de MELVA INÉS GÓMEZ BOTERO. Si bien es cierto, su señoría, como ser ha demostrado durante el plenario que no obra prueba de carácter escrito, esto no es óbice para que se pueda entender que mi representada no ha brindado toda la información completa, clara, exigible, en la simetría que las demandantes pudieran tomar una decisión libre y voluntaria respecto de su futuro pensional. Si bien su señoría es importante resaltar que respecto de la asesoría para los momentos de traslado de régimen, mi representada cumplió con cabalidad las normas existentes para ese momento y no puede ahora una normatividad operar de manera retroactiva exigiendo a las AFP que realicé o hagan gestiones que para esa época no estaban vigentes en la norma, si bien, su Señoría otra cosa importante es que afirma la jurisprudencia que debe haber una asesoría completa y clara, pero la H. Corte Suprema

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó acceder a las pretensiones, ya que las AFP no suministraron información clara, veraz y oportuna sobre las consecuencias del traslado ni de permanecer en el RAIS, sin que las AFP aportaran prueba del cumplimiento de dicho deber. Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS SAS, identificada con NIT 900.822.176, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. Diana María Vargas Jerez, identificada con CC 1.090.449.043 y portadora de la TP 289.559 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó revocar acceder al recurso de apelación, porque no se acreditó vicio del consentimiento, no se pueden imponer cargas probatorias adicionales a las vigentes al momento del traslado, la demandante tiene un perfil profesional y está incurso en la restricción de traslado por edad, no acreditó ningún perjuicio y ordenar su traslado desfinanciaría al RPM. Así mismo, **PORVENIR** otorgó poder especial a la Dra. Yesenia Tabares Correa, identificada con CC 1.037.608.320 y portadora de la TP 242.706 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada principal de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia, por cuanto sus asesores están capacitados para brindar asesorías, siendo prudente aplicar la carga dinámica de la prueba, a fin de no crear una situación desventajosa a la AFP y para considerar que el deber de información tuvo etapas, en la cual la primera solo obligaba a suministrar información, sin que se exigiera dejar por escrito algún documento referente a dicha asesoría verbal, por lo cual

---

de Justicia en los casos que ha estudiado, todos se encuentran con personas que contienen una expectativa legítima o con régimen de transición, por ello, existen salvamentos de voto de los magistrados de las Altas Cortes, porque no se ha unificado el tema respecto a los casos que no tenían una expectativa legítima o un derecho consolidado al momento del traslado. También es importante resaltar su Señoría, que sí se verifica el formulario de afiliación, para hablar de ineficacia del traslado se tiene que ir a cada uno de los documentos y en cada uno de los documentos se encuentra la firma de la demandante para suscribir el contrato de afiliación, llenando todos los requisitos como decir los beneficiarios de Ley, firmar el representante legal de cada AFP, por ello, es menester que el acto jurídico nació a la vida jurídica y libre de vicios En el consentimiento, error, dolo o fuerza, porque si bien es cierto las demandantes en los interrogatorios de parte manifestaron que lo hicieron de manera libre y voluntaria, por lo anterior le ruego a los honorables Magistrados revocar la sentencia proferida y en su lugar absolver a la representada de las pretensiones incoadas en su contra..



no se puede concluir que no se brindó sin pruebas de la demandante, en todo caso, de forma subsidiaria, solicitó no ordenar la devolución de los gastos de administración.

## V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** y los subsecuentes traslados entre AFP, cumplieron o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **MELVA INÉS GÓMEZ BOTERO** nació el 12 de enero de 1961 (fl. 15); **ii)** la demandante estuvo afiliada al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 30 de septiembre de 1993 hasta el 31 de agosto de 1995, acumulando 92.86 semanas (cd fl. 155); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 17 de julio de 1995 (fl. 120), el cual se hizo efectivo el 1º de agosto de

1995 (fl. 122); **iii)** la demandante se trasladó de AFP al suscribir formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR** el 30 de junio de 2000 (fl. 91), el cual se hizo efectivo el 1° de agosto de 2000 (fl. 92); **iv)** la demandante se trasladó de AFP al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 20 de febrero de 2001 (fl. 89), el cual se hizo efectivo el 1° de abril de 2001 (fl. 92); **v)** la demandante se trasladó de AFP al suscribir formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 31 de octubre de 2002 (fl. 90), el cual se hizo efectivo el 1° de diciembre de 2002 (fl. 92), donde permanece actualmente afiliada; **vi)** el 26 de abril de 2017 **PORVENIR** realizó proyección pensional de la demandante, indicando que a los 60 años cotizando el 100% del tiempo logrará una mesada de \$1.283.400 (fl. 104 a 105).

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

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y

transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, 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.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

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

## **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante y posteriores traslados de AFP, condenó a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** los valores de la CAIP, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que la demandante confesó que fue su voluntad trasladarse al RAIS, que el ISS si se acabó, que no se puede presumir la mala fe de la AFP, que la AFP COLMENA cumplió con la primera etapa del deber de información, que no se puede condenar solo con el dicho de la demandante ya que el formulario de afiliación era el único documento exigido para el momento del traslado. En todo caso, solicitó ser absuelta de costas.

A su vez, la apoderada de **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó ser revocada la sentencia. Afirmó que la falta de prueba escrita de la asesoría no implica que no se hizo, así mismo, no se puede exigir a la AFP el cumplimiento retroactivo de normas del deber de información no vigentes a la fecha del traslado, mucho más si la H. CSJ solo declara la ineficacia del traslado cuando el afiliado tiene un derecho causado o una expectativa legítima, demás, el formulario se llenó conforme ley y causó efectos jurídicos.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por

medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS por la afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 17 de julio de 1995 (fl. 120), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, omisión en la cual también incurrieron las demás AFP a donde se trasladó la demandante, sin que el cumplimiento diligente del deber de asesoría pueda acreditarse solo con el formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP no demostraron que cumplieron dicha obligación.

No desconoce la Sala que la demandante, en su interrogatorio, manifestó que suscribió de forma libre el formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, por el cual se trasladó de régimen, sin embargo, de tal manifestación no se puede inferir, de forma cierta y contundente, que recibió la información necesaria para comprender las consecuencias del traslado de régimen, sin que las AFP demandadas alleguen prueba del cumplimiento de dicha asesoría de forma completa y comprensible acerca de las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PROTECCIÓN**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de las AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia se está conociendo en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema conforme lo prevé el artículo 48 de la Constitución Política, se declara que **COLPENSIONES** puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Costas de primera instancia a cargo de **PROTECCIÓN** y **PORVENIR**, por cuanto se declara la ineficacia del traslado porque dichas AFP no acreditaron el cumplimiento del deber de información con el demandante. Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, exclusivamente respecto de la demandante **MELVA INÉS GÓMEZ BOTERO**, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la demandante,

incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos; así mismo **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral quinto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los gastos de administración, debidamente indexados, que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**TERCERO: ADICIONAR** el numeral sexto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**CUARTO:** Costas de primera instancia a cargo de **PROTECCIÓN** y **PORVENIR**. Sin costas en esta instancia.

**QUINTO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.





**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**Magistrada.**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado. ACLARACION DE VOTO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

...

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

**S03-0133-2020**

**Radicado N° 09-2018-00043-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación del demandante **JULIO ERNESTO COLMENARES GÓMEZ** en contra de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a las demandas de las pretensiones, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa y condenó en costas al demandante (fl. 167, 46:21 cd fl. 166).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 47 a 62).**

**JULIO ERNESTO COLMENARES GÓMEZ** solicitó declarar que la **ETB** y **POSITIVA** no pueden efectuar el descuento *aporte 4% jubilados*, en consecuencia, condenar a la demandas a reintegrar las sumas descontadas desde el 24 de diciembre de 1997, debidamente indexados, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 06 de mayo de 1949, laboró en la **ETB** por más de 20 años; que a través de las Resoluciones 11314, 11338 y 11388 de 1997, la entidad estableció un plan anticipado de pensión, por lo cual el 23 de diciembre de 1997, se finalizó el contrato de trabajo con justa causa y se reconoció una pensión de jubilación no convencional, conforme la Resolución 1414 del 18 de mayo de 1998, prestación que quedó supeditada al reconocimiento de la pensión legal de vejez, afirmando que desde su reconocimiento se realiza el descuento del *aporte 4% jubilados*, concepto adicional al descuento de *fondo de prestaciones salud 4%*. Señaló que la **ETB** canceló el 100% de la pensión de jubilación hasta el 06 de mayo de 2009, un día antes de cumplir 60 años, siendo reconocida la pensión legal de vejez por el extinto ISS con la Resolución 040595 del 27 de agosto de 2009 a partir del 07 de mayo de 2009, pagando la **ETB** la diferencia, luego, el 17 de septiembre de 2013 la **ETB** subrogó las obligaciones pensionales a su cargo a **POSITIVA**. Manifestó que el 1 de agosto de 2013 solicitó a la **ETB** la suspensión del descuento *aporte 4% jubilados* y la devolución del saldo deducido, petición que se negó con escrito del 17 de abril de 2015, luego, el 18 de junio de 2015, solicitó a **POSITIVA** la misma petición, quien dio traslado de la petición a la **ETB** el 30 de junio de 2015, quien de nuevo negó la solicitud con escrito del 05 de agosto de 2015, a pesar de que para el caso de las pensiones reconocidas bajo la modalidad anticipada no se estableció descuento alguno al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES, que es el destino del descuento, frente al cual no dio autorización alguna y que carece de fundamento legal.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ - ETB S.A. E.S.P.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el tiempo de servicios del demandante y que reconoció pensión de jubilación compartida, así mismo, que contestó sus peticiones. Indicó que reconoció una pensión anticipada convencional al demandante, compartida con la pensión de vejez legal, sin que exista el descuento *fondo de prestaciones salud 4%*, por cuanto se trata del aporte legal de salud a cargo del pensionado, que difiere del aporte del 4% relativo al fondo de prestaciones de

trabajadores y empleados, participando la empresa con un 8%, que soporta los beneficios extralegales de los trabajadores activos que se extiende a los pensionados en virtud de la Ley 4 de 1976, en salud, odontología, educación y recreación, entre otros. Afirmó que realizó una conmutación pensional total, conforme el Decreto 1260 de 2000 y el Decreto 1270 de 2009, por la cual contrató a **POSITIVA** la renta vitalicia, para prever el pago de sus obligaciones pensionales. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, ausencia de causa, legalidad, equidad y razón justificada del aporte del 4% del pensionado, prescripción y la genérica (fl. 91 a 107).

**POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó que negó solicitud de devolución de descuento. Indicó que en virtud del contrato de conmutación pensional asumió desde el 1° de septiembre de 2013, conforme el Decreto 1260 de 2000, el pago de las mesadas pensionales que estaba a cargo de la **ETB**, con la obligación de seguir efectuando los descuentos legales y el derivado del artículo 7 de la Ley 4 de 1976 que extendió los beneficios de los trabajadores a los pensionados, al punto que la Convención Colectiva de Trabajo de 1994, estableció el deber de los pensionados de aportar el 4% con dicho fin. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica (fl. 127 a 137).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 167, 46:21 cd fl. 166).**

El 27 de agosto de 2019, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(...) PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., de todas y cada una de las pretensiones propuestas por el demandante JULIO ERNESTO COLMENARES GÓMEZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*

**SEGUNDO:** EXCEPCIONES. *El juzgado declara probadas las excepciones de cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa, propuestas por las accionadas.*

**TERCERO:** SE CONDENAN en costas a las parte demandante en la suma de \$100.000.

**CUARTO:** *En caso de no ser apelada la presente providencia CONSÚLTESE con el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, conforme el artículo 69 CPL. (...)*”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si las accionadas pueden efectuar el descuento del 4%, correspondiente a aporte jubilados, en consecuencia, condenarlas a abstenerse del mismo y el reintegro a favor del demandante de las sumas deducidas.

Para resolver indicó que se acreditó la calidad de jubilado del demandante desde el 24 de diciembre de 1997, pensión compartida con la pensión legal de vejez reconocida por el extinto ISS, pagando en su momento la **ETB** la diferencia hasta que la misma fue conmutada a **POSITIVA**, quienes aplicaron un descuento del 4%, dirigido al Fondo de Prestaciones de la **ETB**, al cual se realizan aportes conforme la compilación de convenciones colectivas de 1994 y la extensión de beneficios a los pensionados en virtud de la Ley 4 de 1976, beneficio que solo fue subrogado en salud por la Ley 100 de 1993, beneficiándose el demandante de dichas normas convencionales al momento de la determinación de su derecho pensional, beneficios que también han sido disfrutados por su familia, sin que se exigiera una negociación particular por cuanto tales condiciones ya estaban en la Ley y la Convención Colectiva de Trabajo, por tanto, declaró válido el descuento como contraprestación del disfrute de los beneficios del Fondo de Prestaciones, por lo que sí desea que cese deberá manifestar su voluntad de desafiliarse.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **JULIO ERNESTO COLMENARES GÓMEZ** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que

no discute la existencia del Fondo de Prestaciones de la **ETB** y su funcionamiento, sino que si el fundamento de los descuentos es la posibilidad de acceder a los beneficios, los mismos no han sido prestados al jubilado en los términos dispuestos por el artículo 7 de la Ley 4 de 1976, el cual fue subrogado por el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, por tanto, resulta desproporcionado el descuento a cambio del ingreso a un club vacacional, servicio que no es frecuente ni constante, por tanto, no tiene la obligación de seguir realizando el aporte<sup>1</sup> (47:31 cd fl. 166).

---

<sup>1</sup> Señora Juez, me permito interponer ante el Tribunal recurso de apelación en contra de la decisión tomada en instancia, con el fin de que el Tribunal revoque en su totalidad, en su integridad, la decisión aquí tomada, principalmente por los hechos que paso a señalar y que son objeto de discusión en la instancia. Este apoderado, como ya lo manifestó no discute ni señala que no existe un fundamento para establecer la existencia o creación legal del Fondo de Prestaciones de la ETB, no obstante, este apoderado ha recalcado, en primer lugar, la voluntariedad que se desprende del reconocimiento de la pensión y su afiliación a un Fondo de Prestaciones, que tal como se ha dilucidado es una serie de servicios complementarios, que recibe un trabajador o en este caso jubilado, por ser beneficiario de un plan de pensión anticipada de la ETB. Sí considera este apoderado que tiene que estudiarse o analizarse la siguiente situación, existen 3 resoluciones que reconocen la validez del plan de pensión anticipada de la ETB, Resoluciones que ya han sido mencionada en instancia, una de ellas modificó, la 11338 modifica la 11314, incluyendo dentro de los beneficios del plan de beneficio anticipada los beneficios o servicios adicionales para los jubilados que se acogen al plan, el artículo 7 de la Ley 4 de 1976 establece que los pensionados del sector público oficial, semioficial, privado y los familiares que depende económicamente de ellos, tendrá derecho a los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento de las entidades patronales que tenga establecidos tales para sus dependientes, con aportes a cargo de los beneficiarios de dichos servicios, norma que claramente fue subrogada por el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en lo que ya ha sido manifestado, sin embargo, este apoderado quiere insistir en un aspecto relevante y fundamental para dilucidar la Litis, efectivamente, hay una obligación, un Fondo de Prestaciones y está sujeto a discusión la posibilidad de que haya sido incluido en el Fondo de Pensión Anticipada, lo que está sujeto a que sea incluido o no al plan anticipado, ese es el punto fundamental, pero quiero abordar otro tema que fue probado en instancia y que no fue objeto de discusión, que es el tema de los beneficios, si se están incluyendo se está argumentando que el plan de retiro de pensión anticipada incluye dentro de los beneficios convencionales a los afiliados, eso incluye a los pensionados, la Ley 4 de 1976 establece que los pensionados junto con sus beneficiarios son benefactores de cualquiera de esos servicios, surge la pregunta de por qué los únicos que no tienen derecho a los beneficios de salud son los pensionados de la ETB, el pensionado como tal, como fue aportado por la ETB en su contestación, al referirse que el servicio médico es de disfrute únicamente de los beneficiarios del pensionado, deja de lado que los pensionados no son beneficiarios de dichos servicios complementarios, por lo cual, si bien tiene la obligación de aportar y según lo establecido por este Juzgado tiene una obligación a cargo, esa obligación no implicaría para la ETB el suministro de los servicios en su totalidad como lo establece la Ley 4 de 1976, entonces me surge la inquietud de por qué el único que no recibe beneficios en salud es el pensionado y debe estar supeditado a los beneficios o los servicios incluidos sin recibir ningún servicio adicional salvo lo que puede ser atender o acceder al club que se establece en el Fondo de Prestaciones, entonces para unas cosas si es procedente la obligación del pago de aportes, pero dentro de los deberes de obligaciones de la ETB en lo que establece la Ley 4 de 1976 no existe ninguna obligación de prestar los servicios, ahí es donde surge la inquietud de hasta dónde llegan los beneficios o servicios de este plan de beneficios y porque dentro de ninguno de los parámetros, reglamentos, resoluciones y acuerdos que han sido firmados por los trabajadores de la ETB se establece la consideración, clara y expresa, primero de las obligaciones a cargo de los pensionados o beneficiarios del plan de pensión anticipada, sino también los deberes y obligaciones de la ETB para con las personas que son beneficiadas de este Fondo de Prestaciones, lo cual establece una duda que debe ser resuelta a favor de mi representado y en tal sentido establecer que como quiera que no se está siendo beneficiario del Fondo de Prestaciones en los términos de la Ley 4 de 1976, entonces no tiene por qué asumir unos costos por un servicio que no está siendo percibido, no se puede argumentar que por el simple hecho de recibir un servicio de un club vacacional, que por solo ese hecho se deba hacer un descuento que considero que en proporción es más excesivo por percibir un servicio que no es frecuente ni se usa de forma constante. En los anteriores términos considero que son claros mis pronunciamientos y claras mis consideraciones para efectos de que se analice en su totalidad y complejidad la situación y se revoque la decisión en caso de que se demuestre que efectivamente que no hay obligación o no se tiene porque seguir efectuando los aportes a favor de mi representado, dejando claro este

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada **ETB** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto la pensión de jubilación anticipada no excluyó la aplicación de las normas convencionales, entre ellas el descuento del 4% con destino al Fondo de Prestaciones como contraprestación del disfrute de los beneficios extralegales de los trabajadores que se extendieron a los pensionados. Agotado el término del traslado, tanto el **DEMANDANTE** como **POSITIVA** se abstuvieron de presentar alegatos.

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

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar la validez del descuento denominado “*aporte 4% jubilados*” efectuado al demandante por las demandadas, a fin de establecer la procedencia o no de acceder a las pretensiones, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** Mediante las Resoluciones 11314, 11338 y 11388 de 1997, la **ETB** estableció el Plan de Pensiones Anticipadas y sus condiciones (fl. 159 a 164); **ii)** el 23 de diciembre de 1997, se adelantó conciliación entre el demandante y la **ETB**, por la cual se dio por

---

apoderado que no es objeto de discusión la existencia del Fondo de Prestaciones ni los parámetros legales que rigen su funcionamiento, sino los parámetros técnicos y reglamentos que establecen los deberes y obligaciones de las partes dentro del plan de pensión anticipada que fue lo que se reconoció a mi representado. En los anteriores términos dejo sustentado mi recurso. Gracias.

terminado el contrato de trabajo de mutuo acuerdo y se acordó aplicar el Plan de Pensión anticipada, por lo cual la **ETB** expidió la Resolución 1414 del 18 de mayo de 1998, reconociendo la pensión de jubilación a partir del 24 de diciembre de 1997 (fl. 18 a 20).

**- Sobre la Naturaleza y Alcance de las Convenciones Colectivas de Trabajo.**

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

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

Ahora bien, la H. CSJ señaló que el artículo 467 del CST establece que las convenciones colectivas regulan las condiciones que rigen los contratos de trabajo durante su vigencia, la cual se puede prorrogar por términos sucesivos de seis meses en virtud del artículo 477 CST, mientras que el artículo 474 CST establece que la convención surte efectos aun si se disuelve el sindicato contratante. Por las anteriores consideraciones, la Alta Corporación concluyó que las convenciones surten efectos más allá de la existencia jurídica del empleador o sindicato que las suscriben, respecto de los derechos que se originaron en vigencia del contrato laboral, tal y como indicó en las sentencias SL Rad. 32.598 del 30 de septiembre de 2008, SL9951 de 2014, SL5341 de 2019, entre otras.



Así mismo, la H. CSJ ha sostenido que son las partes de la convención las llamadas a fijar su sentido y alcance en virtud de su libertad de negociación, sin embargo, cuando se somete la convención a apreciación judicial, la misma debe ser considerada como una prueba y, por ende, el Juez laboral podrá apreciarla conforme el principio de libre formación del convencimiento del artículo 61 CPT y de la SS a fin de establecer de forma lógica y razonable su alcance, tal y como indicó en las sentencias SL4929 de 2015, SL20748 de 2017, SL3781 de 2019, entre otras

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia absolvió a las demandas de las pretensiones, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa y condenó en costas al demandante.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que no discute la existencia ni funcionamiento del Fondo de Prestaciones de la **ETB**, sino que sí la razón de los descuentos es acceder a beneficios, tales no han sido prestados al jubilado, siendo desproporcionado el descuento a cambio del ingreso al club vacacional, por lo cual no procede seguir efectuándolos.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante que conforme los antecedentes normativos expuestos, la convención colectiva de trabajo, conforme el artículo 46 de la Ley 6 de 1945, es el pacto entre empleador y uno o más sindicatos, a fin de fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia. La convención debe celebrarse por escrito y depositarse dentro de los 15 días siguientes a su firma, conforme el artículo 469 CST.

Ahora bien, la H. CSJ ha sostenido que son las partes las llamadas a fijar el sentido y alcance de la convención, sin embargo, cuando la misma es sometida a apreciación judicial, la misma se

considera como una prueba y debe ser apreciada conforme el principio de libre formación del convencimiento del artículo 61 CPTSS, para establecer de forma lógica y razonable su alcance, tal y como indicó en las sentencias SL4929 de 2015, SL20748 de 2017, SL3781 de 2019, entre otras.

En el presente asunto, no existe controversia alguna de que la **ETB** a través de las Resoluciones 11314, 11338 y 11388 de 1997, la **ETB** estableció el Plan de Pensiones Anticipadas y sus condiciones (fl. 159 a 164), que el 23 de diciembre de 1997, se adelantó conciliación entre el demandante y la **ETB**, terminando su contrato de trabajo por mutuo acuerdo y acordándose aplicar el Plan de Pensión anticipada, por lo cual la **ETB** expidió la Resolución 1414 del 18 de mayo de 1998, reconociendo la pensión de jubilación a partir del 24 de diciembre de 1997 (fl. 18 a 20).

De otra parte, el apoderado del demandante, de forma expresa, manifestó en su recurso que no pretende discutir la existencia y funcionamiento del Fondo de Prestaciones de la **ETB**, motivo por el cual dichos aspectos no serán objeto de pronunciamiento en virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS.

Así las cosas, no hay duda para la Sala que el demandante accedió a través del mecanismo extralegal llamado *pensión anticipada*, regulado Resoluciones 11314, 11338 y 11388 de 1997, a la pensión vitalicia de jubilación, liquidada conforme los factores convencionales vigentes para la época, lo cual se reiteró en la conciliación laboral del 23 de diciembre de 1997, en la cual se indicó que su derecho pensional sería reconocido observando los trámites y términos convencionales (cd fl. 165).

Lo anterior permite inferir, de forma razonable, que el demandante se benefició de las prerrogativas convencionales, al punto de que la Resolución 1414 del 18 de mayo de 1998, que reconoció formalmente su derecho pensional, indico de forma expresa que el *pensionado disfrutará de los servicios y reconocimientos convencionales* (fl. 18 a 20).

Toda vez que el actor accedió a su derecho pensional conforme las disposiciones convencionales, resulta fundamental determinar el alcance de las mismas, siendo importante resaltar que no existe controversia alguna sobre la existencia de la Recopilación de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en la **ETB** en 1994, por tanto, conforme la posición de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, se le asigna efectos jurídicos a la misma a pesar de que carece de la constancia de depósito, conforme lo dicho en las sentencias SL Rad. 37.572 del 22 de agosto de 2012, SL3398 de 2018, SL4792 de 2019, entre otras.

El artículo 14 de la precitada convención colectiva de trabajo estableció que la **ETB** aportará el 8% de sus productos brutos al FONDO PARA PRESTACIONES SOCIALES, mientras que los trabajadores aportaran el 4%, a fin de atender sus prestaciones sociales.

La precitada norma no hizo referencia alguna a los pensionados, no obstante, el artículo 7 de la Ley 4 de 1976 señaló que los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado y sus familiares que dependen económicamente de ellos, tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento de las entidades tengan establecidos o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.

De otra parte, la **ETB** informó al demandante mediante oficio 005328 del 17 de abril de 2015, que en virtud de la Ley 4 de 1976 extendió a favor de sus pensionados los beneficios consistentes no solo en el servicio médico, sino también en becas y auxilios educativos y el acceso y uso del centro vacacional, todo a través del FONDO PARA PRESTACIONES SOCIALES, con la subsecuente obligación de efectuar el aporte en los términos establecidos convencionalmente.

Así las cosas, sobre el alcance del artículo 14 de la recopilación de las Convención Colectiva de Trabajo vigente en la **ETB** para 1994, onforme el principio de libre formación del convencimiento del artículo 61 CPTSS, resulta razonable concluir que es oponible a los pensionados de dicha Entidad, en virtud de la extensión de los beneficios de los trabajadores garantizados por el FONDO PARA PRESTACIONES SOCIALES a favor de estos, en virtud de la Ley 4 de 1976, lo cual también se les hizo extensiva la obligación de participar, de forma solidaria, en el sostenimiento económico de dicho Fondo a través de un aporte del 4% calculado sobre su ingreso, a saber, la mesada, en los términos convencionalmente establecidos para ello.

Por lo anterior, no se accederá a la súplica del apelante de ordenar el cese de dicho aporte y la devolución de lo deducido por tal concepto, por cuanto el hecho de que el accionante hubiera o no hecho uso de los beneficios no implica que los mismos no estén a su disposición para él y sus familiares, por tanto, debe concurrir en la financiación del FONDO PARA PRESTACIONES SOCIALES, obligación que se mantendrá hasta tanto no manifieste, de forma expresa, que desea renunciar a dio derecho convencional, evento en el cual cesará la causa que da origen al descuento, máxime cuando de las documentales visibles de folio 81 a 89 se relacionan los servicios que ha utilizado el demandante y su núcleo familiar en virtud de dicha extensión.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.



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

**S03-0121-2020**

**Radicado N° 09-2018-00523-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado de la RPM al RAIS del demandante, condenó a **PROTECCIÓN** a trasladar los aportes, rendimientos, sin descuento por gastos de administración ni seguros de invalidez y sobrevivencia y a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación y a recibir dichas sumas, absolvió de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (fl. 162, 18:45 cd fl. 161).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 55 a 68).**

**ÁLVARO VANEGAS ROMERO** solicitó declarar la nulidad de su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN**, en consecuencia, ordenar a la AFP a trasladar a **COLPENSIONES** las

sumas de la CAIP, con sus frutos y rendimientos, así mismo, condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento de la pensión de vejez desde el 1° de diciembre de 2016 y al pago del retroactivo e intereses moratorios o, en subsidio, indexada, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 1° de diciembre de 1954; que se afilió al extinto ISS el 17 de octubre de 1984; que el 04 de junio de 1997 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a **PROTECCIÓN**, sin que dicha AFP hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; que solicitó a la AFP una proyección pensional, la cual arrojó el valor de 1 SMLMV siempre y cuando ahorrara 190 millones, suma muy inferior al salario sobre el cual realiza aportes y al valor de la mesada en el RPM, por lo cual el 06 de julio de 2018 solicitó a la AFP información sobre el asesor que asistió al demandante durante su traslado, porque el original que le entregaron no lo firmó ningún asesor, mientras que el 09 de julio de 2018 solicitó su afiliación a **COLPENSIONES**, la cual fue rechazada. Por último, indicó que no se le ha reconocido su pensión de vejez.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Acepto los hechos relativos a la edad del actor, que estuvo afiliado al RPM y que negó su solicitud de afiliación de 2018. Indicó que el traslado de régimen al RAIS se realizó de forma libre y voluntaria, sin que exista prueba del presunto incumplimiento del deber de información de la AFP, sin que pueda retornar al RPM por la restricción por edad. Interpuso las excepciones de imposibilidad de declarar la nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento, imposibilidad jurídica de activar la afiliación del demandante al RPM, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica (fl. 87 a 92).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Acepto

los hechos relativos a la edad del demandante, que entregó información del asesor que asistió el traslado de régimen y que no tiene pensión de vejez. Indicó que el traslado del RPM al RAIS fue válido y excepto de cualquier causal de nulidad, el cual realizó de forma libre e informada luego de una completa asesoría sobre las características de cada régimen pensional, para que comprendiera los alcances de su decisión, de lo cual dejó constancia en el formulario de afiliación. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica (fl. 123 a 138).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 162, 18:45 cd fl. 161).**

El 26 de septiembre de 2019 el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia, en la cual resolvió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, señor ÁLVARO VANEGAS ROMERO, entre el RPM representado por el entonces ISS, hoy Colpensiones, al RAIS representado por PROTECCIÓN, el 4 de junio de 1997.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la Cuenta de Ahorro Individual de el señor ÁLVARO VANEGAS ROMERO, sin descuento alguno por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia y se ordenará a Colpensiones reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados.*

*TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones solicitadas en la demandada, conforme lo indicado en la parte motiva de esta decisión.*

*CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.*

*QUINTO: costas lo serán a cargo de las demandadas, Tásense conforme al Acuerdo PSAA16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en la suma de UN SMLMV A CADA UNA (...).”*



La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si se debe declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación a PROTECCIÓN y ordenar el traslado del demandante al RPM, junto con los aportes, rendimientos y semanas y el reconocimiento de la pensión de vejez junto con el pago del retroactivo e intereses moratorios

Para resolver indicó que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 estableció la libertad de selección de régimen, mientras que el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 estableció el deber a las entidades financieras de suministrar información para permitir una adecuada elección de mercado, por ello, desde su creación la AFP están obligadas a suministrar información y asesoría para que el potencial afiliado escoja el régimen más conveniente a su situación particular, por ello la CSJ ha indicado que las AFP deben acreditar el cumplimiento diligente de tal obligación, porque tienen la responsabilidad profesional y medios para ello, para informar las características de los regímenes pensionales y efectos del traslado, cuyo cumplimiento diligente deben demostrar las AFP, sin que para ello baste la expresión genérica del formulario de afiliación. Conforme la historia laboral de **COLPENSIONES** el demandante se afilió el 041 de junio de 1997 al RAIS, pero la AFP no demostró el cumplimiento, porque solo allegó el formulario de afiliación y el dicho del representante legal de **PROTECCIÓN** acrediten que se suministró la completa información al demandante previa su decisión de traslado, sin que se allegara prueba documental alguna en tal sentido, máxime cuando el mismo implicaba la pérdida del régimen de transición, sin que se le hubiera realizado un comparativo sobre la forma de configuración de la pensión en cada régimen. Declaró la ineficacia del traslado. Frente al reconocimiento de la pensión desde el 1 de diciembre de 2016, indicó que la sentencia ordena el traslado de aportes y rendimiento a **COLPENSIONES**, por tanto, aún no es posible determinar con certeza los valores a estudiar para tal reconocimiento, que además requiere de la activación del demandante en el RPM, una vez cumplido los dos hechos, la administradora tendrá 6 meses para su reconocimiento y pago de mesadas, por ende, la obligación aún no es exigible.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar la condena en costas. Indicó que no se le puede endilgar responsabilidad frente a los traslados del demandante y que no tenía forma de conocer que su voluntad se encontraba viciada, así mismo, las costas son gravosas para la sostenibilidad financiera de la entidad<sup>1</sup>. (20:56 cd fl. 161)

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto indicó que la ineficacia es la consecuencia legal y jurisprudencial del incumplimiento de la AFP del deber de información y asesoría. Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia, por cuanto indicó que el demandante no acreditó vicio del consentimiento o que se afectó alguna expectativa legítima al momento del traslado, sin que la inconformidad sobre el monto pensional sea prueba de ello, además en 1997 las AFP no tenía el deber de documentar la asesoría y el afiliado no era lego, quien no puede retornar por la restricción por edad. Agotado el término, **PROTECCIÓN** se abstuvo de presentar alegatos.

### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

### VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

---

<sup>1</sup> Me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, solicitando absolver a mi representada y revocar la condena en costas, porque no se le puede endilgar responsabilidad alguna de su actuar pacífico frente a los traslados efectuados por el actor, máxime cuando no tenía como saber que se encontraba viciada su voluntad al momento de trasladarse, además, resultan gravosas para la sostenibilidad del sistema de COLPENSIONES, razón por la cual no procede la condena en costas. Por lo anterior solicitó se absuelva a mi representada de las costas. Muchas gracias.

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS, mediante su vinculación a **PROTECCIÓN**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** EL demandante **ÁLVARO VANEGAS ROMERO** nació el 1° de diciembre de 1954 (fl. 4); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES**, registrando aportes del 17 de octubre de 1984 hasta el 31 de julio de 1997, acumulando 665,14 semanas (fl. 84 a 86); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PROTECCIÓN** el 04 de junio de 1997 (fl. 93), el cual se hizo efectivo el 1° de agosto de 1997 (fl. 96); donde permanece actualmente afiliado y donde a diciembre de 2018 acumula 1763,58 semanas cotizadas (fl. 98).

### - **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, 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.

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

como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la RPM al RAIS del demandante, condenó a **PROTECCIÓN** a trasladar los aportes, rendimientos, sin descuento por gastos de administración ni seguros de invalidez y sobrevivencia y a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación y a recibir dichas sumas, absolvió de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la condena a costas. Señaló que no se le puede endilgar responsabilidad por el traslado de régimen, que no tenía como conocer que la voluntad estaba viciada y que las cosas afectan la sostenibilidad financiera de la entidad.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a

través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS por la afiliación a **PROTECCIÓN** el 04 de junio de 1997 (fl. 93), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, sin que el cumplimiento diligente del deber de asesoría pueda acreditarse solo con el formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP no demostraron que cumplieron dicha obligación.

No desconoce la Sala que el demandante, en su interrogatorio, realizó manifestaciones que permiten entrever que conocer que en el RAIS existe una cuenta individual para cada afiliado, que se causan rendimiento y que es posible pensionarse de forma anticipada y en ciertos eventos heredar el saldo de la CAIP, sin embargo, no es posible equiparar tales manifestaciones con la confesión de haber recibido una asesoría completa y oportuna sobre las características de cada régimen pensional, sin que la AFP aportara prueba del cumplimiento de que brindó una asesoría completa y comprensible sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreado para **PROTECCIÓN** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PROTECCIÓN**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de las AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido

en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia se está conociendo en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, conforme lo prevé el artículo 48 de la Constitución Política, se declara que **COLPENSIONES** puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Costas de primera instancia a cargo de **PROTECCIÓN**, por cuanto se declara la ineficacia del traslado porque dicha AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información con el demandante. Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación



pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** las costas de primera instancia a cargo de **PROTECCIÓN**. Sin costas en esta instancia.

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.

CON ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-00138-2020**

**Radicado N° 10 2016 00472 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 20 de mayo de 2019 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**JOSE HORACIO RESTREPO LOPEZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **ADRIANA MARIA CASTRO LOPEZ**. Solicita que se declare que prestó los servicios profesionales de abogado a la demandada y en consecuencia se condene al pago de la suma de \$17.832.506 por concepto de honorarios, junto con las costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el 11 de noviembre de 2015 la demandada lo contactó para exponerle su situación laboral referida a que laboraba para CITIBANK COLOMBIA desde el 18 de

febrero de 2002 y la compañía le había dado por terminado el contrato sin justa y no estaba de acuerdo con la liquidación definitiva de prestaciones que ascendía a la suma de \$249.574.565,30, que para tratar el tema se reunieron en su oficina ubicada en la Carrera 11 N° 82-01, oficina 902, cita en la que coordinaron el trámite a seguir y el valor de sus honorarios profesionales, que como objetivos definieron buscar el reintegro al cargo que ocupaba y el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, obtener el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y una suma adicional que por política se le otorga a los trabajadores con los que se termina la relación por mutuo acuerdo, que de mutuo acuerdo se pactó como honorarios el 10% del valor que la empresa reconociera a su favor.

Aduce que para iniciar la gestión se radicó acción de tutela el 6 de enero de 2016 y ésta le correspondió al Juzgado 56 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, quien mediante sentencia del 6 de enero de 2016 ordenó el reintegro de la trabajadora aquí demandada, dicha decisión fue confirmada por el Juzgado 46 Penal del Circuito y finalmente se hizo efectivo el reintegro el día 14 de enero de 2016. Dice que con posterioridad al reintegro continuo asesorando a la demandada y brindándole acompañamiento en un trámite disciplinario que le inició Citibank, que redactó diferentes escritos y peticiones dirigidos a diferentes instancias administrativas, que el 6 de abril de 2016 Citibank le reconoció a la demandada una bonificación de \$65.528.916, que en vista de que Citibank no canceló los salarios y prestaciones dejados de percibir entre la fecha del despido y la del reintegro se radicó demandada ordinaria laboral que correspondió al Juzgado 37 Laboral del Circuito; que en la semana del 1 al 5 de mayo de la demandada unilateralmente propuso rebajar los honorarios pactados desde el inicio de la gestión a un 8% y que la base no fuera sobre la totalidad de los pagos que pudiera recibir de la empresa al momento de la negociación, que aceptó bajar el valor al 8% pero no la base del pago y así quedó definido. Finalmente informa que el 27 de mayo de 2016 Citibank ofreció a la demandada dar por

terminado el contrato previo acuerdo económico, sobre el cual remitió concepto a la demandada manifestándole que era conveniente suscribirlo, que dicho acuerdo ascendió a la suma de \$507.377.419 y que sumados los \$65.528.916 de bonificación anual que recibió la demandada el valor de los honorarios ascendía a la suma de \$45.832.506, de los cuales solo fueron cancelados \$28.000.000.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**ADRIANA MARIA CASTRO LOPEZ** dio contestación a la demanda mediante curador ad litem. Se opuso a las pretensiones de la demanda y en cuanto a los hechos manifestó que no le constan. No propuso excepción alguna (fls. 180 y 181).

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

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 20 de mayo de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** *ABSOLVER a la señora demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, en la demanda presentada por el señor demandante, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia.* **SEGUNDO:** *SIN costas en esta instancia.*”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si el demandante acreditó la realización de la gestión que aduce generó honorarios profesionales a cargo de la demandada. Para resolverlo indicó que el material probatorio aportado al expediente no acredita la existencia de acuerdo o pacto alguno entre el demandante y la demandada para la prestación del servicio de asesoría y por ello no es procedente la condena solicitada.

## **III. RECURSO DE APELACION**

Inconforme con la decisión anterior la parte demandante interpuso recurso de apelación. Para sustentar el recurso duce que

expresó de manera concreta los hechos en que se funda su pedimento, que por no tener una prueba documental de toda la gestión que realizó y asesoría que prestó a la demandada se desconocen sus derechos como abogado a reclamar los honorarios que le corresponden por la labor realizada, que lo manifestado en la demanda realmente ocurrió y si bien no hay documentos suscritos por mí o la demandada es porque todos los documentos que realizaba los suscribía ella a nombre propio, dice que actúa de buena fe y solo reclama el excedente que le adeuda la demandada, pues ésta le canceló la suma de \$28.000.000, que ella efectivamente recibió más de 500 millones de pesos dentro del acuerdo que realizó con Citibank por su retiro y que participó en esa negociación prestándole asesoría a la demandada<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Permitame manifestarle mi informalidad con su decisión me aparto totalmente de ella, lamentablemente en este proceso la parte demandando actuó de manera soberbia, de manera desobligante, es lamentable que la demandada actuó de la forma que actuó en este proceso después de 3 años en donde yo de buena fe actué bien durante mi gestión, le aporte mis conocimientos para que ella se defendiera, donde yo he expresado de manera concreta los hechos que sustentan mi pretensiones, en cuanto no se ha reconocido mis derechos y con la sustentación que no tengo prueba documental donde especifique que ella me pago los 28 millones de pesos y que me quedo debiendo otra suma de dinero; yo solo era el abogado de ella, ella a mí me consultaba y con base a los hechos que ella me decía yo le decía que debía hacer, yo no tenía manera de presentarlo con mi nombre, era ella a causa propia, y obtenía respuesta por parte de la empresa y esa documentación debía ella aportarla al hacerse presente dentro del proceso, pero de mala fe ella no se hizo presente, porque podía haberse considerado que yo me tenía que defender ante la justicia y que actué de buena fe y que toda la documentación que se aportara al proceso correspondieran a hechos verídicos, para el despacho no tiene sustentación por cuanto no estaba suscrito por ella o por mí, pero yo lo estoy expresando, ocurrió que la despidieron, que la reintegraron por la acción que yo hice y que ella firmo y la reintegraron y fue por mi gestión de acompañamiento con ella durante su permanencia que se logró que le reconocieran sus derechos y ante los ataques de la empresa de tipo disciplinario, de persecución se logró que a ella la empresa le accedía a reconocer la posibilidad de un acuerdo conciliatorio, previamente a eso, y una vez tenida el acuerdo conciliatorio yo retire la demanda que instaura, aquí la tengo, desafortunadamente no la aporte, porque considerando que con el solo hecho de presentar la demanda fue un hecho que se evidenció pero que no hacia parte de esto, aquí solo estamos discutiendo si ella me debe o no me debe los honorarios, pero eso era basado en mi buena fe y en mi palabra, pero parece que mi palabra no vale, en laboral pareciera que el trabajador no vale, y yo fui trabajador de ella por poder, y están siendo desconocidos por este despacho por no haber radicado documentales que sencillamente la señora demandada tenía, el acuerdo conciliatorio que yo presente como prueba fue el documento que ella me envió para que yo revisara si estaba bien o estaba mal ese acuerdo y mi correo o mi email dirigido a ella era decirle hágale o no, y eso le va a representar 507 millones de pesos contra 200 millones inicialmente que le reconocieron y por mi gestión si le recibieron reconocimiento de mis servicios, me lleva de desesperanza que un abogado que actuó de buena fe, con diligencia, cuidado y esmero por su representado se le violen sus derechos, sus honorarios y que después de 3 años le digan que se absuelve a la demandada, que ella no tuvo la gentileza de hacerse presente en el despacho y no más con no hacerse presente la facultan absolverla. De

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se revóquela decisión de primera instancia, para sustentar su solicitud reitera los hechos y argumentos expuestos en el escrito de demanda.

Por su parte, la parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

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

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente la condena al pago de honorarios profesionales que reclama el demandante.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

##### **- Sobre los honorarios profesionales**

Solicita la parte demandante el pago de los honorarios profesionales, que aduce causados por la asesoría y servicios profesionales prestados a la demandada durante su desvinculación y proceso de negociación con Citibank

---

esta manera sustento mi recurso de apelación, espero que la justicia en Segunda Instancia lo que yo con legítimo derecho estoy reclamando, lamento y pido disculpas pero me parece que su decisión no está defendiendo los derechos de un abogado como usted lo es y que uno espera que la justicia reconozca los derechos de quien acredita su existencia. Gracias señora Juez”.

Colombia. Según se afirma en la demanda, el valor pactado corresponde al 8% de lo que la demandada recibiera como consecuencia de la negociación.

Teniendo en cuenta lo anterior, los artículos 2142 y 2143 del Código Civil definen al mandato como el contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Este contrato puede ser gratuito u oneroso, y tratándose del mandato para gestiones judiciales la remuneración se define por lo acordado entre las partes antes o después del contrato, y a falta de acuerdo, por lo que disponga la Ley según las gestiones realizadas.

En este orden ideas, corresponde al demandante acreditar la realización de las gestiones que aduce en la demanda le fueron encomendadas por ADRIANA MARIA CASTRO LOPEZ, y el valor de los honorarios pactados, en cuanto reclama el pago del faltante del 8%, que afirma acordó como honorarios, sobre la base del valor que la empresa reconociera a favor de la demandada.

Revisadas las pruebas aportadas al expediente, no encuentra la Sala prueba alguna que permita deducir que entre las partes se pactó el reconocimiento de honorarios profesionales en favor del demandante por la realización de las gestiones determinadas en la demanda.

Los documentos aportados al proceso, si bien dan cuenta de una negociación y actuaciones judiciales adelantadas para obtener el reintegro de ADRIANA MARIA CASTRO LOPEZ, ninguna de ellas acreditan que la gestión hubiera sido realizada directamente por el actor, ni que la demandada hubiera recibido o concretado pago alguno a su favor por parte del Citibank.

En efecto, la impresión de correos electrónicos enviados por el demandante a la dirección de correo [nany.adrianacastro@gmail.com](mailto:nany.adrianacastro@gmail.com) que fueron aportados (fls. 6 a 8, 23 a 26, 29 a 32, 37, 58, 60, 76 a 79, 82, 83, 85, 88 a 90, 93, 94, 97, 99, 102 y 107), solo contienen manifestaciones realizadas por el mismo actor, instrucciones dadas por éste sobre la presentación de un incidente de desacato o remisión de documentos adjuntos de los cuales no se tiene certeza cuáles eran. Además, en ninguno de los correos se observa una respuesta de la demandada sobre las manifestaciones remitidas por el actor en señal de aceptación o manifestación alguna sobre lo puesto a su consideración.

Además de lo anterior, obra copia de un escrito de acuerdo entre la demandada y el Citibank que no se encuentra suscrito (fls. 2 a 5), y donde se observa de manera seguida un correo electrónico remitido por el demandante a la demandada donde realiza unas precisiones sobre dicho documento (fl. 6), pero éste no indica o supone una obligación de la demandada para reconocer honorarios. Así mismo, se encuentra un escrito de incidente de desacato suscrito por la demandada (fls. 9 a 13), escrito mediante el cual Citibank reconoce a la demandada la suma de \$65.000.000 por concepto de resultados generales alcanzados durante el año 2015 (fl. 22), documentos relacionados con la demandada y su relación con Citibank (fls. 27, 33 a 36, 38 a 57, 59, 61 a 65, 73, 80, 81, 84, 86, 92, 95, 103 a 106, 118 a 120), escrito presentado por ADRIANA MARIA CASTRO LOPEZ ante el Juez 46 Penal del Circuito dentro del trámite de la acción de tutela de radicado 2015-00076 (fls. 66 a 71), escrito de tutela en contra de Citibank suscrito por la demandada (fls. 112 a 117), .

Valorados y revisados en conjunto los documentos referidos, no deduce el Tribunal de manera clara la obligación



de la demandada de pagar honorarios profesionales al actor en el monto que reclama en la demanda, pues en ninguno de ellos consta o de ninguno de ellos se deduce que las partes hubieren realizado un acuerdo para la prestación de servicios de asesoría, ni tampoco que se hubieran fijado un porcentaje específico por concepto de honorarios. Si bien los correos y documentos referidos, podrían constituir un indicio de que el actor remitía o realizaba escritos a la demandada, no hay prueba de que se hubiera pactado como honorarios profesionales el 8% de lo que la demandada recibiera por parte de Citibank, hecho que dicho sea de paso, tampoco se acreditó, pues ninguna de las pruebas aportadas demuestra que ésta hubiera recibido suma de dinero alguna por parte de Citibank como consecuencia de los escritos o asesoría que dice haber realizado el actor. No puede entenderse que los \$65.000.000 que aparecen reconocidos por Citibank a la demandada sean consecuencia de la asesoría del actor, pues el documento de folio 22 indica claramente que su reconocimiento es por los resultados generales alcanzados durante el año 2015.

Ahora bien, de folios 14 a 21 obra acta individual de reparto, demanda y poder concedido por la demandada al demandante para iniciar proceso ordinario laboral en contra de Citibank, para obtener el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha en que se concretó el reintegro ordenado por el Juez 56 Penal Municipal, no obstante y aun cuando pudiera entenderse el derecho al pago de honorarios generados por dicha gestión, lo cierto es que no hay prueba alguna de la cual se pueda deducir en que condiciones se pactaron los honorarios, si el proceso finalizó y si ADRIANA MARIA CASTRO LÓPEZ recibió suma de dinero alguna como consecuencia de dicha gestión, como lo afirma el demandante en su escrito de demanda.

Por ello, lo único que podría reconocerse en favor del actor serían los honorarios correspondientes a la demanda ordinaria laboral que presentó en nombre de la demandada, pues no aparecen más gestiones acreditadas. Como no hay prueba de que se hubiera pactado suma de dinero alguna por este concepto, procede aplicar las tarifas establecidas por CONALBOS sobre la materia, al efecto el numeral 14.19 de las tarifas de honorarios profesionales (año 2016), dispone que en los procesos ordinarios en representación del trabajador hasta la terminación de la segunda instancia, éstos corresponden al 30% de lo obtenido. No obstante y dado que no hay prueba de la continuación del proceso, ni tampoco de que la demandada hubiera recibido pago alguno, la Sala tendrá en cuenta la afirmación del actor referida a que recibió la suma de \$28.000.000 por concepto de honorarios, la cual considera el Tribunal que es suficiente para cubrir dichos honorarios, pues teniendo en cuenta el porcentaje establecido por CONALBOS y que la cuantía del proceso fue estimada en una suma superior a \$60.000.0000, el valor de los honorarios correspondería a \$18.000.000 si se hubiere terminado la segunda instancia, como no hay prueba de que así ocurrió, de todas formas el valor recibido por el actor, resultaría ostensiblemente superior a los \$18.000.000 que le hubieran correspondido si hubiera acreditado que tramitó el proceso hasta finalizar la segunda instancia.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, precisando a la parte demandante que no basta con la afirmación de ser el titular del derecho que se reclama sino que en los términos del artículo 167 del CGP, dichos hechos deben ser probados.

Sin costas en esta instancia.

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

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**  
Magistrado

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado



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

**S03-00144-2020**

**Radicado N° 11 2017 00714 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. en contra de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2019, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a OLEODUCTO DE COLOMBIA SA a pagar a favor del demandante cálculo actuarial por las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones correspondientes al período laborado entre el 1° de octubre de 1990 y el 31 de agosto de 1992.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**RODRIGO VIDAL SOLARTE**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A.** Solicita que se declare el derecho del demandante al reconocimiento del título pensional (reserva actuarial), conformado por los aportes en

pensiones al ISS (Hoy Colpensiones) que Oleoducto de Colombia SA debió aprovisionar durante el período transcurrido entre el 1° de octubre de 1990 y hasta el 31 de agosto de 1992, que en consecuencia se condena a dicha sociedad al reconocimiento y pago a favor de Colpensiones del cálculo actuarial respectivo y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que prestó servicios mediante contrato de trabajo a término indefinido a la sociedad OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. desde el 1° de octubre de 1990 y hasta el 31 de agosto de 1992, que dicha compañía durante la relación laboral no lo afilió, ni pago los aportes a pensión respectivos, que durante la relación de trabajo la demandada no hizo los respectivos aprovisionamientos de capital necesarios para hacer los aportes a pensión, conforme dispone el artículo 72 de la ley 90 de 1946 y el artículo 13 de la ley 171 de 1961; que nació el 1° de septiembre de 1952 y se encuentra afiliado a Colpensiones.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y afiliación del demandante a esa entidad, frente a los demás manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y carencia de causa para demandar (fls. 79 a 89).

**OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A.** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la relación laboral y frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido por inexistencia de obligación y ausencia de causa, buena fe y prescripción. (fls 90 a 107

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 13 de septiembre de 2019, condenó a la sociedad OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. a pagar a favor del demandante el cálculo actuarial correspondiente, por las cotizaciones dejadas de realizar. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** CONDENAR a OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. a pagar a favor del señor RODRIGO VIDAL SOLARTE identificado con CC No. 12.104.059, las cotizaciones causadas al sistema de seguridad social en pensiones correspondientes al periodo laborado entre el 1° de octubre de 1990 y el 31 de agosto de 1992, las cuales deberán ser consignadas o aportadas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, previo cálculo actuarial elaborado por dicha administradora, **SEGUNDO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, elaborar el cálculo actuarial en el que incluya el periodo laborado por el actor RODRIGO VIDAL SOLARTE identificado con la CC No. 12.104.059, **TERCERO:** DECLARAR NO probada la excepción de prescripción, relevándose del estudio de las demás medios exceptivos propuestos por la pasiva dado el resultado de la Litis y **CUARTO:** CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada acorde a la modificación introducida por la Ley 1395 de 2010, señalándose como agencias en derecho la suma de \$500.000, suma que deberá ser cancelada por la parte demandada a favor de la parte actora”

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el cálculo actuarial reclamado. Para resolverlo indicó que si bien la obligación de afiliación al Sistema de Pensiones para los trabajadores de la Industria del Petróleo surgió con la Ley 100 de 1993, lo cierto es que con anterioridad la demandada tenía obligación de realizar las provisiones necesarias para que las empresas

reconocieron sus pensiones o para cuando subrogaran el riesgo en las entidades de seguridad social, dijo además que según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es procedente ordenar a estas entidad el pago del cálculo actuarial respectivo.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la demandada OLEODUCTO DE COLOMBIA interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la sentencia de primera instancia con fundamento en que para el momento en que se ejecutó la relación laboral con el demandante no existía obligación para las empresas del sector petrolero de afiliarse al sistema de pensiones a sus trabajadores, pues ésta solo surgió con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y no es posible al efecto, aplicar normas que no existían ni estaban vigentes al momento de la relación laboral. Subsidiariamente solicita que en caso de mantenerse la condena, se ordene el pago del cálculo únicamente frente al porcentaje que como empleador le corresponde.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> “En mi calidad de apoderado de la entidad demandada Oleoducto de Colombia me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de dictar en primera instancia, como sustento del recurso vale la pena manifestar que en la sentencia que se acaba de proferir no se hizo un análisis extenso de que efectivamente mi representada para la época que se reconoce de buena fe la existencia de una relación laboral con el aquí demandante, pues de ninguna manera estaba a afiliarse al extinto Instituto de Seguros Sociales al aquí demandante en lo que tiene que ver con los riesgos de vejez, invalidez o muerte, lo anterior porque, porque es importante tener en cuenta que si bien el Instituto de Seguros Sociales fue creado de vieja data, el llamado a inscripción o afiliación obligatoria se dio de manera paulatina en lo que tiene que ver con las empresas dedicadas a la industria del petróleo como se podía catalogar mi representada como transportadora por medio de oleoductos de hidrocarburo, pues que esta empresa tuvo una excepción por decirlo así a llamamiento obligatorio de afiliación, lo anterior es claro toda vez que solamente hasta con la resolución 4250 de 1993, es que se determinó que sería el 1° de octubre del año 1993, la fecha en que se haría de forma obligatoria el llamado a inscripción y afiliación y correspondiente pago de cotizaciones a Seguridad Social de su personal, de manera que, con lo anterior se tiene que si la fecha establecida fue el 1° de octubre de 1993 y como se reconoce la cotización de la demanda aquí es que el actor estuvo vinculado hasta el 31 de agosto de 1992, para la época en que tuvo vigencia la relación laboral no existía ninguna obligación de afiliarse al aquí demandante al subsistema de pensiones, lo anterior es importante porque, porque si no existía una obligación, pues de ninguna manera existía obligación de efectuar pagos periódicos y tampoco pues porque de ninguna manera se estableció en ninguna normas, que mientras que se hiciese el llamado a inscripción obligatoria el empleador tenía que haber hecho algún tipo de reserva o aprovisionamiento como extrañamente se le está imponiendo este al empleador con la sentencia que se acaba de dictar, esa indeterminación en el tiempo del llamado obligatorio de afiliación, pues de ningún manera fue imputable a mi representada, mi representada así hubiese querido afiliarse al aquí demandante a pensiones eso no habría sido posible porque insisto el llamamiento se dio de manera paulatina y hasta el 1° de octubre de 1993, se hizo efectiva esta vinculación, lo anterior se insiste en que al no estar vigente esa obligación tampoco y de ninguna manera hay un soporte normativo que hubiese establecido que mientras tanto, no fue solo mi representada que también por razón de ubicación de territorio de la sede de la prestación del servicio también hubo en el país una demora para afiliarse a las personas, que no fue solo un capricho de mi representada o no solo fue un

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

---

capricho de las empresas de la industria del petróleo de no efectuar la afiliación, sino que fueron muchas otras empresas en distintas regiones del país de otros sectores, y de ninguna manera se había establecido que mientras se hiciese ese llamado se tenía que haber hecho ese tipo de reserva o aprovisionamiento, llama la atención que en la sentencia que se acaba de dictar se disponen muchas normas de ley 100 de 1993, algunos decretos del año 94, del año 2000, los cuales de ninguna manera podrían ser tenidos en cuenta para la decisión que se acaba de tomar, toda vez que, pues la relación laboral tuvo lugar del 1° de octubre de 1990 al 31 de agosto de 1992, las disposiciones que establece ley 100 que fueron señaladas por el despacho parten de la base de que para la época en que hubieren, que entra en vigor la ley 100 de 1993, pues la relación laboral estuviese aun, se estableció con el propósito de establecer cual o como hacer ese proceso de transición si una persona no venía afiliada y ahora con la ley 100 que fue cuando se hizo obligatoria a partir del 1° de abril de 1994, para todas las empresas sin distinción alguna de afiliación, sin embargo, repito para esa época cuando entra en vigencia la ley 100, la relación laboral no existía, es importante tener en cuenta que se dio una omisión legal, toda vez que el Instituto de Seguros Sociales previamente había expedido una resolución con anterioridad para hacer este llamado obligatorio de las empresas de la industria del petróleo, la suspendió y solo hasta el 1° de octubre de 1993 se hizo obligatorio, esta omisión legal de ninguna manera se le puede trasladar al empleador, toda vez que este siempre actuó de buena fe bajo el principio de confianza legítima y bajo los efectos de las normas que estaban vigentes en su momento, para esa época no existía ninguna norma que obligase a estas empresas a afiliar el personal al Instituto de Seguros Sociales, pues hoy en día no se lo podía efectuar un reproche por no haberlo hecho y se repite, pues tampoco existía ninguna obligación de aprovisionamiento o de reserva alguna, así mismo es importante tener en cuenta que lo anterior o esta falta de afiliación no quiere decir que el personal vinculado laboralmente estuviera desprovisto porque estaban las pensiones a cargo del empleador que en caso de cumplir determinados años de servicio se podía o iba a obtener una pensión directamente por parte del empleador, sin embargo estos requisitos como lo establecido en el artículo 260 del CST, vigentes en su momento, pues no se cumplen en este caso toda vez que el aquí demandante estuvo vinculado por incluso un poco menos de dos años de servicio, lo cual pues de ninguna manera hace que sea obligatorio que se deba hacer una pensión compartida o que se tenga que reconocer algún tipo de prestación en materia pensional de forma directa por el empleador toda vez que por el tiempo de servicios de ninguna manera lo hace así exigible, en este sentido se solicita entonces a los honorables magistrados como pretensión principal del recurso de apelación que se revoque la sentencia mediante la cual se obliga a mi representada a efectuar el pago del cálculo actuarial que para tal fin elabore Colpensiones y de manera subsidiaria se quiere solicitar a los honorables Magistrados que pues en la eventualidad de que se mantenga esta decisión y como se manifestó incluso desde la contestación de la demanda, lo cual no fue tenido en cuenta al momento de dictar sentencia, y es que existe una obligación bipartita del pago de los aportes al sistema de seguridad social, eso que quiere decir, y desde vieja data siempre ha sido así que el pago de los aportes a seguridad social se compone de una parte que debe asumir el empleador y otra parte que debe asumir el trabajador, para tal fin y hoy en día bajo las normas que existen hoy está el empleador facultado para efectuar este descuento sin autorización alguna, si llevamos esto a la época de la relación laboral y partiendo de la base de que no existía ningún tipo de obligación de afiliación, pues es imposible que mi representada hubiese podido realizar el descuento mensual del salario para concurrir con ese aporte a seguridad social en materia pensional del aquí demandante, en este sentido, pues si hoy en día se le obliga a mi representada a que asuma la totalidad de las cotizaciones dejadas de efectuar, pues debería ordenarse únicamente de manera proporcional en aquella cantidad o suma que debía asumir el empleador descontando o no obligando al empleador a que asuma la parte que en su debido momento debía asumir el trabajador, lo anterior se debe tener en consideración que el descuento si en su momento no se hizo es porque no existía obligación de afiliación ni mucho menos de efectuar un aprovisionamiento si eventualmente mi representado hubiese hecho ese descuento para una eventual afiliación futura, pues tal descuento hubiese sido ilegal porque no cumplía con la finalidad de efectuar un aporte al Instituto de Seguros Sociales toda vez que pues el Instituto de Seguros Sociales no le iba a recibir en tanto la afiliación no era obligatoria, entonces por lo anterior, al menos en la eventualidad en que los honorables magistrados no revoquen en su totalidad la condena impuesta, pues es que se solicita de manera subsidiaria en este recurso de apelación que se ordene únicamente de manera proporcional el pago del cálculo actuarial en lo correspondiente únicamente en lo que debe ser asumido por el empleador debiéndose entonces descontar lo que en su momento el trabajador debió aportar para la concurrencia de este aporte y que en diversos pronunciamientos del honorable Tribunal Superior de Bogotá ya ha sido aceptado al resolver recursos de apelación en casos similares, dejando en estos términos sustentado el recurso de apelación por parte de Oleoducto de Colombia S.A.”



Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y para el efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte la apoderada principal de Colpensiones sustituyó poder al Dr. SAMUEL EDUARDO MEZA MORENO identificado con CC N° 1.098.719.007 y portado de la TP 268.676 del C. S, de la J. a quien se tiene como apoderado sustituto de esta entidad. El referido apoderado presentó alegatos de conclusión, pide que no dicte condena alguna en contra de su representada en tanto la obligación de realizar aportes al sistema se encuentra a cargo del empleador.

El apoderado de la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

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

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es obligación de la demandada OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. realizar el pago del cálculo actuarial que aquí se reclama.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que entre el demandante y la demandada OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. existió una relación laboral entre el 1° de octubre de 1990 y el 31 de agosto de 1992 (hecho aceptado por la demandada en la contestación a la demanda, fl. 18); **ii)** que la

demandada no afilió al demandante al sistema de seguridad social en pensiones (hecho aceptado por la demandada); **iii)** que el demandante se encuentra afiliado a COLPENSIONES (fls. 21 a 23).

- **Procedencia del cálculo actuarial**

Para resolver la controversia la Sala seguirá el criterio jurisprudencial expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico como juez de casación laboral, para unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide. En la sentencia de fecha 16 de julio de 2014, radicación N° 41745, y copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad esa Corporación expresamente recogió el criterio que había expresado sobre la materia con anterioridad y dispuso la responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no hubo cobertura de los riesgos de Invalidez Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales.

Para el efecto estimó la Sala Laboral de la Corte lo siguiente:

*“(...) no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la*

*afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas. (...) bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional”.*

Bajo este lineamiento jurisprudencial el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en la medida que no fue objeto de controversia en el proceso la prestación de servicios del actor en favor de OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. bajo contrato de trabajo, entre el 1° de octubre de 1990 y el 31 de agosto de 1992 (aceptado por la demandada en la contestación de la demanda) y que dicha sociedad no afilió al sistema de pensiones al actor durante dicho lapso por no existir obligación de afiliación a cargo de las empresas del sector petrolero. Precisa la Sala, para responder el argumento de apelación planteado por la parte demandada que la aplicación del precedente jurisprudencial que aquí se refirió no implica la aplicación retroactiva de las normas, pues desde la Ley 90 de 1946 se definió para los empleadores la obligación de hacer las provisiones necesarias para el cubrimiento de las pensiones de sus trabajadores o para una subrogación posterior del riesgo de invalidez, vejez y muerte, luego, aun cuando no existía la obligación de afiliación si existía la de hacer las provisiones para cubrir o financiar el futuro derecho pensional en proporción del tiempo servido por un trabajador.

Ahora bien, para resolver el argumento subsidiario planteado en el recurso de apelación, referido a que solo debe ordenarse el cálculo actuarial en la proporción de la cotización correspondiente al empleador. La Sala dirá que dicha alegación se encuentra

fundada, como quiera que los afiliados al Instituto de Seguros Sociales desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, tenían a su cargo la obligación de asumir un porcentaje de la cotización para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte. En consecuencia y dado que la entidad no lo afilió por no tener la obligación de hacerlo, no encuentra la Sala motivo alguno para eximir al demandante de asumir el porcentaje que por ley le corresponde en la conformación de su derecho pensional. Por ello, se modificará el fallo apelado en el sentido de indicar que el cálculo actuarial corresponderá únicamente al porcentaje del aporte a cargo del empleador.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para definir que COLPENSIONES debe liquidar el cálculo actuarial teniendo en cuenta únicamente el 75%, porcentaje del aporte que se encontraba a cargo del empleador, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

**Magistrado**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-00151-2020**

**Radicado N° 13 2019 00218 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA)** en contra de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2019, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA -BBVA** a pagar a favor del demandante cálculo actuarial por las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones correspondientes al período transcurrido entre el 3 abril de 1977 hasta 13 de junio 1985.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**DORA LIGIA JURADO MATIZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra del **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA - BBVA**. Solicita que se condene al demandado al pago del cálculo actuarial por no realizar aportes a pensión entre el 3 abril de 1977 y

el 13 de junio 1985 a favor de PORVENIR, fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada actualmente y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que estuvo vinculada laboralmente con el Banco demandado desde el 3 abril de 1977 hasta 13 de junio 1985, que durante el término de la relación el Banco no realizó los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, que en el año 2014 solicitó al BBVA información sobre los aportes de esa época y en respuesta dada el 1° de agosto de 2014 le informó que no se realizaron.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA - BBVA** se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la relación laboral y frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de imposibilidad de crear en cabeza del empleador demandado una obligación retroactiva por inconstitucional y por atentar contra el principio de seguridad jurídica, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe (fls. 79 a 92).

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

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de octubre de 2019, condenó a la demandada al pago del cálculo actuarial reclamado. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** *CONDENAR a la demandada BBVA a la constitución de un título pensional con destino a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR. Previo cálculo actuarial, para efectos de que cubra los aportes del tiempo en que no le cotizó a la demandante DORA LIGIA JURADO MATIZ, por la falta de afiliación, esto es del 3 de*

*abril de 1977 al 13 de junio 1985, teniendo en cuenta el salario devengado en dicha época, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada Colpensiones. **TERCERO:** CONDENAR en costas a la parte demandada”*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento del cálculo actuarial reclamado. Para resolverlo indicó que si bien para la fecha en que se ejecutó la relación laboral no existía obligación de afiliación en Puerto Asís – Putumayo, por falta de cobertura del sistema, lo cierto es que en aplicación del criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el empleador debe responder por el pago de las cotizaciones que no pudieron realizarse por falta de cobertura porque tenía obligaciones derivadas de la relación laboral que debe satisfacer a través del pago del cálculo actuarial.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la sentencia de primera instancia con fundamento en que para el lapso en que se ejecutó la relación laboral con el demandante no existía cobertura en el lugar de prestación del servicio (Puerto Asís - Putumayo) para afiliar al ISS a sus trabajadores, y que esta cobertura surgió de manera posterior a la terminación de la relación laboral. Dice que se encuentra probado que durante el tiempo de la relación laboral con la demandante el municipio donde ésta prestaba sus servicios no contaba con cobertura del ISS, por lo que no existe omisión por parte del empleador en querer evadir los pagos a pensión. Pide que de ser confirmada la sentencia se tenga en cuenta que los intereses moratorios solo proceden a partir de la



presentación de la demanda, cuando se realizó el requerimiento al deudor y desde el momento en que terminó la relación<sup>1</sup>.

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

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

El apoderado de la parte demandada, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y para el efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

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

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

---

<sup>1</sup> “En calidad de apoderado de la parte demandada y de acuerdo a la condena de pago de cálculo actuarial por la falta de afiliación en el periodo comprendido del 3 de abril 1975 al 13 junio de 1985 , a favor de la actora y deberá ser consignado al fondo de pensiones porvenir, la apelación tiene como propósito revoque íntegramente la misma y se absuelva la entidad demanda, las razones de la inconformidad son en primer lugar frente a la consideración que hace la sentencia donde no se demuestra que en el municipio de puerto asís – putumayo para el periodo 1977 al 1985, no hubiera cobertura valga decir que si SE proba, ya que es al contrario, con base en los documentos los llamados del ISS y el seguro social para la cobertura ” no hay cobertura pero en los municipios donde hayan circulares es donde empieza a haber cobertura por eso no se observa la cobertura de puerto asís, ya que allí no llego cobertura encuentran varias ciudades el hecho es que esto está probando que nunca hubo cobertura y no hubo llamado, pero la sentencia lo dice en gracia de discusión donde dice que hay que renombrar la abundante la jurisprudencia de la corte de 2014 desde el cambio de posición en el tema tratado, por medio de la sentencia sl79346 , La Corte llega a una posición diferente a la anterior al sentencia que está en apelación ya que la parte demanda pague el cálculo actuarial. Es por tanto que no hubo una omisión de la entidad demandada de no querer afiliar a la actora nunca existió, y 2°. Para que el deudor este en mora debe ser requerido por el acreedor, ya que si se es condenado la parte demandante en segunda instancia se debe tener en cuenta desde cuando se aplicarían los intereses de mora ya que distinto a ser condenado desde 1977 al 1985 con 42 años de mora, diferente a que desde que se haga el requerimiento si es así al deudor. Por lo que se requiere reformar si es de alcance al tribunal ya que no es un cálculo actuarial total con todas las condenas ya que no es una omisión por parte de BBVA de evadir la ley, sino que sería al máximo pagar las cotizaciones sin intereses de mora o desde el requerimiento que sería desde la presentación de la demanda que sería un tiempo más corto”

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es obligación de la BANCO BILBAO VIZCAYA AGENTRARIA - BBVA. realizar el pago del cálculo actuarial por el periodo laborado por el demandante en un municipio no cubierto por el régimen pensional del ISS.

## **VII. CONSIDERACIONES**

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que entre la demandante y el Banco demandado BBVA existió una relación laboral entre el 3 abril de 1977 y el 13 de junio 1985, siendo el lugar de prestación del servicio Puerto Asís Putumayo (hecho aceptado por la demandada en la contestación a la demanda, fl. 10 y 80); **ii)** que durante el término de la relación laboral la demandada no realizó afiliación al sistema de seguridad social en pensiones (hecho aceptado en la contestación de la demanda, fl. 80).

### **- Procedencia del Cálculo Actuarial**

Para resolver la controversia la Sala seguirá el criterio jurisprudencial expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico, como juez de casación laboral, de unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide. En la sentencia de fecha 16 de julio de 2014, radicación N° 41745, y copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad esa Corporación expresamente recogió el criterio que había expresado sobre la materia con anterioridad y dispuso la responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no hubo cobertura de los riesgos de Invalidez Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales.

Para el efecto estimó la Sala Laboral de la Corte lo siguiente:

*“(...) no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas. (...) bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional”.*

Bajo este lineamiento jurisprudencial, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en la medida que no fue objeto de controversia en el proceso la prestación de servicios de la actora en favor de BBVA bajo contrato de trabajo, entre el 3 abril de 1977 y el 13 de junio 1985 (hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda), y que dicha sociedad no afilió al sistema de pensiones a la actora durante dicho lapso por no existir cobertura de afiliación al ISS en la ciudad de Puerto Asís - Putumayo, debe precisar la Sala, que la aplicación del precedente jurisprudencial que aquí se refirió no implica la aplicación retroactiva de las normas, pues desde la Ley 90 de 1946 se definió para los empleadores la obligación de hacer las provisiones

necesarias para el cubrimiento de las pensiones de sus trabajadores o para una subrogación posterior del riesgo de invalidez, vejez y muerte, luego, aun cuando no existía la obligación de afiliación si existía la de hacer las provisiones para cubrir o financiar el futuro derecho pensional en proporción del tiempo servido por un trabajador.

Ahora bien, frente al argumento de apelación referido a que se ordene el pago de los intereses desde la presentación de la demanda y no desde la fecha en que terminó el contrato, se advierte que la sentencia de primera instancia no dictó condena por este concepto y para efectos de la liquidación del cálculo actuarial, por parte de la entidad de pensiones, ésta deberá aplicar las normas vigentes sin que sea posible exigir el cumplimiento de trámites o procedimientos no previstos para estos casos, como constituir en mora al deudor y requerir el pago de sus obligaciones.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

Magistrado



**MARLENY RUEDA OLARTE**

Magistrada



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-00145-2020**

**Radicado N° 14 2018 00063 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**NUBIA MARLEN GUERRERO ROZO**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES FENIX S.A.S.** Solicita que declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido desde el 29 de enero de 2008 hasta el 15 de agosto de 2017 y que fue despedida encontrándose en tratamiento médico. Pide que en consecuencia se condene a la demandada a reintegrarla al mismo cargo o a uno de mejor calidad, al pago de los salarios dejados de percibir desde el

momento del despido, a cancelar la sanción prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria pide que se condene a la demandada a pagar la reliquidación de las prestaciones sociales teniendo en cuenta el salario básico, auxilio de movilidad y horas extras diurnas laboradas durante los tres últimos años, a pagar la reliquidación de las vacaciones, aportes al sistema de pensiones, indexación y costas del proceso.

**NUBIA MARLEN GUERRERO ROZO** fundamentó sus pretensiones en que se vinculó al servicio de la demandada desde el 29 de enero de 2008 para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios generales; que al ingresar presentó los exámenes que la declararon apta para desempeñar la función para la cual fue contratada; que fue afiliada a la ARL SURA, a la NUEVA EPS y al fondo de pensiones Colpensiones; que su horario de trabajo era de 8:00 am hasta las 5:00 pm; que los sábados laboraba de 8:00 am a 3:00 pm; que la demandada además de pagar el salario básico por \$807.717, le pagaba un auxilio de movilización por \$135.000; que desde el 26 de enero de 2009, por un dolor lumbar, se encuentra en tratamiento médico y ello es conocido por la demandada; que la demandada desde el mes de abril de 2011, por recomendaciones médicas reubicó a la actora en el cargo de Archivo Central; que la ARL el día 22 de mayo de 2012, realizó visita a su puesto de trabajo; que el 1° de agosto de 2016, se reubicó nuevamente a la actora en el cargo de auxiliar de almacén y archivo; que el 15 de agosto de 2017, la demandada decidió dar por terminado el contrato de manera unilateral a sabiendas del tratamiento médico en que se encontraba; que la demandada no pidió permiso ante el Ministerio de Trabajo para despedirla.

Informa que presentó acción de tutela contra la demandada, la cual correspondió al Juzgado 2° Civil Municipal de Yumbo, quien la negó por improcedente, que presentó recurso de apelación

contra dicha decisión y el Juzgado 11 Civil del Circuito de Cali, confirmó la decisión de primera instancia; dice que su salario real devengado fue en promedio de \$1.057.961, conforme a los desprendibles de pago que anexa; que la demandada solo tuvo en cuenta para liquidar y pagar las prestaciones sociales y los aportes a pensión el salario básico de \$807.717; que la demandada debe reliquidar las diferencias de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión, incluyendo el salario básico, auxilio de movilización y horas extras.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES FENIX S.A.S.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de inexistencia de derecho y causa para demandar y cobro de lo no debido (fls. 473 a 481).

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

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** ABSOLVER a la demandada *IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES FENIX S.A.S.* de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por la demandante *NUBIA MARLEN GUERRERO ROZO*, conforme lo aquí considerado **SEGUNDO:** RELEVARSE del estudio de las excepciones propuestas dado el carácter absolutorio del litigio, **TERCERO** CONDENAR EN COSTAS de la acción a la parte demandante. Tásense y **CUARTO** CONSULTAR con el Superior la presente providencia en el evento de no ser apelada”.



La Juez definió el problema jurídico en establecer si al momento de finalizar el contrato de trabajo, la actora era beneficiaria de una estabilidad laboral reforzada por razones de salud. Para resolverlo indicó que la demandante no cumple las condiciones definidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para acceder al fuero de estabilidad que reclama, pues sus patologías no le impedían cumplir sus labores y tampoco cuenta con un porcentaje de pérdida de capacidad definido.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se defina que la demandante es beneficiaria del fuero de salud, aduce que debe realizarse un estudio minucioso de la copia de la historia clínica aportada al expediente, la cual demuestra que la actora ha tenido múltiples incapacidades y estuvo en un tratamiento médico y que por ello se le ocasionó un perjuicio con el despido. Sobre la reliquidación que reclama dijo que el artículo 127 del CST establece que todo lo que recibe el trabajador mensualmente constituye salario, y en este caso la juez aplicó el artículo 128 favoreciendo a la parte demandada y no a la demandante quien es la parte débil de la relación.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *“Muy por encima se analizó la historia clínica del demandante, donde tiene contenido de incapacidades, incapacidades, tiempo donde ella estuvo en tratamiento médico; su señoría manifestó que desde el 2015 no se verificó si la actora estaba en tratamiento médico, la historia clínica habla por sí sola, eso frente a la historia clínica, para la condena que se está solicitando por el artículo 26 de la ley 361 de 1997 por cuanto al profundizar la historia clínica se logra demostrar que si hay un perjuicio ocasionado a la trabajadora, frente a los salarios el artículo 127 del CST manifiesta que todo lo que reciba el trabajador mensualmente constituye salario, para lo cual, en este caso se aplica el artículo 128 dándole favorabilidad es a la parte empleadora cuando la misma ley en el artículo 21 del CST y 53 de la constitución, nos manifiesta que se debe proteger la parte más débil y en este caso la parte más débil es el trabajador, ese principio brilla aquí por su ausencia, entonces le solicito a su señoría que conceda el recurso de apelación para que sea el Tribunal quien revise esos presupuestos y en su momento oportuno se revoque el fallo proferido por su despacho aplicando precisamente el artículo 21 del CST y el artículo 127 del CST, el artículo 13, el artículo 25 y el artículo 53, 48 de la Constitución y el artículo 93 de la Constitución por cuanto tiene el artículo 93*

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

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

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la demandante se encontraba amparada por la garantía de estabilidad laboral reforzada prevista en la Ley 361 de 1997, al momento de la terminación del contrato. Establecer si es procedente la reliquidación de prestaciones sociales que la actora reclama.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** entre la demandante y la sociedad demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 29 de enero de 2008 hasta el día 15 de agosto de 2017 (fl. 8); **ii)** que la terminación del contrato se dio de manera unilateral y sin justa causa y la actora recibió el pago de la indemnización respectiva (fls. 7 a 435 y 436).

- **Estabilidad Laboral Reforzada por Afectaciones de Salud.**

---

*hace referencia a los principios constitucionales de los tratados y convenios internacionales que ha firmado Colombia con los países fuera de Colombia para que así ingresen a tenerse en cuenta al momento de proferir el fallo de segunda instancia si así lo estiman conveniente los honorables magistrados para que no se vulneren los derechos a la trabajadora por cuanto lleva tanto tiempo en un problema de salud que no se lo han definido, entonces que le ordenen un examen para que se le defina la situación si hay alguna duda o algo sobre el problema de salud de la señora, gracias su señoría"*

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. En consecuencia, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se efectúe desconociendo dicha prohibición de conformidad con la interpretación que se fijó en la sentencia C-531 de 2000.

Para determinar el alcance de la anterior protección, es necesario precisar el término discapacidad. Si bien en su momento se utilizaron los parámetros consagrados en el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, para definir el grado de discapacidad, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, motivo por el cual las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia son absolutamente validas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001.

Hoy en día, el concepto de discapacidad, conforme lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013, hace referencia a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

La anterior definición se complementa con lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL260 de 2019, en cuanto indicó que para efectos de conceder el fuero de estabilidad laboral reforzada lo relevante es que el trabajador acredite una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo y la conexión entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud. El anterior criterio concuerda con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en

donde precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas con limitaciones, independientemente del tipo de limitación o grado de afectación.

Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017, la H. Corte Constitucional indicó que el fuero de estabilidad laboral reforzada cobija tanto a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, como también a las que sufren de un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por tanto, ambas poblaciones tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el MINISTERIO DE TRABAJO.

El actual entendimiento del término discapacidad permite que el fuero de estabilidad pueda ser activado aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, por cuanto se indicó en la sentencia SL5181 de 2019, que el carácter finalista permite que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, deba ser cuidadoso en el uso su potestad de terminar el contrato, por lo que de forma previa deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el grado de discapacidad, bien sea logrando la calificación del trabajador o esperando el resultado de aquella.

Por último, respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los casos de fuero de estabilidad laboral reforzada, en la sentencia SL1360 de 2018, la H. Corte Suprema de Justicia indicó que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud, no

opera el amparo y no se requiere permiso del MINISTERIO DE TRABAJO; no obstante, si con posterioridad el trabajador acredita en juicio que sí estaba discapacitado, se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, las mismas se reputarán ineficaces.

Conforme los antecedentes normativos antes expuestos, el fuero de estabilidad laboral reforzada se activa a favor de aquellas personas a quienes su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones de normalidad.

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero advertir que de conformidad con los antecedentes normativos expuestos, la protección que brinda el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud no se activa de forma automática ante cualquier quebranto de salud, por cuanto debe acreditarse en primer lugar que el eventual aforado se encuentra en estado de discapacidad, entendido como aquella deficiencia física, mental o sensorial, permanente o no, que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, independientemente de si fue o no calificada su pérdida de capacidad laboral.

En el presente asunto, no existe controversia de que la demandante fue vinculada para ocupar el cargo de auxiliar de servicios generales inicialmente, que posteriormente en abril de 2011, fue reubicada en el archivo general; y luego, el 1° de agosto de 2016, fue reubicada en el cargo de auxiliar almacén y archivo (hechos aceptados por la demandada en la contestación de la demanda, fls. 474 y 475).

Lo anterior resulta relevante, en la medida en que al revisar la historia clínica aportada por la demandante, se infiere que las

patologías que padece, lordosis lumbar, osteoartrosis facetaria leve, fueron diagnosticadas por lo menos desde el año 2011 (fl. 14), de este hecho deduce la Sala que la demandante durante por lo menos 6 años de prestación del servicio a la demandada, ha tenido dichas afectaciones a su salud y que ello no le ha impedido realizar sus labores.

Considerando entonces que la afectación en el estado de salud de la demandante ha sido por lo menos desde el año 2011, la Sala observa que la demandada vinculó a la actora desde el año 2008 y que desde el año 2011 cuando se le diagnosticaron sus patologías, continuó vinculada por 6 años más, si bien los cargos que ocupó la demandante variaron durante la relación laboral, pues como se anotó en precedencia, inicialmente se desempeñaba como auxiliar de servicios generales, luego cumplía sus labores en el archivo general y posteriormente fue promovida al cargo de auxiliar de almacén y archivo, lo cierto es que no está demostrado dentro del expediente que tales modificaciones se hubieran dado por su condición de salud, como se afirma en la demanda, dentro de la extensa historia clínica aportada en folios 13 a 309 y en el CD que obra a folio 388, nada se advierte sobre el particular, lo único que se extrae es que la demandante ha tenido consultas innumerables por patologías distintas, como migraña, dolor lumbar, miomatosis uterina, que aproximadamente para el año 2014, se encontraba en fisioterapia por dolor lumbar, sin que se deduzca de ello que hubiera existido alguna recomendación médica sobre su puesto de trabajo.

El único documento que obra al efecto, es el estudio de puesto de trabajo realizado el 11 de mayo de 2012, no obstante de dicho documento lo único que se advierte es una revisión exhaustiva del lugar de trabajo de la demandante, pero en sus conclusiones u observaciones nada se refiere frente algún tipo de recomendación que debiera ser cumplida por el empleador (fls. 312 a 323), por el contrario del documento de folio 324 se deduce que

la demandante fue promovida por su empleador al cargo de auxiliar de almacén y archivo, sin que se abierta que tal promoción se hubiera dado por alguna condición especial de salud de la demandante. Por ello entiende la Sala, que la actora desarrolló sus funciones sin ningún tipo de complicación o limitación, lo que es posible deducir de lo anteriormente advertido y teniendo en cuenta que su vinculación con la entidad se mantuvo sin que se registraran novedades de salud por parte de la trabajadora.

De lo anterior es posible inferir razonablemente que a pesar de su condición de salud, la actora no cumple con el primero de los presupuestos exigidos para acceder a la estabilidad laboral reforzada por afectación de salud, por cuanto no estuvo incapacitada ni tenía una discapacidad al momento de la terminación de su contrato de trabajo, pues al 15 de agosto de 2017, su estado de salud no le imposibilitó o dificultó sustancialmente ejercer su labor, toda vez que realizó la misma a lo largo de varios años (contados desde la fecha del diagnóstico) en los cuales, se reitera, ya presentaba dicha condición de salud sin que por ello no hubiera podido o hubiera estado notoriamente limitada para el desempeño de sus funciones. Nótese que además que el examen médico de retiro practicado a la demandante nada advierte sobre algún tipo de discapacidad o condición especial de salud que tuviera la demandante cuando fue terminado el contrato de trabajo (fls. 383 y 384).

Así las cosas, al no acreditar la demandante su estado de discapacidad la demandada no se encontraba obligada a solicitar autorización del MINISTERIO DE TRABAJO para dar por finalizado el contrato de trabajo a la demandante, aun cuando la decisión de terminación del mismo fue sin justa causa.

Ahora bien, nada diferente puede concluir la Sala del interrogatorio de parte del demandante (CD. 3 min. 14:57), del interrogatorio de parte de la demandada (CD. 3 min. 5:50) y del

testigo escuchado en el proceso LUIS EDUARDO JIMENEZ GIRALDO (CD. 3 min. 19:53), pues nada relevante manifestaron al punto específico de la terminación del contrato por la condición de salud de la actora, ni se pronunciaron sobre hechos distintos a los que resultaron acreditados con la prueba documental referida. Si bien la demandante aduce que se encontraba en un tratamiento médico, el Director de Gestión Humana de la compañía que fue llamado como testigo nada manifestó sobre el particular, y como se dijo, en la historia clínica no hay constancia de que al momento de la terminación del contrato se encontrara en tratamiento médico.

#### - **Concepto de Salario**

Al efecto, el artículo 127 CST establece que salario no es solo la remuneración ordinaria del trabajador sino también todo lo que éste percibe, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. Así las cosas, es salario todo pago, en dinero o especie, que tenga naturaleza retributiva del servicio personal prestado por el trabajador.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1993 que modificó el artículo 128 CST, señala que no tienen naturaleza salarial los pagos que recibe el trabajador en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; así como los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. Sin embargo, tal como lo dispuso la Sala de Casación Laboral de la



Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado N° 39475 del 13 de junio de 2012, *“la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo”*

Así las cosas, en controversias sobre la naturaleza salarial de un pago, es preciso analizar si el mismo retribuye o no el servicio personal del trabajador, por cuanto de hacerlo será salario. Pues bien, una vez revisada la evidencia aportada al expediente el Tribunal encuentra que las sumas pagadas por IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES FENIX S.A.S. a la demandante por concepto de “AUXILIO DE MOVILIZACIÓN” no tenía de forma cierta naturaleza salarial, ni era retributivo del servicio, pues dicho beneficio se pagaba al trabajador, como lo dice su nombre, para gastos de transporte, lo que a juicio de la Sala lo enmarca dentro de la previsión no salarial que define el artículo 128 del CST.

Sobre este punto LUIS EDUARDO JIMENEZ GIRALDO (CD. 3 min. 19:53), testigo de la demandada y quien se desempeña como director de gestión humana, dijo que este auxilio había sido creado para los trabajadores de la compañía en Bogotá, pues estaban ubicados en un lugar de difícil acceso, y donde era complicado para los trabajadores que ingresaban en la mañana, por ello se les reconocía este beneficio para que pudieran solucionar el problema de transporte hacia la compañía.

Lo anterior es suficiente para confirmar, también en este aspecto la decisión de primera instancia, en cuanto no puede otorgarse naturaleza salarial a un pago que no tenía como objeto retribuir la labor del trabajador sino cubrir sus gastos de desplazamiento hasta el lugar de trabajo.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**  
Magistrado

  
**MARLENY RUEDA OJARTE**  
Magistrada ACLARO VOTO

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARLENY RUEDA OLARTE EN EL PROCESO 14-2018-63-01**

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

Aunque comparto la providencia, es necesario aclarar que me aparto de lo allí afirmado, cuando apoyado en sentencias de la Corte Constitucional, señala. que basta para que exista estabilidad laboral reforzada, acreditar **cualquier** afectación de salud que impida o limite su capacidad de trabajo.

Por el contrario, considero que debe existir una limitación o discapacidad, en los porcentajes que ha señalado la Corte Suprema de Justicia, **o un estado de debilidad manifiesta que lo ubique en la protección constitucional de ese estado derivado, lo que nunca puede asimilarse a cualquier afectación de salud, como se afirma en la sentencia.**

Son varias las sentencias que sobre el tema ha proferido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, SL 12998 Rad 49321 de nov 29 de 2017 MP JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ y la SL 1360 de 2018 RAD 1360 de abril 11 de 2018 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, que explican detalladamente el tema. En todas ellas la corte **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: “(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.**



MARLENY RUEDA OLARTE

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.**

**SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con el número de días a tener en cuenta para efectos del año en materia pensional, considerando que era de 365, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, que se apoya en sentencias recientes de la CSJ, en donde se considera debe tenerse como de 360; me acojo al mismo; luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a horizontal line that ends in a small loop.

**MARLENY RUEDA OLARTE**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

...

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

**S03-0132-2020**

**Radicado N° 15-2018-00567-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación del demandante **HERNANDO ALBERTO DOMÍNGUEZ MONTES** en contra de la sentencia proferida el 23 de agosto de 2019, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a la demandada de las pretensiones, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y condenó en costas al demandante (fl.120 a 121, 46:39 cd fl. 119).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA (fl. 2 a 17).**

**HERNANDO ALBERTO DOMÍNGUEZ MONTES** solicitó declarar que el IBL de su pensión es de \$2.898.378,76 y la tasa de reemplazo del 87%, siendo el real valor de la primera mesada de \$2.521.589,52 y que no prescribieron las mesadas del 1° de octubre de 2011 al 19 de diciembre de 2014, en consecuencia, condenar a **COLPENSIONES** al pago de las diferencias, indexadas, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que es médico, que accedió al régimen de transición pensional por edad, que laboró para diferentes empleadores, cotizando 1616 semanas, de las cuales 1248 se cotizaron al extinto ISS, quien mediante Resolución 000252 del 18 de enero de 2011 le reconoció pensión de jubilación conforme el Decreto 758 de 1990, con un IBL de \$2.209.940 y una tasa de reemplazo del 84%, para una primera mesada de \$1.856.350, en consideración a 1180 semanas cotizadas, prestación que se incluyó en nómina mediante Resolución 003836 del 11 de abril de 2011 por \$1.975.213 y a partir del 1° de mayo de 2011. Señaló que posterior a su retiro efectuó cotizaciones al RPM con el empleador CONSORCIO CODESS COM, así mismo, instauró acción judicial contra el Oficio 1010-002843 del 31 de octubre de 2005 del SENA, siendo proferidas sentencias de primera y segunda instancias favorables el 06 de octubre de 2011 y el 20 de junio de 2013, por lo cual el SENA expidió la Resolución 02026 del 23 de noviembre de 2013 pagando \$17.029.100 a **COLPENSIONES**, por concepto de aportes, cifra que modificó a \$18.533.642 mediante la Resolución 1686 del 25 de agosto de 2015. Manifestó que el 22 de enero de 2014 solicitó a **COLPENSIONES** certificar el anterior pago, petición que no fue atendida. Con la Resolución GNR 169788 del 14 de mayo de 2014, **COLPENSIONES** revisó el expediente pensional y se estuvo a lo resuelto en las Resoluciones 252 del 18 de enero de 2011 y 3836 de 2011. El 19 de diciembre de 2017 solicitó la reliquidación de su pensión, ante lo cual se expidió la Resolución SUB 46764 del 24 de febrero de 2018 en cuantía de \$2.497.255 para el 19 de diciembre de 2014, por cuanto aplicó la prescripción, contra la cual interpuso recurso de apelación, resuelto con la Resolución DIR 8909 del 10 de mayo de 2018, que confirmó el acto recurrido.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 79 a 85)**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, su reconocimiento pensional y las posteriores Resoluciones. Indicó que reconoció la pensión conforme

derecho. Interpuso las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl.120 a 121, 46:39 cd fl. 119).**

El 23 de agosto de 2019, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor HERNANDO ALBERTO DOMÍNGUEZ MONTES y en estos términos, declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuestas por esta parte demandada, conforme los motivos expuestos.*

*SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte actora, para el efecto, se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a UN salario mínimo legal mensual vigente para el año 2019.*

*TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dado el resultado desfavorable para la parte demandante, se remitirán las diligencias al superior para efectos de que las revise en su integralidad en el Grado Jurisdiccional de Consulta. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si le asiste derecho al señor demandante a que sea reliquidada su pensión de vejez reconocida por la demandada, sobre los salarios que cotizó en los últimos 10 años de aportes, para establecer la procedencia o no de acceder a las pretensiones.

Para resolver indicó que no hay controversia de que el demandante se benefició del régimen de transición, siendo que el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 estableció la forma de cálculo del IBL. Afirmó que al demandante se le reconoció pensión legal de vejez con la Resolución 000252 del 18 de enero de 2011, luego, la Resolución 003836 del 11 de abril de 2011 lo incluyó en nómina desde



el 1° de mayo de 2011, sin embargo, cotizó hasta noviembre de 2011, no obstante, la fecha de disfrute no es objeto de litigio. Señaló que se aportó copia de la Resolución 02026 del 23 de noviembre de 2013, por la cual el SENA cumplió un fallo judicial, pagando \$17.029.100 a **COLPENSIONES** por aportes, que fueron incorporados a la historia laboral desde 2016, lo cual causó doble cotizaciones en algunos periodos, siendo que **COLPENSIONES** con la Resolución SUB 46764 del 24 de febrero de 2018 consideró tales aportes y reliquidó la prestación, cuyo valor fijó para 2014 en \$2.497.225, por lo que realizados los cálculos para 2013 fue de \$2.449.699, para 2012 de \$2.391.350 y para 2011 de \$2.305.361, liquidación que fue de nuevo realizada por el grupo liquidador de la Rama Judicial, considerando los aportes del SENA, lo que arrojó una mesada para 2011 de \$2.301.737 a una tasa de reemplazo del 87%, siendo superior el valor que reconoció **COLPENSIONES**, mientras que la liquidación que aportó el demandante consideró un periodo de 11 años y contabilizó por separado los tiempos dobles, por lo cual la rechazó. De otra parte, no accedió a revocar la prescripción que declaró **COLPENSIONES** en sede administrativa, porque el SENA pagó sus aportes hasta 2016, sin que la Administradora pudiera prever que el demandante estaba bajo un contrato realidad con el SENA, al punto que el demandante una vez verificó el pago del SENA solicitó la reliquidación hasta 2017, petición a la que accedió la administradora, quien contabilizó de forma correcta el término trienal de prescripción considerando la fecha de solicitud. Declaró probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y condenó en costas al demandante.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **HERNANDO ALBERTO DOMÍNGUEZ MONTES** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que el pago de aporte en noviembre de 2011 lo fue por periodos anteriores; de otra parte, manifestó que no existió error en la liquidación presentada por cuanto el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 estableció que el promedio se hace sobre los últimos 10 años cotizados y no calendario; así mismo, indicó que el Estado es uno solo, por tanto, **COLPENSIONES** no puede excusarse de la negligencia del SENA, quien

no cumplió con su obligación legal de pagar aportes hasta que no fue ultimada en juicio en un proceso que inició en 2005, más aún cuando la propia Ley 100 de 1993 declaró responsable a la administradora de vigilar el correcto pago de los aportes, en todo caso, si el SENA pagó los aportes en 2015, el término trienal de prescripción debe contabilizarse por los 3 años anteriores a dicho pago<sup>1</sup> (47:45 cd fl. 119).

---

<sup>1</sup> Gracias su señoría. La parte actora interpone recurso de apelación para que sea resuelto por el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral y lo fundamento en la siguientes consideraciones. EL primer punto, es que efectivamente COLPENSIONES reconoció una pensión con la Resolución 252 del 18 de enero de 2011, que posteriormente ingresó en nómina a través de la Resolución 3835 de 2011 a partir del 1° de mayo de 2011, a partir de ese momento, esa persona ya tenía la calidad de pensionado y el pago que se hizo en noviembre corresponde a un aporte de periodos anteriores, más no era por haber laborado en esa época sino de periodos totalmente anteriores, razón por la cual no comparto la decisión el Despacho en relación a que ese motivo era teniente en cuenta para aportar o para tener en cuenta la efectividad de la pensión a partir de ese retiro, inclusive, la última entidad con la que trabajó es una entidad del estado, en la cual requería para su dejación del cargo era un acto de renuncia a través de una aceptación de la misma, la cual se supone que se dio el 1° de mayo de 2011, por esa razón, no comparto esa decisión de que la efectividad de la pensión debía tenerse en cuenta esos últimos aportes efectuados porque efectivamente correspondía a otros periodos, no 2011. La otra parte a la cual me voy a referir, es la extrañeza para el Despacho haber tenido en cuenta la liquidación de la pensión desde el 1° de enero de año 2000 hasta el 30 de junio de 2011, efectivamente hay once años y medio, pero lo que no observó el Despacho que varios de esos periodos no estaban cotizados, habían periodos no cotizados y lo que la norma expresa para efectos de liquidar la pensión es que se cojan o estimen los últimos 10 años de cotización y si había interrupciones, si bien se observa la tabla que nosotros presentamos, tomamos la cotización 3650 días y esos son 10 años de cotizaciones, entonces considero, muy respetuosamente, que hay un yerro en la apreciación del auxiliar de la rama judicial en los últimos 10 años porque se refieren a los últimos 10 años de cotizaciones y si tomamos el programa para liquidar la pensión, efectivamente resulta una diferencia como en algún momento el señor Juez pudo interpretar que la diferencia se genera por ese periodo adicional que pareciera que se tiene en cuenta por encima de los 10 años, cuando corresponde al cómputo de los últimos 10 años cotizados y si hay diferencias se van corriendo los términos y por eso se genera esa diferencia entre los últimos 10 años tomados. El otro aspecto que debo tomar o contradeclarar, es lo que tiene que ver con la prescripción, efectivamente el término prescriptivo se aplica a un trabajador, en este caso mi representado, cuando de manera negligente, perezosa, no ejerció en su momento toda una actividad que tenía que hacer para reclamar su derecho, y lo que está probado en el proceso es que desde el año 2005 tuvo que acudir a un proceso para que a través de una decisión judicial ordenaran el pago de esos aportes, él estaba ejerciendo esa actividad, si bien es cierto no fue ante COLPENSIONES, hay que entender que tanto COLPENSIONES como el SENA son entidades del Estado y el Estado es uno solo y en tal sentido, el Estado debe responder por su negligencia, puede que no fuera el ISS pero sí del SENA, porque no pago oportunamente esos aportes. El otro punto que hay que tener en cuenta es que COLPENSIONES, por mandato legal del artículo 53 de la Ley 100, le establece una obligación de vigilar, de sancionar, de pedir informes, de que si las cotizaciones estaban realizándose por parte de los empleador, fueran públicos o privados, pero tenía que mirar que se estuvieran ejerciendo y aplicar las sanciones si no se estuviera dando esa situación, cosa que no se dio aquí, donde COLPENSIONES alego que hasta el 2016 tuvo conocimiento de esas cotizaciones, por tanto, a partir de ese momento las aplica y si fue a partir de 2015 que el SENA le dio las cotizaciones, debió de oficio reliquidar la pensión y ya tenía conocimiento en ese momento, entonces debía empezarse a contar los 3 años desde el momento en que el SENA aportó a COLPENSIONES esos aportes, porque desde antes, en la sentencia se indicó que habían peticiones que hacían mención a esa situación, pues entonces de antemano COLPENSIONES debió reliquidar la pensión desde el momento en que tuvo a su disposición esos aportes y por eso no comparto la decisión suya que aplica la prescripción porque no es culpa de COLPENSIONES, cuando esa entidad en parte tenía la obligación de revisar, una revisión fiscal que las cosas y esos aportes se estuvieran haciendo correctamente y no hay prueba de que los hubiera hecho y dos, porque el Estado es uno solo, por tanto, si el Estado bien sea a través del SENA o de COLPENSIONES incurre en una mora en su pago, lo lógico y entendible es que ese yerro de la administración no se pueda trasladar al trabajador y perjudicarlo de la manera que esta, además el artículo 22 de la Ley 100 establece que la obligación del recaudo no es del trabajador sino de su empleador y su empleador es un ente público, el cual tenía la obligación de manera pronta y eficiente de haber descontado lo que le corresponde y haberlo remitido oportunamente al ente de previsión y no lo hizo, razón por la cual cuando COLPENSIONES tuvo conocimiento de ese retraso, debió sancionar también al SENA porque estaba incurriendo en una mora que está perjudicando al trabajador, ya que aplicamos los principios del derecho de manera contraria, porque si el Estado tiene la morosidad y lo hizo ir a un proceso, toda una serie de trámite, las consecuencias de no haber aplicado y llevado esos aportes oportunamente se las aplica al trabajador, lo que no resulta acorde ni muy bien visto este tipo de decisión, porque a pesar de

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó acceder al recurso e indicó que solo existe discrepancia con la liquidación efectuada por la rama judicial en que no contempló que son 3650 días y no 3600 los equivalentes a 10 años, además, que no considero varios periodos existió con mora del empleador, de otra parte, afirmó que solo con la Resolución 1686 del 25 de agosto de 2015 pudo hacer efectiva su solicitud de reliquidación, por cuanto si bien la pensión se reconoció en 2011, el término prescriptivo se suspendió mientras se resolvió el proceso judicial, con fallo en 2013, pero solo hasta 2015 se cumplió éste, por tanto, la imposibilidad para reclamar en los 3 años siguientes al reconocimiento no le es imputable. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó el poder al Dr. Felipe Alberto Granados Preciado, identificado con CC 1.018.418.797 y portador de la TP 222.106 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó confirmar la sentencia, por cuanto indicó que la pensión del demandante se reliquidó en sede administrativa, considerando los aportes pagados por el SENA, a la vez solo hasta el 19 de diciembre de 2017 solicitó la reliquidación, fecha que determinó la interrupción de la prescripción.

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

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

---

que el trabajador hizo todo lo que le tocó hacer para llevar los aportes oportunamente al ISS, no lo hicieron y antes le representó una carga en su carga en su contra que no está llamada a soportar. Por esas razones, muy respetuosamente solicito al honorable Tribunal de Bogotá tener en cuenta estos breves análisis que hago ante el fallo que se presenta, para que revoque esa decisión y proceda a acceder a las suplicas tal y como se solicitaron, verificando lo que nuevamente vuelvo y digo que ese año y medio adicional es porque no hay cotizaciones continuas en algunos periodos y toca correr los tiempos para completar los 10 años de cotización y verificada la operación se verifique si realmente tiene o no tiene derecho, en ese orden de ideas dejo sentada la sustentación del recurso para que sea resuelta por la Sala Laboral del honorable Tribunal de Bogotá, muchas gracias.

Determinar si le asiste o no derecho al demandante a la reliquidación de su pensión legal de vejez, conforme el promedio de los aportes de los últimos 10 años cotizados, incluyendo los aportes efectuados por el SENA, en caso afirmativo, establecer si procede o no declarar que no prescribieron las mesadas causadas desde el 1° de junio de 2011, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** mediante Resolución 000252 del 18 de enero de 2011, el extinto ISS reconoció pensión legal de vejez al demandante, conforme el Decreto 758 de 1990, dejando en suspenso su ingreso en nómina (fl. 18 a 20); **ii)** Con la Resolución 003836 del 11 de abril de 2011 el extinto ISS reconoció la precitada prestación a partir del 1° de mayo de 2011 en cuantía inicial de \$1.975.213 (fl. 21 a 23); **iii)** Mediante Resolución 02026 del 23 de noviembre de 2013, el SENA dio cumplimiento a la sentencia proferida el 06 de octubre de 2011 por el Juzgado Tercero Administrativo de Sincelejo, confirmado en segunda instancia por fallo del 20 de junio de 2013 del Tribunal Administrativo de Sucre, por lo cual procedió a reconocer \$17.029.100 por concepto de aportes a **COLPENSIONES** (fl. 24 a 25); acto administrativo que fue modificado por la Resolución 1686 del 25 de agosto de 2015, que modificó el valor a reconocer por aportes a \$18.533.642 y ordenó su pago a la administradora (fl. 32 a 35); **iv)** mediante Resolución SUB 46764 del 24 de febrero de 2018, **COLPENSIONES** procedió a reliquidar la pensión legal de vejez del demandante, determinando como IBL \$2.870.374, una tasa del 87% y como valor de la primera mesada \$2.497.225, declarando prescritas las diferencias generadas con anterioridad al 19 de diciembre de 2014 (fl. 41 a 46); **v)** mediante Resolución DIR 8909 del 10 de mayo de 2018 se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandante, confirmando la Resolución SUB 46764 del 24 de febrero de 2018 (fl. 50 a 56).

- **Sobre el régimen de transición pensional y el cálculo del IBL.**

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional a favor de las personas que a la entrada en vigencia del actual Sistema General de Pensiones tuvieran una edad de 40 años para los hombres, 35 años para las mujeres, o 15 años o más de servicios cotizados. El Acto Legislativo 1° de 2005 limitó la vigencia del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, sin embargo, si se acredita que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo tienen 750 o más semanas cotizadas, a favor de quienes la norma extendió el régimen de transición hasta el 2014, siendo la fecha límite el 31 de diciembre de 2014 conforme la posición de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, recientemente reiterada en la sentencia SL4040 del 18 de septiembre de 2019.

En cuanto a los derechos que otorga el régimen de transición, ha sido posición consolidada y sostenida de la H. CSJ que el mismo permite mantener la edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y monto de las pensiones consagradas en los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, sin incluir el IBL, el cual se establece conforme las disposiciones consagradas en el artículo 36 o 21 de la Ley 100 de 1993, tal y como indicó la H. CSJ en las sentencias SL3738 de 2019 y SL3841 de 2019, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia absolvió a la demandada de las pretensiones, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y condenó en costas al demandante.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que el pago de aportes en noviembre fue por periodos anteriores, que la Ley 100 de 1993 exige que el IBL sea calculado con el promedio de los últimos 10 años cotizados, es decir, 3650 días y que el Estado es uno solo y por ello COLPENSIONES no puede excusarse en la conducta del SENA para declarar la prescripción de las diferencias y,

en todo caso, el término de prescripción debe contarse desde cuando el SENA pago los aportes en 2015.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que no fue objeto de controversia que el extinto ISS reconoció pensión de legal de vejez al demandante, mediante Resolución 000252 del 18 de enero de 2011, conforme el Decreto 758 de 1990, por cuanto es beneficiario del régimen de transición (fl. 18 a 20), así como el hecho de que con la Resolución 003836 del 11 de abril de 2011 se reconoció la precitada prestación a partir del 1° de mayo de 2011 en cuantía inicial de \$1.975.213 (fl. 21 a 23).

Considerando lo anterior, el demandante se benefició del régimen de transición pensional, siendo posición sostenida de la H. CSJ que este mantiene la edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y monto de las pensiones consagradas en los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, sin incluir el IBL, el cual se establece conforme las disposiciones consagradas en el artículo 36 o 21 de la Ley 100 de 1993. Lo anterior fue recientemente reiterado en la sentencia SL3738 de 2019 y SL3841 de 2019, entre otras.

Ahora bien, el demandante solicita que el IBL sea liquidado conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto solicitó que sea calculado según el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, incluyendo los aportes a cargo del SENA que fueron ordenados mediante sentencia judicial proferida el 06 de octubre de 2011 por el Juzgado Tercero Administrativo de Sincelejo, confirmado en segunda instancia por fallo del 20 de junio de 2013 del Tribunal Administrativo de Sucre, cuyo cumplimiento cumplió el SENA a través de la Resolución 02026 del 23 de noviembre de 2013 (fl. 24 a 25) y Resolución 1686 del 25 de agosto de 2015 (fl. 32 a 35), a fin de acceder a sus pretensiones de considerar un IBL de \$2.898.378,76.

Al respecto, sea lo primero indicar que conforme la historia laboral aportada por **COLPENSIONES**, de fecha 11 de febrero de 2019

(cd fl. 90), se observa que en la misma ya se registran los aportes efectuados por el SENA a favor del demandante.

Con base en la precitada historia laboral, se verificó la liquidación efectuada por el Grupo Liquidador de la Rama Judicial del Poder Público (fl. 115 a 116), observando que en efecto en la misma se incluyeron los aportes efectuados a favor del demandante dentro de los últimos 10 años cotizados, por cuanto se observa que entre el 27 de mayo de 2001 y el 31 de mayo de 2011 se completan 3600 días, sin que los periodos en los que hubo concurrencia de aportes al haber desempeñado el demandante servicios simultáneos a favor de varias personas hubieran sido contabilizados dobles.

En este punto la Sala se permite aclarar al apelante que para efectos del cálculo de pensiones, se consideran los años por 360 días, por cuanto el mes para efectos laborales se considera de 30 días, tal y como indicó la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en la sentencia SL Rad. 32.297 del 05 de febrero de 2008, en donde indicó que corresponde a una práctica uniforme Laboral, Civil, Comercial, Administrativa y Fiscal tomar todos los meses como periodos iguales de 30 días y por tanto el año de 360; así se ha de tomar específicamente para el salario, pues lo enuncia el artículo 134 CST, el salario se debe pagar por periodos iguales que justamente es la medida de 30 días para todos los meses cualquiera que fuere el número calendario de éstos.

La anterior postura es compartida por la H. Corte Constitucional, quien en la sentencia T-248 de 2008 indicó que el extinto ISS, con memorando 6557 del 18 de diciembre de 2002, el Concepto 2006044518 de la Superintendencia Financiera de Colombia, el Concepto 6390 del 26 de septiembre de 2006 emitido por el Ministerio de la Protección Social y la Sentencia del 4 de marzo de 1999 proferida por el Consejo de Estado, sostiene que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez los años deben computarse por 360 días.

Así las cosas, no le asiste razón al apelante en lo que respecta a su inconformidad por no haberse liquidado el IBL sobre 3650 días, por

cuanto la liquidación efectuada por el Grupo Liquidador considerando 3600 días se corresponde con las posiciones de la Altas Corporaciones antes señaladas, a la vez que no se observa error alguno en el hecho de haber omitido algún periodo cotizado, a la vez que se cumplió con la obligación de no considerar doble vez los aportes concurrentes en un mismo ciclo.

En consecuencia, toda vez que se verificó la liquidación efectuada en primera instancia, la cual arroja un valor de primera mesada inferior al que fue reconocido por **COLPENSIONES** en la Resolución SUB 46764 del 24 de febrero de 2018 (fl. 41 a 46) confirmada mediante la Resolución DIR 8909 del 10 de mayo de 2018 (fl. 50 a 56), motivo por el cual se comparte la decisión adoptada por el Juez de primera instancia de negar la reliquidación pensional.

Pasa la Sala a resolver la objeción relativa a la inconformidad frente a la prescripción de las mesadas declarada en sede administrativa. Sea lo primero señalar que los artículos 488 y 489 CST y el artículo 151 CPT y de la SS establecieron un término trienal de prescripción que se puede interrumpir por una sola vez con el reclamo escrito de un derecho debidamente individualizado.

En el presente asunto, mediante Resolución 02026 del 23 de noviembre de 2013, el SENA dio cumplimiento a la sentencia proferida el 06 de octubre de 2011 por el Juzgado Tercero Administrativo de Sincelejo, confirmado en segunda instancia por fallo del 20 de junio de 2013 del Tribunal Administrativo de Sucre, por lo cual procedió a reconocer \$17.029.100 por concepto de aportes a **COLPENSIONES** (fl. 24 a 25); acto administrativo que fue modificado por la Resolución 1686 del 25 de agosto de 2015, que modificó el valor a reconocer por aportes a \$18.533.642 y ordenó su pago a la administradora (fl. 32 a 35).

Así las cosas, desde el 20 de junio de 2013 el demandante contaba con la seguridad de que en sede judicial se había confirmado la decisión de condenar al SENA al pago de aportes a pensión, sin embargo, no hizo uso de los mecanismos judiciales a fin de ejecutar



dicha sentencia, siendo que el 22 de enero de 2014 presentó derecho de petición a **COLPENSIONES**, en el cual se limitó a solicitar información de si el SENA había efectuado el pago de los mismo, más no a solicitar expresamente la reliquidación de su pensión (fl. 26 a 27), petición que solo elevó hasta el 19 de diciembre de 2017 (fl. 36 a 40), a pesar de que desde la Resolución 1686 del 25 de agosto de 2015 el SENA había dispuesto el pago de los aportes.

Por lo anterior, se puede inferir que el demandante se abstuvo de presentar reclamación solicitando su derecho a la reliquidación de su mesada hasta el 19 de diciembre de 2017, a pesar de que contaba con los mecanismos judiciales para hacer efectivo el pago de los aportes por parte del SENA desde el 20 de junio de 2013 y de que dicha entidad emitió la Resolución 1686 el 25 de agosto de 2015 ordenando el pago de los mismos, motivo por el cual se configuró la prescripción de las diferencias conforme se declaró en sede administrativa, esto es, desde el 19 de diciembre de 2014, por lo cual no prospera el cargo elevado en el recurso de apelación solicitando modificar tal fecha.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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


### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

ACLARO VOTO

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0118-2020**

**Radicado N° 16-2018-00084-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante mediante afiliación a **PROTECCIÓN** y estableció como única afiliación válida la del RPM, declaró que la demandante fue beneficiaria del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, no accedió a la pretensión de mantener incólume el acto administrativo GNR 58089 del 26 de febrero de 2014, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas y condenó en costas a las demandadas (fl. 171, 47:22 cd fl. 170).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 43 a 49).**

**MARÍA LILIA PINEDA GÓMEZ** solicitó declarar la nulidad o invalidez del traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a

**PROTECCIÓN**, en consecuencia, declarar que recupera el régimen de transición y por tanto ordenar a **COLPENSIONES** mantener incólume la Resolución GNR 58089 del 26 de febrero de 2014 y continuar efectuando el pago de la pensión de vejez, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó nació el 14 de octubre de 1954, que se afilió al extinto ISS el 08 de noviembre de 1981, que laboró por más de 24 años y cuenta con 1471,71 semanas cotizadas. Señaló que el 26 de noviembre de 1999 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; así mismo, a pesar del traslado, su empleador SEGUROS BOLÍVAR continuó pagando sus aportes al extinto ISS hasta 2011. Informó que en virtud de una sentencia de tutela del 08 de mayo de 2012 se ordenó su traslado del RAIS al RPM y la devolución de todos los ahorros y rendimientos de su CAIP. Posteriormente, **COLPENSIONES** con la Resolución GNR 58089 del 26 de febrero de 2014 le reconoció pensión de vejez, no obstante, la Administradora presentó proceso de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de obtener la nulidad del acto de reconocimiento, pese que la demandante al 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años. Indicó que el 27 de octubre de 2017 solicitó la nulidad de su afiliación a la AFP y en consecuencia mantener incólume el acto de reconocimiento pensional, petición que rechazó la Administradora, así mismo, solicitó el 02 de octubre de 2017 a **PROTECCIÓN** dejar si valor ni efecto su afiliación, petición que también fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado del RPM al RAIS; que mediante fallo de tutela se ordenó su retornó al RPM, que le reconoció pensión de vejez y que posteriormente demandó su acto ante lo contencioso administrativo y que negó la solicitud de nulidad del traslado de régimen. Indicó que el traslado del RPM al RAIS tuvo plena

validez, por cuanto no se acreditó ninguna causal de nulidad y se efectuó de forma libre y voluntaria, sin que pueda la demandante alegar su propia culpa a su favor, por lo cual no proceden las pretensiones. Interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad del acto administrativo, buena fe y la innominada o genérica (fl. 62 a 66).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, si bien no contestó de forma expresa las pretensiones, de su contestación se puede inferir que se opuso a las mismas. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado del RPM al RAIS y que negó la solicitud de anulación de la afiliación a la AFP. Indicó que efectuó una asesoría sobre las consecuencias del traslado pensional, luego de lo cual la demandante de forma libre e informada se afilió a la AFP, por lo cual es válida y no procede su anulación, porque no se acreditó vicio del consentimiento alguno, además, la demandante ya retornó a **COLPENSIONES** en octubre de 2012. Interpuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP, prescripción, posible conflicto de multiafiliación y la excepción genérica (fl. 116 a 119).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 171, 47:22 cd fl. 170).**

El 24 de septiembre de 2019 el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA LILIA PINEDA GÓMEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 41.674.916, que realizó el día 26 de noviembre de 1999 y que fue efectiva el 01 de enero de 2020 a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia se declarar como una afiliación válida al Sistema General de Pensiones, la efectuada por la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES liquidado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES y que realizó desde el 08 de diciembre del año 1981, de tal manera que se declara que el traslado del*

*régimen que efectuó la demandante el 26 de noviembre de 1999 mencionado no produjo efecto alguno por razón de la ineficacia aludida y que aquí se declaró.*

**SEGUNDO: DECLARAR** en virtud del numeral primero que antecede que para la demandante señora MARÍA LILIA PINEDA GÓMEZ el Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estuvo vigente hasta el 31 de diciembre del año 2004, según lo expuesto.

**TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de mérito propuestas por las demandadas,

**CUARTO: NO ACCEDER** a la pretensión referida a que se mantenga lo decidido en el Acto Administrativo GNR 58089 del 26 de febrero de 2014, lo anterior sin perjuicio de los efectos que la presente sentencia tiene sobre el traslado de Régimen efectuado por la demandante el día 26 de noviembre de 1999, el cual se reitera fue ineficaz y no produjo efecto alguno, conforme a lo expuesto.

**QUINTO: CONDENAR** en costas a las demandadas COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A., las agencias en derecho se fijan en la suma de 1 SMLMV a cargo de PROTECCIÓN S.A. y de ½ SMLMV a cargo de COLPENSIONES. (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si le asiste derecho a la demandante a declarar la nulidad e invalidez de su traslado del RPM al RAIS con la afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** y si como consecuencia de dichas declaraciones procede la recuperación del régimen de transición y que se ordene a **COLPENSIONES** mantener incólume la resolución que reconoció a la demandante su derecho pensional como beneficiaria del régimen de transición.

Para resolver indicó que se acreditó que el 26 de noviembre de 1999 la demandante se trasladó al RAIS, el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 2000, siendo relevante que la H. CSJ indicó que desde siempre les ha asistido a las AFP el deber de información, cuyo cumplimiento diligente es carga de la prueba de la AFP a favor de todo afiliado, sin que sea suficiente la firma del formulario para acreditar el mismo, el cual solo se demuestra si se establece que brindó asesoría sobre las características de los regímenes pensionales y estudió las condiciones particulares del potencial afiliado, para establecer lo que

más le conviene, so pena de declarar la ineficacia de la afiliación. Afirmó que en este caso la AFP no acreditó el cumplimiento de dicho deber, siendo relevante que la demandante en 1999 era beneficiaria del régimen de transición, lo que conllevaba a un mayor esfuerzo de la AFP en la asesoría sobre las consecuencias del traslado, por tanto, declaró ineficaz el traslado de régimen y que para todos los efectos debe entenderse que la única afiliación válida fue al RPM. Como la demandante ya retornó al RPM en virtud de un fallo de tutela, no hay lugar al retorno de sumas. De otra parte, indicó que la demandante al 1º de abril de 1994 tenía 39 años, por lo cual era beneficiaria del régimen de transición, posteriormente, el Acto Legislativo el 25 de julio de 2005 condicionó la extensión del régimen a tener 750 semanas, requisito que cumplió la demandante, por lo cual su régimen de transición finalizó el 31 de diciembre de 2014. Negó la pretensión de mantener incólume la Resolución GNR 58089 del 26 de febrero de 2014, porque no fue objeto de estudio su contenido ni las oposiciones a la misma, más aun cuando ya existe un proceso judicial sobre la controversia de revocar o no la misma, sin perjuicio de que lo decidido en esta sentencia una vez ejecutoriada pueda ser aportada a tal proceso para lo que corresponda. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó adicionar la sentencia. Indicó que la jurisprudencia de la H. CSJ ha establecido que en sí se declarar la ineficacia del traslado, la AFP debe retornar no solo los aportes, sino también sus rendimientos, frutos e intereses y gastos de administración, no obstante lo cual **PROTECCIÓN** no retornó tales conceptos cuando la demandante retornó al RPM en 2012 con ocasión de un fallo de tutela, sin que en la sentencia de primera instancia se ordenara tal devolución, por lo cual solicitó adicionar la sentencia en tal sentido<sup>1</sup> (51:48 cd fl. 170).

---

<sup>1</sup> Me permito interponer el recurso de apelación contra la sentencia, lo anterior teniendo en cuenta que si bien en las consideraciones del señor Juez se tiene que se aplica el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta entre ello que la devolución al RPM tiene que ser completa, con los rendimientos, frutos e intereses y gastos de administración por parte de los Fondos Privados y que en el presente proceso no se declaró de esta manera, toda vez que la demandante retornó al RPM en el año 2012, quisiera manifestar mi inconformidad

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar en su integridad la sentencia apelada, por cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento diligente de la obligación de asesoría y buen consejo. La apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder al Dr. Felipe Alberto Granados Preciado, identificado con C.C. 1.018.418.797 y portador de la T.P. 222.106 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto la demandante no acreditó causal de nulidad o vicio del consentimiento alguno, siendo válido su traslado del RPM al RAIS. Agotado el término de traslado, la **PROTECCIÓN** se abstuvo de presentar alegatos.

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

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

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

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

---

frente a lo mismo, toda vez que para el año 2012, si bien se realizó el retorno de los aportes efectuados por la demandante en dicho Fondo, dicho retorno no se hizo como atiende la jurisprudencia, ni con los rendimientos, frutos, intereses ni mucho menos con los gastos de administración que asumió para ese entonces **PROTECCIÓN**, teniendo en cuenta que fue este quien asumió el traslado efectuado por la demandante el 26 de noviembre de 1999 y que fue efectivo desde el año 2000 y que el retornó al RPM se realizó en el 2012, sin tener en cuenta ni los rendimiento, frutos e intereses ni gastos de administración que ordena la Corte Suprema de Justicia en sus diferentes jurisprudencia. En este sentido solicito a los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que tenga en cuenta si bien la declaratoria de ineficacia de la afiliación a la cual está supeditada **COLPENSIONES** del material probatorio que alleguen al expediente los Fondos Privados, en consecuencia la falta del deber de información que según la jurisprudencia se tiene y que debe ser como un castigo darse los rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración, pues que en el mismo proceso no se ordenó y que en el 2012 no fueron entregados a esta Administradora, en este sentido, contrario a esta decisión, ordenen dichas devoluciones a **COLPENSIONES**. Muchísimas gracias.



artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **MARÍA LILIA PINEDA GÓMEZ** nació el 14 de octubre de 1954 (fl. 2); **ii)** la demandante estuvo afiliada al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 08 de diciembre de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1999 (fl. 71); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 26 de noviembre de 1999 (fl. 106), el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 2000 (fl. 115); **iii)** mediante sentencia de tutela de segunda instancia proferida el 08 de mayo de 2012 por la H. Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se revocó la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Penal del Circuito de Bogotá y, en su lugar, se ordenó al extinto ISS a afiliarse y hacer efectivo el traslado de régimen de la demandante y a realizar todas las gestiones para que la AFP ING hoy **PROTECCIÓN** retornara todos los ahorros y dineros depositados en la cuenta de ahorro individual pensional (cd. fl. 88), retorno al RPM que se hizo efectivo el 1° de octubre de 2012 (fl. 115).

### - **Fundamentos Normativos Sobre Traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, 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.

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

contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante mediante afiliación a **PROTECCIÓN** y estableció como única afiliación válida la del RPM, declaró que la demandante fue beneficiaria del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, no accedió a la pretensión de mantener incólume el acto administrativo GNR 58089 del 26 de febrero de 2014, declaró no probadas las excepciones de mérito y condenó en costas a las demandadas.

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó adicionar la sentencia de primera instancia. Indicó que a pesar de que se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, no se ordenó a la AFP retornar los rendimientos, frutos e intereses y gastos de administración, conceptos que no entregó cuando la demandante retornó al RPM en 2012, desconociendo la jurisprudencia de la H. CSJ.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación

Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no existe ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 26 de noviembre de 1999 (fl. 106), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las

consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, llama la atención de esta Corporación que la demandante **MARÍA LILIA PINEDA GÓMEZ**, durante su interrogatorio, indicó que no recibió asesoría alguna sobre las características de los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado del RPM al RAIS, a pesar de que era beneficiaria del régimen de transición por edad, sin que la AFP demandada aportara prueba en contrario y que demuestre que si brindó una adecuada, completa y comprensible asesoría sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PROTECCIÓN** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Al respecto, no puede pasarse por alto que en virtud de la sentencia de tutela de segunda instancia proferida el 08 de mayo de 2012 por la H. Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se ordenó el retorno de la demandante al RAIS junto con la devolución de todos los ahorros y dineros depositados en la cuenta de ahorro individual pensional (cd. fl. 88), retorno que se hizo efectivo el 1º de octubre de 2012 (fl. 115). Con ocasión del mismo, **PROTECCIÓN** trasladó el 22 de agosto de 2012 a **COLPENSIONES** la suma de \$24.138.587, siendo relevante que los aportes obligatorios y al fondo de garantía de pensión mínima relacionados por dicha AFP entre 1999-11 y 2006-10 suman \$9.936.778 (fl. 122 a 123), por lo cual es razonable inferir que la diferencia corresponde a los rendimientos devueltos, por

tanto, se acredita que la AFP demandada ya devolvió la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PROTECCIÓN**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de las AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia se está conociendo en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema conforme lo prevé el artículo 48 de la Constitución Política, se declara que **COLPENSIONES** puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo

de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Respecto de la extensión del régimen de transición de la demandante, la Sala comparte los argumentos del Juez de primera instancia, por cuanto se acreditó que al 1º de abril de 1994 la demandante era beneficiaria del mismo por edad, así mismo, que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1º de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas, por tanto, logró extender el mismo hasta el 31 de diciembre de 2014.

Por último, frente la pretensión de mantener incólume la Resolución GNR 58089 del 26 de febrero de 2014, toda vez que dicha pretensión no fue objeto de apelación y que el proceso se estudió en consulta a favor de **COLPENSIONES**, la Sala se releva de pronunciarse al respecto.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral sexto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los gastos de administración, debidamente indexados, que recibió por motivo de la afiliación del demandante, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los

perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-00149-2020**

**Radicado N° 18 2017 00592 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 30 de abril de 2019, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**LUIS ENRIQUE RUIZ MORA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**. Solicita que se condene al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 desde la fecha en que cada mesada se hizo exigible hasta el 1° de enero de 2015, fecha en que se pagó la prestación, indexación y costas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 6 de noviembre de 1949, que el 18 de noviembre de 2009, solicitó el reconocimiento de la pensión a la demandada, que mediante Resolución GNR 404892 del 19 de noviembre de 2014, le fue reconocida pensión de vejez a partir del 1° de mayo de 2013, que se le giró un valor de \$42.759.371, por concepto de retroactivo pensional, los cuales fueron cancelados en la nómina de enero de 2015; que el 22 de junio de 2017, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de los Intereses Moratorios y mediante Resolución SUB 156448 del 15 de agosto de 2017, Colpensiones negó el reconocimiento de este derecho.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento de la pensión y los actos administrativos expedidos; frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 34 a 38).

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

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 30 de abril de 2019, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** *ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor LUIS ENRIQUE RUIZ MORA, de conformidad a lo expuesto en la parte*

*motiva del presente proveído, **SEGUNDO:** EXCEPCIONES. DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación, **TERCERO:** COSTAS. Correrán a cargo de la parte demandante la suma de \$600.000 suma que deberá ser cancelada por la parte demandante a favor de la demandada y **CUARTO.** En caso de no ser apelada la presente providencia, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.*

El Juez definió el problema jurídico en establecer si el demandante tiene derecho a los intereses moratorios que reclama. Para resolverlo indicó que la pensión del actor se causó bajo los lineamientos que define la Ley 71 de 1988, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a este tipo de pensiones no se les aplica lo dispuesto en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión anterior el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación. Para sustentarlo aduce que la sentencia judicial que ordenó el reconocimiento y pago de la pensión, también ordenó el reconocimiento del retroactivo pensional debidamente indexado, que si bien la demandada dio cumplimiento a la sentencia reconociendo la pensión y pagando el retroactivo, ésta no cumplió lo relativo a la indexación del retroactivo pensional y por ello debe ordenarse el pago de este concepto<sup>1</sup>.

### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

---

<sup>1</sup> “Solicito que se me conceda el recurso de apelación basado en los siguientes argumentos, el 14 de noviembre de 2014 mediante resolución GRN 404892 tal como usted lo acaba de mencionar se reconoció el cumplimiento de un fallo por parte de un tribunal y el cual Colpensiones dio mediante esta resolución el pago de \$42.759.371, en éste, no se dio cumplimiento al pago ni de la indexación ni de los intereses moratorios, usted acaba de revisar que el fallo del Tribunal ordenó el pago de 129 millones de pesos y el pago total de la obligación por el valor 42.759.371 pesos faltando en éste el cumplimiento a la indexación de los valores reconocidos mediante el Tribunal es por este que le solicito interponer el recurso de apelación”

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de Colpensiones sustituyó poder a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ identificada con CC. N° 31.486.436 y portadora de la TP. 303924 del C.S. de la J. a quien se tendrá como apoderada sustituta de esta entidad.

La referida apoderada presentó alegatos de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, pues no es procedente el reconocimiento de los intereses reclamados, teniendo en cuenta que éstos solo proceden por mora en el pago de pensiones previamente reconocidas.

Por su parte el apoderado de la parte demandante sustituyó poder al Dr. URIEL HUERTAS GOMEZ, quien se identifica con la CC. N° 19.301.772 y es 163.216 del C.S. de la J. a quien se tendrá como apoderada sustituto de esta parte. Dicho apoderado no presentó alegatos de conclusión.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

De acuerdo a lo planteado en el recurso el problema jurídico consiste en definir si le asiste o no derecho al demandante al pago de la indexación del retroactivo pensional reconocido mediante sentencia judicial.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto y para lo que es objeto de controversia en esta instancia, no se controvirtieron los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 6 de noviembre de 1949 (fl. 25); **iii)** que mediante Resolución GNR 404892 del 19 de noviembre de 2014, la entidad demandada dio cumplimiento a la sentencia judicial emitida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá y reconoció pensión de jubilación al actor bajo los lineamientos de la Ley 71 de 1988 y le pagó la suma de \$42.759.371 por concepto de retroactivo pensional (fls. 10 a 14).

- **Sobre la indexación del retroactivo pensional.**

Teniendo en cuenta que el argumento del recurso se centra en ordenar el pago de la indexación del retroactivo pensional previamente reconocido mediante sentencia judicial, es pertinente precisar que en virtud de lo definido en el artículo 100 del CPT en armonía con el artículo 422 del CGP, el titular de obligaciones claras expresas y exigibles que se hayan originado en una relación de trabajo y consten en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o emanen de una decisión judicial o arbitral firme, puede presentar demanda ejecutiva ante el juez para obtener su cumplimiento.

En efecto, de la revisión de las pruebas del expediente se advierte que el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia dictada el 18 de julio de 2013 (fl. 59) dispuso expresamente: *“CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar el retroactivo pensional indexado de \$29.030.522,38, suma que está sujeta a variación por mayor valor hasta tanto el demandante sea incluido en nómina”* (subraya la Sala).

De lo anterior, se deduce que el derecho aquí reclamado por el actor fue previamente reconocido mediante sentencia judicial, tal como lo afirma el recurrente, luego cualquier oposición o inconformidad frente a los valores pagados por la entidad demandada o saldos insolutos de la decisión judicial referida, deben tramitarse a través de un proceso de ejecución, pues es el mecanismo que el ordenamiento jurídico prevé para pedir el cumplimiento de una sentencia judicial.

Por lo anterior y al no ser procedente la solicitud del recurrente se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

**Magistrado**

  
MARLENY RUEDA OLARTE

**Magistrada**

  
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**Magistrado**



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

**S03-00139-2020**

**Radicado N° 18 2017 00675 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 25 de junio de 2019, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de una indemnización moratoria.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**ANGIE VANESSA MOLINA MONTAÑA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **INTERCONTACT CENTER S.A.S.** Solicita que se condene al pago de la sanción por no consignación de las cesantías en un fondo por los años 2015 y 2016, indemnización moratoria por no pago de los salarios y prestaciones debidos al momento de la terminación del contrato y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 20 de octubre de 2015, que en los años

2015 y 2016 no le fueron consignadas las cesantías de manera oportuna ni completa, que el 25 de abril de 2017 renunció por motivos personales; que la renuncia fue aceptada por la demandada ese mismo día y se le informó que dentro de los 8 días siguientes se le cancelaría el valor correspondiente a la liquidación final de prestaciones sociales; que el 2 de mayo siguiente fue realizada la liquidación por parte de la demandada y arrojó la suma de \$1.560.691; que el 14 de agosto de 2017 ante la falta de pago de su liquidación decidió citar a la demandada a audiencia de conciliación en el Ministerio de Trabajo y el 25 de agosto siguiente le fue consignado el valor de la liquidación, cuando ya había transcurrido un término más que prudencial desde la fecha de terminación del contrato.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**INTERCONTACT CENTER S.A.S.** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, aceptó el pago tardío de la liquidación y lo fundamentó en la difícil situación económica que en que se encontraba la empresa. Sobre los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, falta de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 26 a 30).

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

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 25 de junio de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo y condenó a la demandada al pago de indemnización moratoria. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** *DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo de obra o labor contratada entre la señora ANGIE VANESSA MOLINA MONTAÑA y la empresa CONTACT CENTER S.A.S. desde el 20 de octubre de 2015 hasta el 24 de abril de*



2017, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** CONDENAR a CONTACT CENTER S.A.S. a pagar a favor de la señora ANGIE VANESSA MOLINA MONTAÑA la suma de \$3.820.806 por concepto de indemnización moratoria. **TERCERO:** ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. **CUARTO:** DECLARAR no probada la excepción de prescripción, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por la pasiva dado el resultado de la Litis. **QUINTO:** CONDENAR en costas a la parte demandada acorde a la modificación introducida por la Ley 1395 de 2010, señálese como agencias en derecho la suma de \$700.000, suma que deberá ser cancelada a la parte demandada en favor de la actora. **SEXTO:** Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación.”

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente la condena al pago de las sanciones que reclaman. Para resolverlo indicó que no es procedente la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, pues éstas fueron consignadas por la demandada. Sobre la indemnización moratoria, dijo que la demandada entró en proceso de reorganización con posterioridad a la fecha en que terminó el contrato de trabajo y por ello ordenó el pago por este concepto hasta el momento en que se aceptó al proceso de reorganización a la demandada.

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

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Para sustentar el recurso aduce que el juez de primera instancia no analizó la conducta de la empresa, antes de la fecha en que fuera aceptada en el proceso de reorganización ante la Superintendencia, omitió valorar el testimonio e interrogatorio de parte escuchados en el proceso, donde se demuestra que la demandada a la fecha de terminación del contrato tenía sus cuentas embargadas por la DIAN y por ello no podía realizar ningún tipo de pago, que aun cuando

entraron en proceso de Reorganización y la obligación con la demandante fue sometida a la prelación de créditos, la empresa apenas pudo realizó el pago, hechos que acreditan que no existía mala fe en el actuar y por ello no procede la condena impuesta<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Contra la sentencia dictada me permito interponer recurso de apelación, encuentra el Despacho acreditado que la demandada omitió un tiempo el pago de la liquidación de prestaciones sociales, al momento de la terminación del contrato de trabajo y que como quiera que no se justificó un actuar de buena fe y solo se acredita en palabras del despacho que hasta que el auto de la Superintendencia de Sociedades admitió a la empresa al proceso de reorganización o reestructuración de la ley 550 o de la ley 1116 de 2006 sería desde ese momento a partir del cual y que fue posterior a la terminación del contrato por el cual se debía tener en cuenta hasta esa fecha la indemnización moratoria, teniendo en cuenta que el contrato terminó el 25 de abril del 2017, al respecto faltó analizar al despacho la conducta desplegada por la demandada anterior a que la Superintendencia aceptara dicha actuación administrativa, así que obvió el despacho en su sentencia en la parte motiva y en su análisis, pues de haberlo observado, tanto del interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, como del testimonio traído al juicio por parte del señor Javier Ariza se da cuenta que la sociedad Intercontact Center presentaba un estatus económico grave si se quiere, en el cual no podía realizar pagos por cuanto sus cuentas estaban embargadas, por cuenta del embargo de la DIAN, así se verifica al folio 69 del expediente, donde la cuenta de la entidad se encuentra embargada desde el 17 de febrero de 2014, es decir en dicha actuación la empresa demandada no podía realizar ningún pago, si se quiere, y debía soportar el pago de su nómina de diferentes formas, pero sus cuentas estaban embargadas en razón del embargo al que estaban sometidas sus cuentas, esta situación la dio a conocer el testimonio de Javier Ariza y el juzgado ni siquiera lo analiza o verifica, igualmente se allegó como prueba al expediente un CD que contenía la graduación de créditos presentada ante la Superintendencia, porque es que la graduación de créditos proviene de tiempo atrás y no posterior a la fecha en que la Superintendencia emite el auto el cual admite la empresa en el estado liquidatorio, debe decirse que en esa graduación de créditos se encontraba incluida la demandante a efectos de que en el proceso de Reorganización se hicieran los pagos respectivos sobre las deudas que tenía o el saldo que tenía sobre la liquidación final de prestaciones sociales, no obstante ese hecho, la demandada se encontraba en una situación financiera difícil, no obstante sus cuentas estaban embargadas, la demandada no pagó antes o ni siquiera tuvo en cuenta la prelación de créditos a la que fue sometida en el proceso concursal si se quiere, de manera que a su albedrío de buena fe mucho antes para que la demandante pudiera recibir su pago, de manera que independientemente del proceso de reorganización en que se encontraba, es decir la conducta de la sociedad demandada al 24 de abril de 2017, presentaba un déficit económico donde tenía sus cuentas embargadas, donde no podía girar pagos inmediatos a sus trabajadores, incluso a ello la demandada pagó a la demandante en la totalidad sus prestaciones sociales, salario las cesantías, lo que no pudo pagar en tiempo fue la liquidación final de prestaciones sociales a la que dio espera de tres meses aproximadamente, que sometió el proceso a la Superintendencia pero no contento la empresa pagó sin tener en cuenta la prelación de créditos donde se encontraba la demandante, así las cosas el actuar de la demandada no fue caprichoso o doloso, frente a no querer pagar las prestaciones sociales, que es lo que castiga o sanciona el artículo 65 del CST, ese actuar mediante el cual el empleador de manera caprichosa, si se quiere, se niega a pagar los haberes laborales o prestacionales que en derecho le podrían corresponder al trabajador, pero este caos no es así, la demandada no, dentro de su actuar no estaba la intención de no pagar o de que fuera imposible pagar a tiempo sino que por su situación financiera por los embargos que tenía en su cuenta, prueba que no revisó el juzgado al no tener en cuenta en el plenario como lo era el testimonio de Javier Ariza, prueba del embargo visible que ya se señaló al folio 69 del expediente y ello da crédito a la buena fe de la demandada, que una vez pudo hacerlo, pagó inmediatamente la acreencia debida a la demandante, así las cosas faltó al juzgado analizar el antes del auto que profiriera la Superintendencia de Sociedades para revisar su actuar, para revisar su conducta, si esta se ajustaba a una mala fe y no es así su conducta se ajusta a la posibilidad material objetiva de no poder haber podido realizar el pago, conducta que de buena fe, posteriormente, la pudo realizar sin tener en cuenta el proceso concursal en el que ya se encontraba la empresa, por todo lo anterior le solicito al Tribunal Superior en el recurso de alzada y siendo este el motivo único de inconformidad sobre la sentencia, se sirva revocar la condena impuesta por indemnización moratoria del artículo 65, por las razones antes expuestas y así mismo

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

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes no presentaron alegatos de conclusión.

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

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente la condena al pago de indemnización moratoria impuesta en primera instancia.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto y para lo que es objeto de controversia en esta instancia, no se controvirtieron los siguientes supuestos fácticos: **i)** que entre la demandante y INTERCONTACT CENTER S.A.S. existió un contrato de trabajo entre el 20 de octubre de 2015 y el 24 de abril de 2017 (hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda, fl. 27); **ii)** que el 25 de agosto de 2017 la demandada pagó a la demandante el valor de la liquidación final de prestaciones sociales (hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda, fl. 28).

- **Sobre la Indemnización Moratoria en Situación de Iliquidez o Insolvencia del Empleador.**

---

revocar las costas impuestas, en lo demás no hay contradicción y solicito que se confirme la sentencia, gracias”.

El artículo 65 CST consagró la imposición al empleador al pago de una suma equivalente a un día de salario en los eventos que se cumplen los presupuestos señalados en dichas normas.

Respecto de la naturaleza de dichas figuras, la H. Sala de Casación de la CSJ ha indicado que esta no procede de forma automática, por cuanto al tener carácter sancionatorio es necesario acreditar, como un requisito para su causación, la mala fe del empleador al momento de incurrir en su comportamiento omisivo, por cuanto si éste aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta no proceden dichas condenas, tal y como reiteró recientemente la H. CSJ en las sentencias SL2823 de 2019, SL2885 de 2019, SL2837 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, entre otras.

Ahora bien, no han sido pocos los conflictos judiciales en los cuales el empleador que incumple el pago de los salarios y prestaciones sociales alega su situación de crisis, insolvencia o iliquidez como la causa del incumplimiento en el pago de dichas acreencias. Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó que la conducta del empleador al momento en que incurrió en la mora es el único criterio que debe ser evaluado para establecer la procedencia o no de la condena al pago de esta indemnización, por tanto, en situaciones como la reestructuración, la intervención u otra similar que afecte al empleador, es preciso evaluar su conducta para observar si de buena o mala fe cesó en el pago de sus acreencias, siendo posible que demuestre que desde el instante en que se configuró la situación analizada estuvo imposibilitado para efectuar el pago, evento en el cual no procederá la condena a la sanción, posición que ha sido reiterada en las sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, entre otras.

De acuerdo a lo anterior no hay duda, en el presente asunto, que una vez la demandada fue aceptada al proceso de reorganización no corría el pago de indemnización moratoria y así lo definió el juez de primera instancia. No obstante lo anterior, la Sala verificará si la

demandada logró acreditar un actuar de buena fe o razones objetivas para no realizar el pago de la liquidación, antes de ser aceptada en el proceso de reorganización, pues el recurrente aduce que dados los embargos que recaían sobre la compañía y su precaria situación financiera no fue posible realizar el pago de la liquidación de la demandante en tiempo, pero que éste se realizó una vez tuvieron los recursos para ello.

Para valorar su conducta, observa la Sala que se recibió el testimonio de DIANA ROMERO (CD. 3 min. 22:30), quien manifestó haber trabajado al servicio de la demandada y conocer a la demandante por esa razón, manifestó que trabajó en INTERCONTACT CENTER hasta el 7 de febrero de 2017 y que no recuerda exactamente cuánto tiempo tardó la compañía en pagarle la liquidación, pero que eso ocurrió dentro de los 20 días o mes siguiente a su retiro.

Por su parte DANIEL ARIZA DURAN (CD. 3 min. 25:32) manifestó ser trabajador de la demandada en el área administrativa y constarle que desde el año 2016 se encuentran en una difícil situación económica, dijo que las cuentas de la compañía se encuentran embargadas desde mayo de 2016 por parte de la DIAN, que solo tienen cuentas en el banco AV Villas y que esta situación ha sido de difícil manejo, dijo que para continuar cumpliendo con el pago de nómina y gastos de operación de la empresa, lograron a través de un mecanismo interbancario trabajar por un Factory a través de otra compañía lo que les permite dispersar la nómina y mantener al día las obligaciones laborales, manifestó que no han tenido ningún problema para realizar el pago de las acreencias laborales que se han generado desde el embargo, en el sentido de que pese a todas las complicaciones financieras han podido cumplir.

Al efecto, también obra como prueba a folio 69, una certificación expedida por el Banco AV Villas el 2 de agosto de 2018, donde consta que la demandada tiene una cuenta en ese banco desde el 17 de febrero de 2014 y que ésta presenta un embargo sin precisar desde

que fecha. Así mismo se encuentra CD. a folio 25 donde se encuentra una tabla de Excel denominada calificación y graduación de créditos y derechos, donde se encuentra relacionada la demandante con un crédito a favor por valor de \$1.560.691.

Se practicó además interrogatorio de parte a la representante legal de la demandada (CD. 3 min. 7:58) y a la demandante (CD. 3 min. 20:03), quienes solo hicieron referencia a la fecha de terminación del contrato, fecha de pago de la liquidación de prestaciones y fecha de aceptación al proceso de reorganización de la empresa ante la Superintendencia.

Valoradas en conjunto las pruebas relacionadas en precedencia, la Sala concluye que no es posible revocar la condena impuesta en primera instancia, pues contrario a lo manifestado por el apoderado de la demandada en el recurso, referido a que la falta de pago se dio por la imposibilidad que tenía la empresa para cumplir sus obligaciones, dados los embargos de los que eran objeto, del testimonio de DANIEL ARIZA DURAN se deduce con claridad que pese a que la compañía tenía un embargo de la DIAN desde mayo de 2016, ésta continuó cumpliendo con el pago de sus obligaciones laborales y gastos de operación, tanto así que afirmó que pese a las circunstancias en que se encontraban no tuvieron problemas para el pago de las acreencias y que habían logrado a través de un mecanismo interbancario dispersar la nómina para continuar cumpliendo con sus obligaciones.

Dichas afirmaciones realizadas por el testigo llamado por la misma demandada, llevan al Tribunal a deducir que el no pago de la liquidación de prestaciones de la demandante no fue justificado, como lo afirma el recurrente, pues la situación del embargo a la que se alude, no era un hecho nuevo sino una situación prolongada en la que se encontraba la compañía desde casi un año antes de que la demandante se retirara y además que dicho embargo no fue un impedimento para que la compañía continuara realizando los pagos

a sus trabajadores, pues así lo manifestó el testigo referido y se afirma con lo dicho por DIANA ROMERO, quien manifestó haberse retirado de la empresa en febrero de 2017 y haber recibido el pago de su liquidación dentro de los 20 días o mes siguiente a la fecha de retiro.

En gracia de discusión, es pertinente precisar que de todas formas, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos casos en que se aduce como única razón para el retardo en el pago de las prestaciones, la difícil situación económica o crisis de la empresa, no es posible tener en cuenta dicho hecho como constitutivo de buena fe, pues no le es oponible al trabajador la crisis económica interna de una entidad como justificación de la no satisfacción de sus créditos laborales, más aún, teniendo en cuenta lo definido en el artículo 28 del CST. (Sentencia SL3159-2019, SL3219-2020).

Por todo lo anterior, para la Sala no sirven de justificación objetiva, ni prueba de buena fe las manifestaciones realizadas en el recurso, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**  
Magistrado

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada ACLARO VOTO

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado



**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque en este caso comparto la decisión, debo aclarar que ha sido mi criterio, que en cada caso debe analizarse la conducta del empleador; toda vez que no es posible exonerarlo de la sanción sencillamente porque acude a un proceso de reorganización empresarial, que es diferente a la liquidación forzada y obligatoria en donde si hay una imposibilidad real de hacer pagos desde que esta se da.

En sentencia de rad 45211 de 22/02/2017, la Corte suprema de Justicia dijo que ese solo hecho, esto es la reorganización no tiene el potencial suficiente para exonerar al empleador de la imposición de la sanción, siendo necesario analizar si en verdad hay razones atendibles,. Dijo la Corte en esa providencia lo siguiente:

“(...)”

*Ahora bien, aun cuando del certificado de existencia y representación legal de la sociedad, obrante a folios 11- 12 y del acta de reunión de determinación de derechos de voto y acreencias de folios 370- 407 se puede derivar que la empresa atravesaba dificultades económicas tiempo antes del 10 de febrero de 2006, momento en que se aceptó la apertura del trámite de reactivación empresarial de la Ley 550 de 1999, tal como lo alega la censura, **pues este procedimiento está contemplado para corregir deficiencias que presenten las empresas en su capacidad de operación y permitir su recuperación económica, lo cierto es que esta sola circunstancia no tiene el potencial suficiente para desvirtuar la sentencia***

**impugnada, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha venido sosteniendo que el estado de insolvencia económica o iliquidez del empleador, por sí solo, no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto, incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe (ver sentencias CSJ SL, 18 sep. 1995, Rad. 7393, CSJ SL, 3 may. 2011, Rad. 37493 y CSJ SL, 14 agos. 2012. Rad. 37288).**

Vale decir que, aunque allí se refiere a la reactivación empresarial de la ley 550 de 1990 este es similar a la reorganización empresarial de la ley 1106 de 2006, luego es aplicable a este caso.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'R' followed by a horizontal line that ends in a small loop.

Marleny Rueda Olarte



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

**C03-0039-2020**

**Radicado N° 21-2015-00952-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el grado jurisdiccional de consulta del demandante **JOSÉ IGNACIO FARFÁN DÍAZ**, en contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 2019, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones de inexistencia de la relación laboral e inexistencia de las obligaciones económicas pretendidas, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante (fl. 193, 15:43 cd fl. 192).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA (fl. 52 a 70).**

**JOSÉ IGNACIO FARFÁN DÍAZ** solicitó declarar responsable a la demandada, a título de culpa patronal por incumplimiento de las normas de SST, en consecuencia, condenar al pago de los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, consolidado y futuro, derivados del accidente de trabajo del 03 de octubre de 2013, perjuicios morales, perjuicios a la vida de relación, acreencias e indemnizaciones laborales derivados del reintegro al mismo cargo o uno con mejores

condiciones, intereses corrientes y moratorios sobre las condenas, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que mediante contrato de trabajo verbal el 16 de septiembre de 2013 ingresó a laborar con la demandada, para realizar la obra de enchape, remodelación de baño y construcción de poceta para lavar de canastillas, servicio que realizó personalmente en jornadas de 10 horas y a cambio de un valor de \$9.000.000, sin que a su ingreso tuviera patologías diagnosticadas. Señaló que el 03 de octubre de 2013, sufrió accidente de trabajo por caer de una plancha a 7 metros de altura, siendo atendido en el Policlínico de Mosquera, quien describió trauma en cráneo, hombro, cadera y rodilla derecha, con edema, dolor y limitación funcional en cadera y MMII derecho, sufriendo de una lesión severa en su nervio ciático derecho y se realizó el procedimiento quirúrgico de reducción abierta de fractura compleja en pelvis con fijación interna. Afirmó que el funcionamiento del Comité Paritario de Salud Ocupacional o Vigía Ocupacional de la demandada no cumplía los lineamientos legales, que no se adoptaron medidas para procurar y mantener su salud y seguridad, ni desarrolló actividades de salud ocupacional dirigidas al demandante, ni se vigilaron el desarrollo de actividades de medicina, higiene y seguridad industrial frente su particular riesgo, ni se visitaron ni se inspeccionaron los ambientes, maquinas, equipos y operaciones del trabajador, ni de los puestos de trabajo para evidenciar los riesgos asociados, sin que los mismos fueran identificados ni medidos con ayudas técnicas o se adoptaran medidas técnicas de control, ni actividades correctivas y de control de los factores de riesgo, sin contar con medios de comunicación o personal de apoyo en caso de emergencia ni de atención médica, tampoco de informes sobre los niveles de accidentalidad o enfermedades laborales registradas, sin que el programa de salud ocupacional fuera acorde con la actividad y riesgos reales de la empresa, actividades de vigilancia epidemiológica, ni tenían cronograma de actividades o actividades de prevención de accidentes.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 90 a 106)**

La **COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL DEL CAMPO LIMITADA C I DELCAMPO LTDA - EN LIQUIDACIÓN** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que tiene por objeto social el comercio, promoción y comercialización de verduras, alimentos y frutas en general, sin tener relación alguna con la construcción o remodelación de inmuebles, por lo cual no vincula personal para dichas actividades. Señaló que nunca contrató o vinculó al demandante, ya sea de forma laboral o para realizar una obra. En todo caso, informó que arrendó la bodega 07 del terminal metropolitano de carga y parque industrial San Jorge, en Mosquera, la cual ocupó el 05 de octubre de 2013, siendo las fechas relacionadas en la demanda anteriores, sin que el demandante establezca el sitio y duración de la obra, sin explicar la supuesta subordinación ni quien le efectuó el pago. Señaló que nunca efectuó obra o remodelación. Así mismo, llamo la atención de que la historia clínica indica que el accidente fue común, además, nunca se le presentó ninguna reclamación relacionada con el objeto de la demanda, lo que explica porque el demandante nunca le prestó servicios, mucho menos recibió pagos u órdenes, ni estuvo sometido a sus reglamentos o vigilancia. Interpuso las excepciones de inexistencia de una relación laboral, inexistencia de las obligaciones económicas pretendidas, cobro de lo no debido, falta de causa, mala fe, compensación, buena fe y prescripción.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 193, 15:43 cd fl. 192)**

El 25 de octubre de 2019, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL e INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES ECONÓMICAS PRETENDIDAS, propuestas por la parte pasiva.*

**SEGUNDO: ABSOLVER a la COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL DEL CAMPO LTDA de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor JOSÉ IGNACIO FARFÁN DÍAZ.**

**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000. Líquidense por secretaría.**

**CUARTO: CONSÚLTESE** la presente sentencia con el Superior, en el evento de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante. (...)"

Fijo como problema jurídico determinar si le asiste o no derecho al demandante a que se declare que existió culpa patronal de la demandada por el accidente ocurrido el 03 de octubre de 2013 y si en consecuencia hay lugar al reintegro del trabajador y demás condenas solicitadas.

Para resolver consideró que La demandada se opuso indicando que no existió contrato de trabajo ni de ninguna otra naturaleza entre las partes. Afirmó que el demandante solo aportó su historia clínica, la cual solo describe su accidente y la demandada allegó un contrato de arriendo suscrito con MARÍA CONSTANZA AMBROSIO para el uso de la Bodega 07 del Parque Industrial San Jorge de Mosquera, por su parte, se escucharon las declaraciones de LUZ MARINA GARAY ROJAS, quien como jefe de bodega de la pasiva desde hace 13 años indicó que vio al demandante pero que no recibía ordenes ni instrucciones de la sociedad y que esta no le canceló suma alguna; por su parte WALTER AMBROSIO, subgerente de la demandada desde 2009, quien indicó que no se hizo contrato con el demandante y quien señaló que asume que contrato al demandante fue la señora MARÍA CONSTANZA AMBROSIO, porque él fue a hacer unas adecuaciones pero no tenía conocimiento de cómo se dio esa contratación ni de quien vigilaba al señor FARFÁN. De lo anterior, se tiene que no hay prueba de que el señor demandante prestará servicios a la CI DEL CAMPO, lo que impide aplicar la presunción del contrato del artículo 24 CST, lo que sumado a la inasistencia del demandante a su interrogatorio, que generó la consecuencia del artículo 205 CGP de tener como cierto los hechos de la contestación de que no prestó servicios para la demandada y que no celebró contrato de ninguna clase entre las partes ni que estuvo sujeto a subordinación ni órdenes, conduce a declarar probadas las excepciones y absolver de las pretensiones.

### **III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

Durante el traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes se abstuvieron de presentar sus alegatos.

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

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa al **DEMANDANTE**, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

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

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del **DEMANDANTE**.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar sí entre la demandante y la sociedad demandada existió un contrato de trabajo por la presunta labor de enchape, remodelación de baños y construcción de poceta, en caso afirmativo, establecer la procedencia de declarar la responsabilidad por culpa patronal de la demandada y demás pretensiones reclamadas, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** conforme historia clínica expedida por la CLÍNICA DEL OCCIDENTE, el demandante **JOSÉ IGNACIO FARFÁN DÍAZ** sufrió el 03 de octubre de 2013, trauma contundente al caer de 2 metros de altura, con dolor y limitación funcional para caminar, remitido desde Mosquera, con diagnósticos relacionados con fractura de columna y pelvis (fl. 39 y 40).

- **El Contrato de Trabajo y la Primacía de la Realidad sobre las Formalidades en las Relaciones Laborales.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 CST, señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST, establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Conforme las precitadas normas, en un contrato de trabajo una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua subordinación, quien a cambio le paga un salario, extremo contractual que corresponde al empleador. Por lo anterior, será empleador quien ejerza la facultad de subordinación sobre el trabajador, al poderle exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber: remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró probadas las excepciones de inexistencia de la relación laboral e



inexistencia de las obligaciones económicas pretendidas, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante.

Pasa la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del **DEMANDANTE**, siendo relevante indicar que conforme con los antecedentes normativos expuestos, el artículo 22 CST estableció que por el contrato de trabajo una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua dependencia o subordinación, a cambio de un salario; por su parte, el artículo 23 CST consagró los elementos esenciales de este contrato, a saber, la actividad personal, la continua subordinación y un salario.

Así mismo, el artículo 24 CST estableció la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo, por tanto, al promotor del proceso le basta con demostrar la prestación del servicio personal para beneficiarse de la presunción, debiendo la contraparte desvirtuar la misma demostrando que no se cumplen los elementos del contrato de trabajo. Lo anterior materializa el principio de realidad sobre las formas en el ámbito laboral y de la seguridad social, consagrado en el artículo 53 constitucional.

En el presente asunto, el demandante **JOSÉ IGNACIO FARFÁN DÍAZ** aduce que celebró un contrato verbal de trabajo el 16 de septiembre de 2013, en virtud del cual prestó su servicio personal para el enchape, remodelación de baño y construcción de poceta para lavar de canastillas, a cambio de una contraprestación de \$9.000.000, sufriendo el 03 de octubre de 2013 un accidente de trabajo.

Al respecto, sea lo primero indicar que el demandante no allegó ningún elemento de prueba que acredite la existencia del precitado contrato o, al menos, la prestación personal de su servicio a favor de la demandada **COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL DEL CAMPO LIMITADA C I DELCAMPO LTDA - EN LIQUIDACIÓN** a fin de activar la presunción del artículo 24 CST.

En efecto, con la demanda se acompañó copia de diferentes historias clínicas expedidas a favor del demandante, las cuales por sí solas solo indican que se desempeña como “constructor/ruso”, sin que en modo alguno se haga referencia a las condiciones en que presta tal servicio, motivo por el cual dicha documental no acredita en modo alguno que hubiera prestado su servicio personal a favor de la demandada.

De otra parte, si bien el demandante solicitó la practica de 4 testimonios, tanto el demandante, como su apoderado y los testigos no asistieron a la audiencia del artículo 80 CPTSS, motivo por el cual tales pruebas no fueron practicadas. Así mismo, como quiera que la demandada solicitó la practica del interrogatorio del demandante, prueba que fue decretada por la Juez de primera instancia, al no comparecer se causaron las consecuencias procesales del artículo 205 CGP, norma aplicable a nuestra especialidad en virtud del artículo 145 CPTSS, lo que conllevó a que se declarará la confesión presunta de los hechos de la contestación de la demanda relativos a que el demandante nunca prestó sus servicios personales a la demandada, que no existió contrato de ninguna clase entre las partes y que no fue sometido a ordenes, vigilancia o control por parte del personal de la pasiva.

Adicional a lo ya expuesto, se practicaron los testimonios de LUZ MARINA GARAY ROJAS, quien en su calidad de jefe de bodega desde hace 13 años de la demandada indicó que es responsable del manejo del dinero y que por eso conoce quien se contrata y a quien se le hacen pagos, afirmando que nunca se contrató al demandante ni observó que se le dieran ordenes por parte del personal de la demandada, indicando que si bien se encontraba en la Bodega 07 del Parque Industrial San Jorge de Mosquera, desconocía los detalles por los cuales estaba ahí en las fechas en que se realizó el trasteo de la demandada. En el mismo sentido el señor WALTER OSWALDO REY AMBROSIO, en su testimonio manifestó que en su calidad de subgerente de la demandada desde 2009, manifestó que observó al demandante en la precitada bodega durante el trasteo, más sin embargo, indicó que no se celebró ningún contrato entre las partes, por lo que desconoce las razones por las cuales estaba realizando una obra en esas instalaciones,

sin que ningún empleado de la **COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL DEL CAMPO LIMITADA C I DELCAMPO LTDA - EN LIQUIDACIÓN** diera ordenes o instrucciones al demandante sobre su actividad, a la vez que nunca el demandante les presentó reclamación solicitando pagos o los derechos que solicitó en su demanda.

Del estudio de las anteriores pruebas documentales, tampoco se puede inferir que el demandante prestó su servicio personal a favor de la demandada, por cuanto si bien los testigos fueron coincidentes en señalar que observaron al demandante en la bodega a la cual la compañía se trasteó en los primeros días de octubre de 2013, lo ciertos es que concurren en afirmar que apreciaron de forma directa que ningún funcionario de la demandada le dio ordenes al demandante, quien actuó de forma autónoma en el modo de prestación de su servicio, sin que se hubiera celebrado ningún contrato entre las partes, desconociendo las razones o la identidad de quien le indicó al demandante que realizará la obra que apreciaron que estaba efectuando, lo que sumado a la inasistencia del demandante y sus testigos impide acreditar la prestación de algún servicio personal a favor de la demandada, máxime considerando que se aplicó la confesión presunta del artículo 205 CGP.

En consecuencia, al no cumplirse los presupuestos para activar la presunción del artículo 24 CST y por la falta de prueba de la existencia de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo del artículo 23 CST, la Sala confirmará la decisión de primera instancia de no declarar la existencia de un contrato de trabajo, lo que conlleva al fracaso de las pretensiones, por cuanto todas ellas partes del supuesto de la existencia de tal contrato entre las partes.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

**RESUELVE**


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

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**S03-00105-2020**

**Radicado N° 22 2017 00340 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**CARLOS HERNANDO MANTILLA CASTILLO**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES con el fin de que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2013, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 30 de mayo de 1951; que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES de manera interrumpida entre el 1° de octubre de 1968 y el 30 de abril de 2016,

a través de diferentes empleadores y del régimen subsidiado; que laboró al servicio de EMIGREE LTDA desde el 1° de agosto de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1995; que el reporte de semanas cotizadas solo refleja cotizaciones con este empleador desde el 11 de agosto de 1995 hasta el 31 de enero de 1995; que en el reporte de semanas expedido por Colpensiones el 29 de julio de 2015 se observa en la casilla 23 la observación que, a partir del año 1995 hasta septiembre de 1999, este empleador presenta deuda por no pago, mora sobre la cual Colpensiones no realizó las respectivas acciones de cobro. Dice además que en la relación de novedades expedida por la gerencia nacional del Seguro Social el 30 de junio de 2006, se observa que el empleador CI LATIN SPORT LTDA. Realizó cotizaciones a su favor entre 1996 agosto y 1996 diciembre, cotizaciones que no aparecen reflejadas en la historia laboral, que solicitó el reconocimiento de la pensión el 3 de abril de 2014 y éste fue negado con el argumento de que solo cuenta con 711 semanas de cotización, presentó recurso de reposición contra dicha decisión y ésta fue confirmada con fundamento en que no conservó el régimen de transición por no tener 750 semanas a julio de 2005.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, IPC, indexación o reajuste alguno y carencia de causa para demandar (fls. 24 a 30).

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

El Juzgado veintidós Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del

23 de septiembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*“**PRIMERO:** ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, por CARLOS HERNANDO MANTILLA CASTILLO identificado con CC. N° 19.123.210, de conformidad a la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido. **TERCERO:** CONDENAR en costas a la parte demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000”.*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si el demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión que reclama. Para resolverlo indicó que para tener en cuenta la totalidad del tiempo que el actor aduce haber laborado al servicio del EMIGREE debió acreditar la existencia de la relación laboral, pues el reporte de semanas no refleja la totalidad del tiempo que aduce laborado, para ello encontró prueba de la relación laboral entre febrero y diciembre de 1995, de acuerdo a la prueba testimonial practicada y por ello solo computó este periodo, frente al periodo comprendido entre agosto de 1996 y diciembre de 1996, dijo que no se acreditó afiliación ni existencia de relación laboral con la sociedad CI Latin Sport y por ello no es procedente tenerla en cuenta. Al analizar la calidad de beneficiario del régimen de transición concluyó que a julio de 2005 no contaba con 750 semanas y por ello no conservó dicho beneficio. Dijo además que no cumple con los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 para causar el derecho bajo esta regulación, pues no cumple con el número mínimo de semanas que exige esta disposición.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de la demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Solicita que se realice una revisión del número de semanas cotizadas por el actor, pues teniendo en cuenta las 725 semanas reconocidas en la historia laboral y las 38 semanas adicionales reconocidas en la

sentencia de primera instancia por el tiempo laboral a EMIGREE, el actor cumple con el requisito de las 750 semanas previstas en el acto legislativo 01 de 2005 y procede en consecuencia el reconocimiento de la pensión<sup>1</sup>.

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

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a al Dr. NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ, identificado con CC. N° 1.018.463.893 y portador de la TP 302.039 del C.S de la J., a quien se tiene como apoderado sustituto de dicha entidad.

El referido apoderado presentó alegatos de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, pues el demandante perdió el beneficio de la transición con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Por su parte la apoderada de la parte demandante, presentó alegatos de conclusión, solicitado la revocatoria de la decisión y el reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta que el actor acredita las 750 semanas que exige el Acto Legislativo 01 de 2005 para conservar el beneficio de la transición.

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

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

---

<sup>1</sup> "Gracias señor Juez, me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de dictar para que sea revocada en su totalidad, para lo cual solicito al honorable Tribunal se realice una revisión del número de semanas cotizadas por el demandante, hasta el 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, teniendo en cuenta que las semanas que se encuentran registradas en el historia o en el reporte de semanas cotizadas a Colpensiones es de 725, más las semanas que hacen parte del historial por efectos de las no registradas con la empresa EMIGREE y que se ordena su reconocimiento a través de la sentencia es un total de 38 semanas adicionales para un total de 763 semanas, con lo cual supera el número mínimo de 750 requerido para conservar el régimen de transición, por esta razón nuevamente solicito la revocatoria de la sentencia para que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda"



artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 30 de mayo 1951 (fl. 55 CD. Expediente administrativo, archivo 22); **ii)** que cotizó al ISS hoy Colpensiones de manera interrumpida entre el 1° de octubre de 1968 y el 30 de abril de 2016 (fls. 36 a 39); **iii)** que el 3 abril de 2014 solicitó el reconocimiento de la pensión y Colpensiones mediante Resolución GNR 189200 del 28 de mayo de 2014, negó el reconocimiento de la prestación (fls. 7 a 9).

### **- Condición de Beneficiario del Régimen de Transición del Demandante y Derecho a la Pensión.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición normativa, según el cual pueden acceder a la pensión teniendo en cuenta la edad, monto y el tiempo de servicios que regulaban normas anteriores, los afiliados que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones (1° de abril de 1994) tuvieran 35 o 40 años de edad. Esta condición la cumplió el demandante, pues el documento visible en el folio 55 CD. Expediente administrativo, archivo 22, acredita que nació el 30 de mayo de 1951.

Sin embargo, el Acto legislativo 1 de 2005, mediante el cual se adicionó el artículo 48 de la CN dispuso en uno de sus párrafos transitorios la expiración de dicho régimen de transición a partir del 31 de julio de 2010, dejando a salvo únicamente a los trabajadores o afiliados que para la fecha de entrada en vigencia de la reforma (el 29 de julio de 2005) tuvieran 750 semanas de cotización al Sistema o el equivalente en tiempo de servicios; para ellos conservó la transición hasta el año 2014.

Bajo esta última enmienda legal y una vez revisado el expediente, debe el Tribunal confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues el demandante no demostró las condiciones para conservar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. De la historia laboral aportada al proceso por COLPENSIONES y el demandante se obtienen en total 743.81 semanas de cotización para el 29 de julio de 2005 (fls. 5 y 36 a 39).

Para el cómputo de las semanas totalizadas en precedencia, la Sala tuvo en cuenta además de las 715.09 semanas que registra COLPENSIONES, 18 semanas cotizadas por el empleador C I LATIN SPORT LTDA entre el 15 de agosto de 1996 y el 21 de diciembre del mismo año, que no aparecen en la historia laboral de folios 36 a 39, pero que figuran como cotizadas en el documento de folio 5, que también se encuentra anexo en el CD que contiene el expediente administrativo (fl. 55). Si bien COLPENSIONES mediante oficio del 29 de marzo de 2017 (CD. expediente administrativo), manifiesta al demandante que no es posible incluir dicho periodo porque este empleador realizó cotizaciones a salud y no a pensión durante el lapso referido, lo cierto es que verificado el registro de pago de estos periodos se observa que la cotización realizada corresponde a pensión y no a salud.

También se sumaron 10.72 semanas correspondientes a 15 días del mes de abril de 1995, donde el empleador PLUS MODA S.A.

reportó 30 días de cotización y la entidad solo sumó 15, además de los meses de mayo y junio de 1995 donde COLPENSIONES deja la observación de “*Pago aplicado a periodos posteriores*”, pero no explica ni hace relación a que periodos posteriores se aplicó el pago (fl. 37 vto.).

Ahora bien, sobre el lapso transcurrido entre el 1° de agosto de 1994 y el 31 de diciembre de 1995, que el actor pide incluir en el cómputo de semanas porque corresponde a tiempo laborado para el empleador EMIGREE LTDA., la Sala no puede incluir dicho periodo, pues el tiempo transcurrido entre el 1° de agosto y el 31 de diciembre de 1994, corresponde a ciclos dobles con el empleador PLUS MODA S.A., en los cuales la entidad sumó lo correspondiente. Sobre el periodo corrido entre el 1° de enero al 31 de diciembre de 1995, se advierte que COLPENSIONES tuvo en cuenta el mes de enero de 1995 cotizado por EMIGREE y las cotizaciones realizadas por PLUSMODA S.A. a favor del actor entre enero y junio de 1995. Los tiempos posteriores a esta fecha, no serán sumados teniendo en cuenta que no hay prueba suficiente de que el actor hubiera mantenido la relación con el empleador EMIGREE.

En efecto, si bien la historia laboral expedida por COLPENSIONES el 29 de julio de 2015 y aportada por el demandante en folios 2 a 4, registra que EMIGREE LTDA presenta deuda por no pago desde febrero de 1995 hasta septiembre de 1999, no es posible establecer la continuidad de la relación laboral en cuanto la única prueba aportada al efecto, el testimonio de ANA SOFIA GUTIERREZ (CD. 1 min. 07:29), a juicio de la Sala, no es prueba suficiente para tener por probado este hecho.

La testigo manifestó en la diligencia conocer al demandante porque trabajaban juntos en EMIGREE LTDA. Que en el mes de diciembre de 1995 salieron a vacaciones y al regresar en enero de 1996 no continuaron porque la empresa iba cerrar, dice que el demandante tuvo dos tipos de vinculaciones distintas con esa

empresa, que en la primera no le pagaban prestaciones, pero que después fue trasladado a la ciudad de Neiva y la empresa le cambió el contrato a uno laboral y eso fue en el año 1994. Manifestó que le consta este hecho porque es muy amiga del demandante y ella se daba cuenta porque él debía cumplir horario, porque le consta que el jefe siempre llamaba a preguntar en donde se encontraba como lo hacía con ella, dijo que ella vivía en Bogotá y trabajaba la zona de Cundinamarca y Boyacá, al preguntársele porque le consta lo manifestado, entró en confusión y dijo que en el año 1996 o 1995 se había hecho una reunión donde se dijo que el demandante sería trasladado a Neiva y como era zona roja le cambiaron el contrato. Dice que sabe que era laboral el contrato porque le pagaban prestaciones y hay que regirse a lo que dice la empresa y no se podía trabajar con otra empresa.

Del dicho de la testigo la Sala no puede establecer la existencia de la relación laboral hasta diciembre de 1995, como lo afirma el demandante, pues lo manifestado no le consta de manera directa en cuanto, según su dicho, ella vivía en la ciudad de Bogotá y el demandante en la ciudad de Neiva, observa la Sala que algunos de los hechos manifestados obedecen a apreciaciones o conclusiones personales de la deponente, pues al preguntársele si le constaba que el actor recibía órdenes manifestó que suponía que si porque si ella que no tenía contrato laboral recibía órdenes como sería con el demandante.

Además de lo anterior, no resulta clara para la Sala la continuidad de la relación, pues en ese mismo año 1995, el actor registraba cotizaciones con el empleador PLUS MODA S.A., este empleador realizó cotizaciones a favor del demandante desde el 11 de julio de 1994 hasta el 30 de junio de 1995 (fl. 37). Luego, considera la Sala que no es procedente sumar la semanas transcurridas entre julio de 1995 y diciembre de 1995, pues EMIGREE realizó su última cotización a favor del demandante en enero de 1995 y para este momento CARLOS HERNANDO

MANTILLA CASTILLO ya registraba cotizaciones con otro empleador, sin que se haya acreditado de manera suficiente la continuidad de la relación laboral con EMIGREE.

Así las cosas, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en la apelación.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Magistrado

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

Magistrada

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

Magistrado





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-00140-2020**

**Radicado N° 24 2017 00370 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2019 por el Juzgado veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**LUIS ALBERTO RAMIREZ SUAREZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **ECOPETROL S.A.** Solicita que se condene al reintegro al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior categoría, al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha efectiva del reintegro, junto con los aportes al sistema de seguridad social, aumentos legales y extralegales y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 6 de enero de 2009 mediante contrato de

trabajo a término indefinido; que prestó servicios hasta el 25 de junio de 2015; que el último cargo desempeñado fue el de profesional I; que devengaba la suma mensual de \$15.900.000, que el 25 de junio de 2015 fue despedido sin justa causa; y que el 29 de octubre siguiente solicitó a la demandada su reintegro al mismo cargo o a uno de similares condiciones. Aduce que mediante acta de constitución N° 1-07 del 14 de febrero de 2014 es inscrita en el registro sindical la Asociación Sindical de Profesionales de Ecopetrol S.A. ASPEC, que el día 23 de mayo de 2014 la Organización Sindical ASPEC aprobó presentar el pliego de peticiones aprobado por los afiliados, que el día 14 de julio de 2014 inició la etapa de arreglo directo de la negociación colectiva, que el 22 de agosto de 2014 finalizó la etapa de arreglo directo, que el acta de finalización de esta etapa contiene las firmas de comisión negociadora de la organización sindical pero no las firmas de la empresa, que el 25 de agosto de 2014 la organización sindical solicitó al Ministerio de Trabajo la conformación de un Tribunal de Arbitramento y mediante Resolución N° 00963 del 17 de marzo de 2015 el Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección del Ministerio de Trabajo no accedió a la solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, contra dicha resolución la organización sindical interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. Mediante Resolución N° 03015 del 6 de agosto de 2015 se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición y se concedió el recurso de apelación.

Afirma que mediante Resolución N° 4463 del 3 de noviembre de 2015 el Ministerio de Trabajo resolvió el recurso de apelación y decidió confirmar las resoluciones que negaron la convocatoria del Tribunal de Arbitramento; que era afiliado a la organización sindical ASPEC y que para el momento de su despido la demandada se encontraba en un conflicto colectivo de trabajo originado con la presentación del pliego de peticiones; finalmente informa que la demandada le cancelaba un auxilio de educación para sus hijos por la suma de \$5.800.000 y un auxilio para aporte de cavipetrol por valor de \$372.000.



## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**ECOPETROL S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, aclaró que si se dio una etapa de arreglo directo inició para el proceso de negociación unificado con los demás sindicatos y que ésta terminó con la suscripción de la convención colectiva de trabajo ECOPETROL – USO 2014-2018, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación (fls. 98 a 108).

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

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 31 de mayo de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*“**PRIMERO:** ABSOLVER a la demandada ECOPETROL S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor LUIS ALBERTO RAMIREZ SUAREZ, conforme las razones expuestas. **SEGUNDO:** DECLARAR las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la pasiva. **TERCERO:** CONDENAR en costas a la parte demandante y en favor de la demandada para lo cual se estiman las agencias en derecho en la suma de \$100.000. Por secretaría líquídense. **CUARTO:** CONSULTAR esta decisión ante la sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el evento de que no se interponga recurso de apelación contra la misma”*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si al momento del despido la demandada se encontraba en un conflicto colectivo de trabajo y si el actor es beneficiario de la garantía de fuero

circunstancial que reclama. Para resolverlo indicó que si bien en la demandada existía un conflicto colectivo con la Organización Sindical ASPEC, lo cierto es que el actor no era beneficiario de la garantía foral en cuanto no se encontraba afiliado a dicho sindicato para el momento en que se presentó el pliego de peticiones.

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

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en que independientemente de que el actor no se encontrara afiliado a la organización sindical para el momento en que se presentó el pliego de peticiones, la garantía foral lo cobija en tanto la afiliación se dio cuando ya se había presentado el pliego de peticiones y la norma no distingue, para la aplicación de esta garantía, entre trabajadores previamente afiliados y aquellos que se afilian con posterioridad, además no se cumpliría con la finalidad de protección al derecho de asociación definido en la Constitución y diferentes acuerdos de la OIT, pues unos trabajadores sindicalizados se encontrarían desprotegidos y precisamente la finalidad de la norma es que durante este periodo de conflicto colectivo no se despidan trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales<sup>1</sup>.

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

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada

---

<sup>1</sup> “La parte actora se encuentra en desacuerdo con la consideración de que el demandante no tiene fuero circunstancial, porque al momento de presentar el pliego de peticiones ASPEC no se encontraba afiliado, ya que la jurisprudencia de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral, se ha manifestado en el sentido que protege el fuero circunstancial a todos los trabajadores que estén afiliados o se afilien en el momento que se esté tramitando el pliego de peticiones presentado en la empresa, está probado que en el momento del despido el demandante estaba afiliado al sindicato ASPEC, por lo cual es beneficiario del fuero circunstancial. De otra parte como lo dice la constitución política en su art 39 derecho de asociación, el art 55 quedaría sin validez, y de los acuerdo diferentes celebrados con la OIT, no tendría protección y que la utilizaría el empleador, en caso que un sindicato presentó un pliego y aquellas personas que quisieran afiliarse estarían desamparadas como consecuencia que el empleador lo despidiera, lo que se busca en la protección del fuero circunstancial en ese periodo de negociación, es que la empresa no despidiera a los trabajadores asociados de esas asociaciones, lo que la norma no distingue a los afiliados antes o después de presentar el pliego de petición”.

presentó alegatos de conclusión. Pide que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda en cuanto se acreditó que el actor no era beneficiario de la garantía de fuero circunstancial.

Por su parte la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, al efecto cita jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionada con conflictos colectivos de trabajo.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante era beneficiario de la garantía de fuero circunstancial que aduce tener al momento de la terminación del contrato de trabajo.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** el demandante prestó servicios a ECOPETROL S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 6 de enero de 2009 y el 25 de junio de 2015, ocupando el cargo de Profesional I VDT y que, el último salario devengado corresponde a \$15.905.000 (fl. 178); **ii)** que al demandante le fue terminado el contrato sin justa causa el día 25 de junio de 2015 (fl. 22); **iii)** que la ASOCIACION SINDICAL DE PROFESIONALES DE ECOPETROL S.A. – ASPEC fue constituida el 14 de febrero de 2014 (fl. 28); **iv)** que el 29 de mayo de 2014 dicha organización sindical presentó pliego de peticiones a

ECOPETROL S.A. (fl. 31); **v)** que el actor se afilió a ASPEC el día 17 de febrero de 2015 (fls. 92 y 130).

- **Sobre el Fuero Circunstancial**

Para resolver el problema jurídico planteado precisa la Sala que esta protección esta instituida para evitar el despido sin justa causa de los trabajadores que han presentado pliegos de peticiones, durante las etapas de la negociación colectiva, con lo cual se protege la unidad del colectivo de trabajadores frente a eventuales decisiones arbitrarias del empleador que pretendan minarla con el despido de trabajadores.

Al efecto el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 establece que: *“Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto”.*

Frente a la existencia de varias organizaciones sindicales al interior de una empresa, el Decreto 089 de 2014 define en su artículo primero que: *“Cuando en una misma empresa existan varios sindicatos, estos, en ejercicio del principio de la autonomía sindical, podrán decidir, comparecer a la negociación colectiva con un solo pliego de peticiones, e integrar conjuntamente la comisión negociadora sindical (...)”.*

Sobre el fuero circunstancial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que efectivamente procede la acción de reintegro para los trabajadores que luego de presentar un pliego de peticiones son despedidos sin justa causa, conducta que se sanciona con el pago de salarios y demás emolumentos causados entre la fecha de la ruptura y la de la decisión judicial que así lo ordene, condicionando esto a la declaración de un despido injusto; de lo contrario se ha precisado que el despido produce el efecto de terminación legal del contrato de trabajo y en consecuencia lo libera

de cualquier obligación indemnizatoria (Sentencia SL 5467 del 14 de octubre de 2015).

Ahora bien, sobre la terminación del conflicto colectivo de trabajo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que ésta puede darse de dos formas, de manera normal cuando se suscribe la respectiva Convención Colectiva de Trabajo o con la ejecutoria del laudo arbitral, en virtud de lo definido en el artículo 461 del CST; y de forma anormal cuando las partes no cumplen con los deberes legales tendientes a que la negociación colectiva siga su curso normal y abandonan la controversia (Sentencia SL 3429 del 26 de agosto de 2020).

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte el Tribunal que la Organización Sindical ASPEC presentó un pliego de peticiones a ECOPETROL S.A. el día 29 de mayo de 2014 (fl. 31), que el demandante se afilió a dicha organización el día 17 de febrero de 2015 (fls. 92 y 130), situación que era conocida por ECOPETROL, en cuanto realizaba descuentos de nómina al actor para el pago de la cuota sindical (fls. 175 a 177), y que fue despedido sin justa causa el 25 de junio de 2015 (fl. 22).

Sobre el conflicto colectivo de trabajo que inició con la presentación del pliego de peticiones por parte de la organización sindical ASPEC, se observa a folio 131 del expediente el “*Acta de Acuerdo Negociación Colectiva*” de fecha 3 de julio de 2014, suscrita por un representante de ECOPETROL, el presidente de SINDISPETROL y el presidente de ASPEC, en dicho documento se establece que las organizaciones sindicales ASPEC, SINDISPETROL, ADECO y USO presentaron pliegos de peticiones a ECOPETROL los días 29 de mayo de 2014, 25 de junio de 2014, 25 de junio de 2014 y 27 de junio de 2014, respectivamente, se dijo que “*en los términos del Decreto 089 de 2014 los diversos pliegos se negociarán en una sola mesa de negociación para la solución del conflicto, en la que estarán todos los sindicatos representados en el procedimiento de negociación*”

y finalmente se acordó en el numeral primero de este documento que: *“Atendiendo los principios del Decreto 089 de 2014, las partes dejan establecido que no obstante que se discuta de manera independiente los pliegos de peticiones presentados por los distintos sindicatos, se trata de un proceso de negociación unificado e integrado para la solución del conflicto colectivo de trabajo, garantizando así la unidad de negociación; en el que están todos representados tanto en el procedimiento de negociación con su respectivo pliego”*.

Del contenido del acta referida, entiende la Sala que para resolver el conflicto colectivo que surgió por la presentación de varios pliegos de peticiones por parte de las diferentes organizaciones sindicales que hay en la empresa demandada, se acordó que éste sería resuelto mediante un proceso de negociación unificado e integrado, lo que quiere decir que no habían conflictos independientes por cada uno de los pliegos de peticiones presentados y que su finalización sería separada e independiente, sino que al haberse acordado una negociación unificada para la solución del conflicto, necesariamente su terminación o solución sería aquella que se definiera como resultado del proceso unificado e integrado, del cual formaron parte todas las organizaciones sindicales referidas en precedencia.

Bajo este supuesto, se observa que el conflicto colectivo de trabajo finalizó con la suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo julio de 2014 – junio de 2018, depositada en el Ministerio de Trabajo el día 12 de septiembre de 2014 (fls. 134 a 164), pues ésta fue el resultado del proceso de negociación unificado e integrado previamente acordado en el acta de fecha 3 de julio de 2014.

Si bien, obra dentro del expediente acta suscrita por ECOPETROL y ASPEC el 22 de agosto de 2014 (fl. 133), donde se manifestó el desacuerdo de las partes respecto de la totalidad de los puntos definidos en el pliego de peticiones presentado, no puede entenderse que subsistía conflicto colectivo alguno, en la medida en

que ya el proceso de negociación había finalizado con la suscripción de la Convención Colectiva y que ésta finalmente era resultado de lo acordado inicialmente, por lo que en criterio de la Sala no podía continuarse de manera indefinida con dicho conflicto.

Ahora, FREDY URIBE GOMEZ (CD. 1 min. 15:12), MARIO HERNAN CARDOZO LENIS (CD. 1 min. 28:27) y HENRY RIVERA (CD. 1 min. 40:55), manifestaron en diligencia de testimonio que formaban parte de la comisión negociadora del sindicato ASPEC y que no habían llegado a acuerdo alguno con ECOPETROL porque las mesas de negociación habían sido independientes y ellos no suscribieron la Convención Colectiva, sino que solicitaron la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento ante el Ministerio de Trabajo. No obstante, el dicho de estas personas no conduce a cambiar el sentido de la decisión en cuanto no aportan nada diferente a lo ya estudiado, pues sus afirmaciones solo llevan a querer desconocer lo acordado inicialmente al establecerse el proceso de negociación unificado e integrado y ratifican lo que esta organización manifestó en acta de fecha 22 de agosto de 2014, ya referida.

Aunado a lo anterior, mediante Resoluciones 00963 del 17 de marzo de 2015, 03015 del 6 de agosto de 2015 y 4463 del 3 de noviembre de 2015 (fls. 79 a 90), el Ministerio de Trabajo negó la conformación del Tribunal de Arbitramento que solicitó ASPEC, con fundamento en que el conflicto colectivo había finalizado con la suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo. Tampoco podría entenderse, como lo pretende el actor, que se tenga como fecha de finalización del conflicto, aquella en que el Ministerio profirió la última Resolución, pues independientemente de que la organización sindical solicitara la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento ante el Ministerio, ello no quiere decir que por dicha solicitud se extendiera o mantuviera en el tiempo un conflicto colectivo ya zanjado.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal que el demandante no se encontraba amparado por la garantía foral que reclama al

momento del despido, pues definido está que para el 25 de junio de 2015, fecha en que fue terminado su contrato de trabajo sin justa causa, ya había finalizado el conflicto colectivo de trabajo por la suscripción de la Convención, razón por la cual no hay lugar a ordenar el reintegro deprecado.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, que por otras razones negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

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

### **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

Magistrado



**MARLENY RUEDA OLARTE**

Magistrada



A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, positioned above the printed name.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-00141-2020**

**Radicado N° 24 2017 00612 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 17 de mayo de 2019, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de diferencias en la liquidación de terminación del contrato e indemnización moratoria.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**MARIA PATRICA AYUS MIRANDA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **CORPORACION NUESTRA IPS**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 22 de abril de 2016 y el 21 de octubre de 2016, que como consecuencia de lo anterior se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 22 de abril de 2016 como médico general a través de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, que devengaba la suma mensual de \$2.469.900, que mediante comunicación verbal la demandada dio aviso de la decisión de dar por terminado el contrato con una anticipación de tan solo 10 días, lo que vulnera la cláusula décima cuarta del contrato, que establece que el aviso de no renovación debe darse con mínimo 15 días de antelación, que mediante petición presentada el 29 de marzo de 2017, solicitó el pago de la liquidación del contrato, que en respuesta la demandada respondió que se encontraba realizando las gestiones administrativas pertinentes para realizar el desembolso de la liquidación, que al 2 de octubre de 2017, 346 días después de finalizado el contrato no ha recibido el pago de la liquidación.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**CORPORACION NUESTRA IPS.** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, el salario devengado y el cargo ocupado, sobre el no pago de la liquidación adujo que la entidad se encontraba en una difícil situación económica derivada de una cesación de pagos por parte de Saludcoop, a quien prestaba servicios de salud. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, pago total de la obligación e inaplicación de la sanción moratoria por falta de dolo y mala fe (fls. 60 a 88).

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

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 17 de mayo de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo y condenó a la demandada al pago de una diferencia de la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones y al pago de la indemnización moratoria. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** DECLARAR que entre MARIA PATRICIA AYUS MIRANDA y la demandada CORPORACIÓN NUESTRA IPS, existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 22 de abril de 2016 al 21 de octubre de 2016. **SEGUNDO:** CONDENAR a la demandada CORPORACION NUESTRA IPS a pagar a la demandante las siguientes sumas debidamente indexadas desde el momento de causación hasta el momento de su pago. A) al pago de \$866.942,50 por la diferencia de la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones. B) al pago de \$43.717.230 por indemnización del artículo 65 del CST. **TERCERO:** ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. **CUARTO:** CONDENAR a la demandada en costas y a favor de la demandante, para lo que se fijan las agencias en derecho en la suma de \$800.000. Líquidense en la oportunidad correspondiente.”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente la condena al pago de la sanción que reclama. Para resolverlo indicó que la liquidación de prestaciones de la demandante no se pagó en debida forma, pues encontró un excedente respecto de lo pagado por la entidad y definió que es procedente la condena al pago de la indemnización moratoria en cuanto la demandada no probó justificación alguna sobre su conducta omisiva.

### III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente la condena al pago de la indemnización moratoria, pues la juez ha debido analizar la existencia de buena o mala fe previamente, teniendo en cuenta que dicha sanción no es de aplicación automática, como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, y que de acuerdo a ese postulado se acreditó que el no pago de la liquidación en tiempo se dio por la situación económica de la entidad que se generó por el no pago de

los servicios prestados por parte de la EPS Saludcoop, cita auto de la Contraloría que decreta medida cautelar contra esa EPS y concluye que el pago tardío se justifica en la fuerza mayor generada por este hecho y no por mala fe o una intención de defraudar los intereses del trabajador<sup>1</sup>.

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

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, pide que se confirme la decisión de

---

<sup>1</sup> “Me permito presentar recurso de apelación contra su decisión, sea lo primero poner de presente al despacho que las condiciones puntuales en que se desarrolló el contrato de trabajo y la relación laboral entre la demandante y mi representada permiten determinar que durante la vigencia de la relación laboral el empleador siempre realizó el pago de los derechos causados a la demandante, adicionalmente con el pago de la liquidación final del contrato se le reconoció a la hoy demandante el pago por concepto de prima, vacaciones, cesantías e intereses sobre las cesantías, lo anterior tal como se acreditó con el medio probatorio aportado durante el desarrollo del proceso, en este sentido debo indicar que si bien se presentó un retraso en el pago de la liquidación del contrato, dicha situación no obedeció a un caso particular y aislado o un incumplimiento voluntario por parte del empleador, pues por el contrario se presentó una situación de incumplimiento de obligación de toda índole con la totalidad de trabajadores pero también con las obligaciones de carácter civil y comercial, en consecuencia ello de una situación coyuntural en la que la EPS Saludcoop entidad contratante de mi representada cambió las condiciones contractuales de la Corporación Nuestra IPS, generando una consecuencia de afectar el flujo de caja de mi representada e impidiendo el cumplimiento de las obligaciones laborales, en este mismo sentido me permito referir el auto 0084 de la Contraloría General de la Nación, en el cual se decretó una medida cautelar sobre los bienes de las personas vinculadas en calidad de presuntos responsables fiscales del proceso ordinario de responsabilidad civil CRF 201401664UCCPRFO094-2013 en los cuales se encuentra inmersa la EPS Saludcoop y la Corporación Nuestra IPS y así mismo referir los procesos en los que mi representada adelanta en contra de las entidades con las cuales sostiene y sostuvo relación contractual, así mismo es necesario indicar que ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia que la aplicación de la sanción moratoria no procede de manera automática y que por el contrario debe demostrarse que el empleador obró de mala fe y en este sentido es claro que para poder aplicar la sanción se debe verificar la conducta del empleador para así determinar si existió una mala fe que permita llevar a que sea necesaria la condena del empleador por este hecho, estos argumentos jurisprudenciales han de recibo y aplicación en despachos judiciales y que en similares circunstancias han absuelto a entidades demandadas de la indemnización por el retraso en el pago de la liquidación final, adicionalmente y en este sentido es importante resaltar que en ningún momento el atraso en el pago de acreencias laborales a la demandante obedeció a una actitud mal intencionada por parte de la entidad a fin de perjudicar o menoscabar los derechos laborales de la trabajadora sino que por el contrario fue una situación sistemática de todo el sistema de salud y de fuerza mayor, de acuerdo a todas las consideraciones, lo que evidencia es que hubo una situación ajena relacionada con las posibilidades económicas de la demandada y que sirve de sustento para demostrar que la mora en el pago de las prestaciones económicas se dio por una situación irresistible a la que se vio avocada la demandada y no a un actuar de mala fe, es así que solicito se revoque la sentencia de primera instancia y se proceda a absolver a mi representada Corporación Nuestra IPS”

primera instancia, en cuanto se demostró la mala fe de la entidad en el pago tardío de la liquidación de la demandante, por lo que procede la indemnización moratoria reconocida.

Por su parte el apoderado de la demandada solicita en sus alegatos que se revoque la decisión de primera instancia y se tengan en cuenta como constitutivos de buena fe, los argumentos expuestos en el recurso.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente la condena al pago de indemnización moratoria impuesta en primera instancia.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto y para lo que es objeto de controversia en esta instancia, no se controvirtieron los siguientes supuestos fácticos: **i)** que entre la demandante y la CORPORACION NUESTRA IPS existió un contrato de trabajo entre el 22 de abril de 2016 y el 21 de octubre de 2016 (hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y definido por la juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso, fl. 60); **ii)** que el 12 de abril de 2018 la demandada pagó a la demandante el valor de la liquidación final de prestaciones sociales (fl. 156).

### **- Sobre la Indemnización Moratoria**

Para resolver lo pertinente, el artículo 65 del CST establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, debe pagar un salario diario por cada día de mora, y aunque dicha sanción no es automática ni inexorable, la jurisprudencia ha sido unánime en definir que para exonerar al empleador de su pago, éste debe acreditar, no solo que su conducta de abstención ocurrió con buena fe, sino fundamentalmente, que ella está exenta de culpa frente al cumplimiento de los procedimientos legales que regulan el pago de las obligaciones laborales.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia ha dicho que la aplicación de esta sanción no es automática y que para el efecto el empleador puede demostrar la existencia de razones serias y objetivas que justifiquen la omisión en el pago de las prestaciones debidas a sus trabajadores a la fecha de terminación del contrato. No obstante, también ha dicho esa alta Corporación, que en aquellos casos en que se aduce como única razón para el retardo en el pago de las prestaciones, la difícil situación económica o crisis de la empresa, no es posible tener en cuenta dicho hecho como constitutivo de buena fe, pues no le es oponible al trabajador la crisis económica interna de una entidad como justificación de la no satisfacción de sus créditos laborales, más aún, teniendo en cuenta lo definido en el artículo 28 del CST. (Sentencia SL3159-2019, SL3219-2020).

Teniendo en cuenta el anterior referente jurisprudencial, no hay duda, en el presente asunto, que la demandada debe pagar a la demandante una indemnización moratoria por la mora en el pago de sus acreencias laborales a la fecha de terminación del contrato, tal como lo definió la juez de primera instancia. En efecto, la única razón que aduce la demandada como constitutiva de buena fe para sustraerse en la obligación legal que tenía, es la difícil situación económica por la que atravesaba la entidad, dada la cesación de

pagos en que incurrió Saludcoop EPS y que los afectó de manera directa por ser una IPS de dicha entidad.

Nótese que además de que dicha razón no puede ser tenida como constitutiva de buena fe, en los términos de la jurisprudencia citada, ninguna prueba siquiera sumaria se aportó al efecto, no obra documento alguno que permita siquiera inferir o deducir que para la fecha en que el contrato de la demandante finalizó la entidad estuviera atravesando por la crisis que aduce. Sobre el particular las manifestaciones realizadas por el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte (CD. 3 min. 6:00) no llevan a modificar el sentido de la decisión, pues éste solo hizo referencia a que la Corporación atravesaba por una difícil situación económica pero que no se encuentra inmersa en proceso de liquidación o reorganización alguna, dijo además que, no obstante la situación, continuaron contratando otros médicos, afirmaciones que nada nuevo aportan sobre las razones de defensa expuestas y que por el contrario indican que la demandada si contaba con recursos para el pago de acreencias laborales, en cuanto continuaron realizando nuevas contrataciones.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que el contrato de trabajo de la demandante finalizó el 21 de octubre de 2016 y solo hasta el 12 de abril de 2018 (fl. 156) la demandada realizó el pago correspondiente de la liquidación, sin que aportara prueba de razones objetivas o atendibles que justificaran su actuar, se confirmará la decisión de primera instancia que ordenó el pago de la indemnización moratoria.

Sin costas en esta instancia.

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

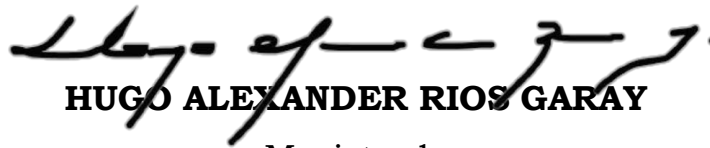


**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia,  
por las razones anteriormente expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

Magistrado

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

Magistrada

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

Magistrado



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

**S03-00142-2020**

**Radicado N° 24 2018 00276 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 19 de julio de 2019, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato y se condenó al demandado al pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**LUCENITH QUINTERO PABON**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **HUGO ALCY RUBIANO ROA**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 13 de febrero de 2010 y el 2 de mayo de 2018. En consecuencia pide que se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión, riesgos laborales, caja de compensación familiar, indemnización por despido sin justa causa,

indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías en un fondo, indexación, perjuicios morales y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar al servicio del demandado el 13 de febrero de 2010, mediante contrato verbal de trabajo, que se desempeñaba como auxiliar de peluquería de lunes a sábado de 7:30 a.m. a 9:30 p.m., que realizaba su labor en el establecimiento denominado *Magy Hair Colors*, propiedad del demandado, que inicialmente devengó la suma de \$600.000 y con los incrementos anuales la última cuantía fue de \$800.000, que más bonificaciones por ventas alcanzaba un promedio mensual de \$1.160.000, que laboró al servicio del demandado hasta el 2 de mayo de 2018, cuando éste dio por terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa, que a la terminación del contrato el empleador se negó a pagar la liquidación respectiva. Refiere que siempre trabajó horas extras, que nunca se le cancelaron prestaciones y que el demandado siempre desconoció sus derechos laborales.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**HUGO ALCY RUBIANO ROA** se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los extremos del contrato entre el 10 de febrero de 2010 y el 2 de mayo de 2018 y frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de temeridad y mala fe de la demandante, inexistencia de la obligación reclamada, cobro de lo no debido, pago de las prestaciones, prescripción y caducidad (fls. 26 a 31).

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

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 19 de julio de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo y condenó a la demandada al pago de los aportes al Sistema de

Seguridad Social en Pensiones. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** DECLARAR que entre LUCENITH QUINTERO PABON identificada con CC. 52.791.599 y HUGO ALCY RUBIANO ROA, en su condición de propietario del establecimiento de comercio denominado MAGIC HAIR COLORS, existió contrato de trabajo vigente entre el 31 de octubre de 2010 y el 2 de mayo de 2018. **SEGUNDO:** DECLARAR probada la cosa juzgada a excepción de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones. **TERCERO: CONDENAR** al demandado a pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones mediante cálculo actuarial o en la forma que determine la entidad que elija la demandante o la que se encuentre afiliada por el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 2010 al 2 de mayo de 2018, teniendo como IBC los siguientes valores: 2010: \$600.000; 2011: \$535.600; 2012: \$567.700; 2013: 656.166; 2014: \$974.333; 2015: \$989.133; 2016: \$1.107.788; 2017: 806.833; 2018: \$800.000. **CUARTO:** ABSOLVER al demandado de las demás pretensiones de la demanda. **QUINTO: CONDENAR** en costas al demandado, para lo cual se estiman las agencias en derecho en 1 SMLMV.”

La Juez centró el problema jurídico en definir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y en dado caso definir la validez del acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes. Para resolverlo indicó que en el expediente se aceptó que la demandante trabajaba en un establecimiento de comercio de propiedad del demandado, pues así lo aceptó éste, sobre los extremos del contrato dijo que solo había prueba de la prestación del servicio en el lapso aceptado por el demandado en la diligencia de interrogatorio de parte. Sobre el pago de las prestaciones sociales, dijo que operó la excepción de cosa juzgada, en cuanto a través de acuerdo conciliatorio las partes acordaron el pago de una suma de dinero por este concepto. Frente a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, dijo que no

es procedente incluir en dicho acuerdo conciliatorio los aportes a pensión, pues constituyen derechos ciertos e indiscutibles del trabajador y por ello condenó al pago de éstos.

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

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Para sustentar el recurso aduce que el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes en el Ministerio de Trabajo definió un pago integral único, por lo que no hay lugar a proferir condena adicional por aportes al sistema de seguridad social en pensión, pues los conceptos laborales que se desprenden de la relación que existió entre las partes quedaron incluidos y definidos en el acuerdo conciliatorio. Además de lo anterior aduce que si bien el demandado nunca realizó la afiliación al sistema de la demandante, ello ocurrió porque ésta manifestó estar registrada en el sisbem y que una posible afiliación la perjudicaría porque estaba en proceso para aplicar a una vivienda<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Procedo a apelar la sentencia de la siguiente manera: Si bien es cierto en acta de conciliación de fecha 7 de junio de 2018 llevada a cabo en el Ministerio del Trabajo y Dirección Territorial Inspección del Trabajo RCC 18 entre las partes, es muy clara y concisa en el acuerdo conciliatorio que pactaron las partes y donde manifiesta la parte demandante la señora LUCENITH QUINTERO PABON que de manera voluntaria, concisa ella acepta el acuerdo conciliatorio total y dice lo siguiente, leo textualmente “el conciliador exhorto a las partes y puso en conocimiento en posición como conciliador para encontrar la solución que debe partir de ellos mismos, luego de discutir diversas fórmulas de arreglo las partes llegaron libre y voluntariamente a un acuerdo conciliatorio total sobre las pretensiones, óigase bien, sobre las pretensiones, es lo que está plasmado en la demanda, dice así de la parte solicitante, teniendo en cuenta la protección especial a los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador y demás prerrogativas contempladas en la Constitución Política y en la Ley en los siguientes términos: las partes de común acuerdo pactan el pago de la siguiente manera, pago por la suma conciliatoria por valor de \$21.000.000, cancela el 7 de agosto de 2018 mediante transferencia bancaria en la cuenta de ahorros del Banco Caja Social que la solicitante informará al solicitado el número de cuenta, seguidamente argumenta la misma acta en uso de la palabra la solicitante manifestó, acepto libre y voluntariamente la suma ofrecida y la forma de pago y declaro a paz y salvo al señor Hugo Alcy Rubiano Roa por todo concepto, una vez haya sido consignado en mi cuenta de ahorros y me comprometo a retirar la demanda que cursa en el despacho del Juzgado 24 Circuito Laboral, seguidamente dice la suscrita funcionaria en atención al acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes, relacionado en la forma de pago, la conciliadora advierte que es por valor de \$21.000.000, le imparte la aprobación y advierte que éste hace tránsito a cosa juzgada, de conformidad con el artículo 28 de la ley 640, artículo 73 del CPL y los artículos 115 del CPC y presta mérito ejecutivo y de no ser susceptibles de recurso alguno en primera instancia, firman las partes y firma la inspectora del trabajo Luz Merly Páez Cifuentes, así las cosas su señoría considero que respeto el fallo pero no lo comparto en cuanto a la condena a pagar los aportes por concepto de pensiones de conformidad con lo que ha establecido el despacho, respeto la relación de las sumas de dinero pero no las comparto en razón a que si bien es cierto se ha engañado a la justicia por parte de la parte actora en el sentido

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

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes no presentaron alegatos de conclusión.

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

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente la condena al pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a favor de la demandante.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto y para lo que es objeto de controversia en esta instancia, no se controvirtieron los siguientes supuestos fácticos: **i)** que entre la demandante y HUGO ALCY RUBIANO ROA existió un contrato de trabajo entre el 31 de octubre de 2010 y el 2 de mayo de 2018 (así lo definió la juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso); **ii)** que las partes suscribieron acuerdo conciliatorio ante el Ministerio de Trabajo el día 7 de junio de 2018 (fl. 25).

---

de que nunca se manifestó que la señora estaba afiliada al sisbem, que ella se benefició del sisbem para una vivienda, se lucró de eso y le manifestó al señor Hugo Cely Rubiano Roa que no la afiliara al seguro por cuanto ella estaba afiliada al sisbem y la perjudicaría para la opción de vivienda que ella tenía con el sisbem que era mejor que la afiliara a los aportes y se llegó a un acuerdo, que era un salario integral, de igual manera en la diligencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo se manifiesta que es una suma total íntegra, que es un salario total íntegro y aceptó renunciar a las pretensiones, su señoría manifestó que el objeto de la conciliación y las partes son las mismas y tiene una identidad jurídica y probatoria, es decir, que existe causa, objeto y por lo tanto los aportes que menciona el despacho, considero con toda la venia que van en contra de derecho en cuanto el acta, reitero de conciliación ante el Ministerio del Trabajo ella manifiesta renunciar a las pretensiones, es decir que acepta una indemnización integral recibiendo la suma considerable de \$21.000.000”.

- **Aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones**

Teniendo en cuenta que la controversia planteada por la demandada en el recurso, se centra únicamente en la existencia de acuerdo conciliatorio que incluyó el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la demandante, la Sala tendrá en cuenta lo definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL 3030 del 10 de agosto de 2020, donde al decidir sobre la validez de un acuerdo conciliatorio en esta materia, dijo que previo a centrar la discusión en si los derechos conciliados tenían el carácter de ciertos e indiscutibles, es pertinente revisar el contenido del acuerdo para establecer si los aportes al sistema fueron o no objeto del mismo.

En esa misma sentencia esa Alta Corporación estableció que:

*“Por tanto, no se observa que esos aportes hayan sido parte de lo convenido, pues de los términos generales en que fue planteado el acuerdo conciliatorio, no se puede desprender que lo pactado los incluya, los acuerdos de conciliación deben ser analizados en su contexto, de manera razonable, por lo que no es dable entenderlos de manera ligera y extenderlos indiscriminadamente sobre aspectos sensibles de la relación laboral que las partes no fueron claras en incluir; de modo que, no es viable declarar la existencia de cosa juzgada al respecto y, en consecuencia, el reclamo planteado no tiene la capacidad de quebrar la decisión adoptada sobre este aspecto, pues en todo caso terminaría siendo la misma ya establecida por el Tribunal, toda vez que no se discute la vinculación que sostuvo el actor con la empresa durante ese periodo”.*

Así las cosas, revisada el acta de conciliación suscrita entre las partes el día 7 de junio de 2018, ante el Inspector del Trabajo (fl. 25), se advierte como pretensión de dicha diligencia que:

*“De acuerdo a los anteriores hechos, se llegue a un acuerdo conciliatorio con la empresa solicitada, que resulte benéfico para ambas partes y sin desconocimiento de los derechos ciertos e indiscutibles respecto a: Pago de prestaciones sociales del tiempo laborado”. Continúa el texto señalando como acuerdo de conciliación total: “El conciliador exhortó a las partes y puso en conocimiento su posición como facilitador para encontrar la solución que debe partir de ellos mismos. Luego de discutir diversas fórmulas de arreglo, las partes llegaron libre y voluntariamente a un acuerdo conciliatorio total sobre las pretensiones de la parte solicitante, teniendo en cuenta la protección especial a los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador y demás prerrogativas contempladas en la Constitución Política y la ley, en los siguientes términos: “Las partes de común acuerdo pactan el pago de la siguiente manera: Pago de suma conciliatoria por valor de \$21.000.000 se cancelara el 7 de agosto de 2018 mediante transferencia bancaria a la cuenta de ahorros del Banco Caja Social de la solicitante que informara al solicitado el número de cuenta a consignar”*

Del texto del acuerdo conciliatorio citado, se observa claramente que el objeto del mismo fue el pago de prestaciones sociales por el tiempo laborado, sin que se hubiera hecho mención o definido de manera específica nada sobre los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la demandante, pues en ningún aparte del acta de conciliación se menciona si quiera este concepto, por lo que no puede entenderse, como lo pretende el apoderado de la parte demandada, que se incluya dentro de dicho acuerdo el valor de los aportes.

Luego más allá de la discusión que podría suscitarse sobre si estos aportes constituyen derechos ciertos e indiscutibles, lo cierto es que no fueron incluidos en la conciliación, que de manera general hace referencia a prestaciones sociales, sin mencionar o incluir ningún otro aspecto de la relación, por lo que era procedente la



condena dictada en primera instancia y razón por la cual se confirmará la decisión.

Finalmente, frente al argumento de apelación que expresa que la demandante no fue afiliada al Sistema de Pensiones porque manifestó ser parte del Sisbem y perjudicarse con una posible afiliación al régimen contributivo, la Sala debe precisar que la afiliación de un trabajador al Sistema de Seguridad Social, no sólo constituye una obligación para el empleador, que debe ser cumplida sin tener en cuenta consideraciones o razones adicionales, sino que se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política como un derecho irrenunciable, por lo que no sirve de excusa una manifestación en este sentido para justificar la omisión en que incurre al no realizar la afiliación y pago de aportes correspondientes al Sistema.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

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

### **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

Magistrado



**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado



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

**S03-0130-2020**

**Radicado N° 24-2015-00281-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación del demandante **JAVIER MAURICIO RUBIO** y de las demandadas **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** y **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN**, en contra de la sentencia proferida el 09 de abril de 2019, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre el demandante y **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN** existió un contrato de trabajo del 05 de marzo de 2013 al 26 de abril de 2013, declaró la responsabilidad solidaria de **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** y **VALORES INTANGIBLES S.A.S.**, condenó al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria, absolvió de las demás pretensiones a las demás demandadas y a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA** como llamada en garantía, condenó en costas a la sociedades a las que impartió condena y al demandante frente a **GAS NATURAL S.A. E.S.P.** (fl. 370, 47:48 cd fl. 368).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 2 a 8).**

**JAVIER MAURICIO RUBIO** solicitó declarar que existió un contrato de trabajo con **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN** del 05 de marzo de 2013 al 26 de abril de 2013, en consecuencia, condenar al empleador y de forma solidaria a **GAS NATURAL S.A.S E.S.P., ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** y **VALORES INTANGIBLES S.A.S.** y a la llamada en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido y moratoria, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que **GAS NATURAL S.A.S E.S.P.** contrató a **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** para desarrollar el *proyecto mano de obra tendido eléctrico (fibra óptica por torres de alta tensión poste a poste) proyecto telefónica (cobra)*, quien a su vez subcontrató a **VALORES INTANGIBLES S.A.S.**, quien a su vez subcontrató a **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN**, última que vinculó a LEONARDO VÁSQUEZ GUZMÁN y JUAN MARTÍN DIAZ SANTANA como contratistas independientes. Afirmó que suscribió un contrato verbal de trabajo con **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN** para el cargo de auxiliar de redes en el precitado proyecto, con una jornada de trabajo de lunes a viernes de 7am a 5pm y sábados de 7am a 12pm y un salario de \$700.000, labor que ejecutó de modo personal y subordinado, relación que terminó por despido indirecto por el no pago de las acreencias laborales, que se adeudan a la fecha. Señaló que **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN** constituyó una póliza de cobertura de salarios y prestaciones sociales a favor de **VALORES INTANGIBLES S.A.S.** con la aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**GAS NATURAL S.A. E.S.P.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Manifestó que no sostuvo ningún vínculo con el demandante, además, que no celebró ninguna relación contractual

con **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.**, por lo cual no le asiste ninguna responsabilidad frente a lo pretendido. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción (fl. 86 a 95).

**ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que fue contratada por **GAS NATURAL S.A. E.S.P.** para ejecutar las obras de construcción de redes de fibra óptica a nivel nacional, así mismo, que no conoce ni tuvo ninguna relación o contrato con **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN** o con el demandante, por cuanto solo contrato a **VALORES INTANGIBLES S.A.S.**, de otra parte, manifestó que el demandante no aportó ninguna prueba de sus afirmaciones. Interpuso las excepciones de falta de legitimación por pasiva e inexistencia de la solidaridad, inexistencia del vínculo laboral pretendido, cobro de lo no debido y buena fe (fl. 96 a 102).

**ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** llamó en garantía a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA.** (fl. 167 a 168). Dicha aseguradora se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento. No aceptó ningún hecho de la demanda y frente al llamamiento aceptó la existencia de la póliza 825-45-99400002210 siendo su tomador **VALORES INTANGIBLES S.A.S.** y su beneficiario **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** Afirmó que el demandante no aportó ninguna prueba que acredite que desarrolló la presunta labor que alegó, así mismo, no existe prueba alguna del cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 34 y 36 CST para generar una responsabilidad solidaria por ausencia de los contratos alegados; por otra parte, señaló que la póliza 825-45-99400002210 cubre las reclamaciones contra el beneficiario derivadas del no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal usado por el tomador, sin que exista prueba de que el demandante laboró para **VALORES INTANGIBLES S.A.S.** Interpuso contra el llamamiento las excepciones de inexistencia

de obligación alguna y la genérica, no interpuso excepciones contra la demanda (fl. 208 a 214).

**VALORES INTANGIBLES S.A.S.** se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos a su contratación por **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** para desarrollar el *proyecto mano de obra tendido eléctrico (fibra óptica por torres de alta tensión poste a poste) proyecto telefónica (cobra)*, por lo cual constituyó una póliza con SEGUROS DEL ESTADO S.A. a favor de dicha compañía, así mismo, que contrató a **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN**. Indicó que contrató a **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN** para desarrollar las actividades que a bien tuviera encargarlo y no las señaladas en la demanda, además afirmó que no tuvo ningún vínculo con el demandante y que éste no acreditó ni siquiera haber prestado servicios a **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN**. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas, temeridad y mala fe del demandante y buena fe de la demandada (fl. 224 a 230).

Mediante auto del 26 de abril de 2016 (fl. 188 a 189), modificado por auto del 25 de mayo de 2016 (fl. 205 a 206), se ordenó el emplazamiento de **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN**. A través de curador ad litem, la sociedad, la sociedad se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que el demandante no acreditó los hechos en los que basó sus pretensiones, ya que no demostró una relación de trabajo. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (fl. 291 a 300).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 370, 47:48 cd fl. 368).**

El 09 de abril de 2019, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) **PRIMERO:** Declarar que entre **JAVIER MAURICIO RUBIO** y **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S.** existió un contrato de trabajo para la calenda del 5 de marzo y el 26 de abril de 2013.

**SEGUNDO:** Declarar que **VALORES INTANGIBLES S.A.S., ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** son solidariamente responsables de las condenas que se impongan respecto de la relación laboral del demandante con **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S.**

**TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA** frente a **GAS NATURAL S.A. E.S.P.**

**CUARTO: CONDENAR** a **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S.** y solidariamente a **VALORES INTANGIBLES S.A.S., ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero:

- a) **-\$1.190.000** por concepto de salarios
- b) **\$101.111,11** por concepto de **CESANTÍAS** de conformidad con el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo.
- c) **\$3.505,19** por concepto de **INTERESES A LAS CESANTÍAS** atendiendo lo dispuesto en la Ley 52 de 1974.
- d) **\$101.111,11** por concepto de **PRIMA DE SERVICIOS.**
- e) **\$50.555,56** por concepto de compensación a **VACACIONES.**
- f) La suma diaria de \$23.333, de 27 de abril de 2013 y el 26 de abril de 2015, y a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre los salarios y prestaciones sociales a que fue condenada la demandada como indemnización moratoria.

**QUINTO: ABSOLVER** a las demandadas **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S., VALORES INTANGIBLES S.A.S., ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** de las demás pretensiones incoadas en el escrito de demanda.

**SEXTO: ABSOLVER** a **GAS NATURAL S.A. E.S.P.,** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

**SÉPTIMO: ABSOLVER** a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA.** de las pretensiones del llamamiento en garantía realizado por **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.**

**OCTAVO: CONDENAR** en costas las demandadas **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S., VALORES INTANGIBLES S.A.S., ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.,** en la suma de un salario mínimo legal vigente a cargo de cada una de ellas y en favor del demandante.

**NOVENO:** *Condense en costas al demandante **JAVIER MAURICIO RUBIO**, conforme el artículo 365 del Código General del Proceso y a favor de **GAS NATURAL S.A. E.S.P.** en la suma de un salario mínimo legal vigente. (...)*”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si entre el demandante y **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S.** existió un contrato verbal de trabajo por los extremos temporales reclamados, en caso afirmativo determinar si le asiste o no el derecho al pago de las acreencias laborales reclamadas y establecer si se configuró o no la responsabilidad solidaria de las demás demandadas.

Para resolver indicó que el artículo 22 CST define el contrato de trabajo, el artículo 23 CST establece sus elementos esenciales y el artículo 24CST consagra la presunción que toda actividad personal de servicios se rige con un contrato de trabajo, por lo cual al promotor le basta con acreditar el servicio personal para que se presuma el contrato y es el demandado quien tiene que desvirtuarlo. Indicó que en la respuesta de **VALORES INTANGIBLES S.A.S.** a la Personería de Guayabal – Tolima, se indicó que el personal había sido contratado por **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S.**, su contratista; también se observan 2 planillas de aportes de **ENERGY** que relacionan al demandante, quien también aparece en la lista de trabajadores a folio 12, documento que no fue tachado, así mismo, los testigos JHON JAIRO VARGAS CIFUENTES y VÍCTOR ALFONSO GARCÍA BONILLA fueron coincidentes en indicar que trabajaron con el demandante porque fueron contratados por **ENERGY** para el tendido de fibra óptica en Neira – Tolima, que no les pagaron salario y pidieron ayuda a la Personería para poder retornar a sus hogares, que LEONARDO VÁSQUEZ GUZMÁN y JUAN MARTÍN DIAZ SANTANA actuaron como intermediarios para su contratación y que eran cuadrilleros, mientras que el representante legal de **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** indicó que contrató a **VALORES INTANGIBLES S.A.S.** para realizar obras a nivel nacional. Concluyó que el demandante sí acreditó su servicio personal a **ENERGY**, aplicó la presunción de existencia del contrato, la cual no fue desvirtuada



porque la empresa no acreditó que el servicio fuera para un tercero, que fuera autónomo o que los cuadrilleros no actuaron a su nombre. Declaró la responsabilidad solidaria de las demás empresas, salvo **GAS NATURAL S.A. E.S.P.**, porque la demandante reconoció expresamente que lo vinculó por error porque lo confundió con GAS NATURAL FENOSA TELECOMUNICACIONES, frente lo demás, indicó que según los contratos aportados, la actividad del demandante, en nombre de los contratistas, hizo parte del giro ordinario de los negocios de los contratantes, por cuanto. **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** tiene por objeto social la realización de obras e instalaciones, montajes y obras civil, quien contrató a **VALORES INTANGIBLES** para ejecutar las acciones del contrato que tenía con GAS NATURAL FENOSA, que es la construcción de redes, siendo que el objeto de **VALORES INTANGIBLES S.A.** es la prestación de servicios de ingeniería en telecomunicaciones, diseño, construcción y montaje de proyectos para ello, quien contrato a **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S.**, para realizar las obras de los contratos de ingeniería que estaba desarrollando a nivel nacional, a lo que se suma la confesión ficta de **VALORES INTANGIBLES S.A.** por inasistencia de su representante legal a interrogatorio, la cual recayó sobre el hecho de que la labor del demandante era íntimamente relacionada con su objeto social. Absolvió a la llamada en garantía **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA.** por cuanto indicó que la póliza solo cubre las reclamaciones por trabajadores directos de **VALORES INTANGIBLES S.A.** Condenó al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, así como a la indemnización moratoria del artículo 65 CST por cuanto indicó que hubo mala fe del empleador, quien omitió el pago de toda acreencia al punto de que **VALORES INTANGIBLES S.A.** señaló como precaria la condiciones de los mismos y colaboró en su retornó a sus lugares de origen. Absolvió de la indemnización por despido porque el demandante no acreditó que comunicó a su empleador las causas para dar por terminado el contrato.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN.**

El demandante **JAVIER MAURICIO RUBIO** presento recurso parcial de apelación. Solicitó condenar a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA.**, por cuanto afirmó que el artículo 34 CST impone la obligación especial de garantía de los derechos laborales del trabajador, por lo cual debe interpretarse la póliza para cubrir la responsabilidad de quienes la tomaron de cumplir con las condenas. De otra parte, solicitó condenar al pago de la indemnización por despido, por cuanto la comunicación de **VALORES INTANGIBLES S.A.** a la Personería Municipal indica que era imposible el contacto con el empleador, siendo que la queja de los trabajadores lo fue por el evidente incumplimiento en el pago de sus acreencias y por ello decidieron no seguir con la ejecución del contrato, sin que a la fecha les hubieran cancelado<sup>1</sup> (50:52 cd fl. 368).

La demandada **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** presentó recurso de apelación indicando que la cadena de solidaridad fue indebidamente interpretada, al igual que las condiciones contractuales del demandante, desde su inicio, no fueron demostradas<sup>2</sup> (55:23 cd fl. 368).

---

<sup>1</sup> Presento recurso de apelación parcial, teniendo en cuenta dos puntos específicos. El primero de ellos es que se condené a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA al reconocimiento de las acreencias laborales que se condenaron en esta sentencia, por haber suscrito una póliza para garantizar, en especial, las labores que pudieran servir de prestaciones sociales entre VALORES INTANGIBLES y COBRA, situación esta que si bien su señoría indicó que solo procede cuando ellos garanticen el empleador principal, por decirlo de cierta forma, la solidaridad también establece un derecho social del trabajo y principalmente la contenida en el artículo 34 y 35, siendo de carácter especial, ya que busca garantizar que el trabajador reclame sus prestaciones sociales e indemnizaciones, las cuales el empleador no fue capaz de pagar inicialmente, situación esta en que el otro condenado entra a garantizar dichos pagos, teniendo en cuenta que al día de hoy brilla por su ausencia en este proceso la condenada principal que es ENERGY y desde cierto momento VALORES INTANGIBLES ha dejado también de asistir, por lo que de cierta forma dejaría por parte del demandante como poder solicitar el pago de estos salarios y prestaciones, más cuando obró una póliza por la cual la aseguradora ponía de presente que garantizaba el pago de las prestaciones sociales que se llegaren a generar por incumplimiento entre VALORES y ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA. La otra apelación la hago, de manera parcial, es el pago por el despido injustificado, esto teniendo en cuenta como fundamento que si bien no obra un documento como tal que el demandante haya presentado, con el mismo documento que aportó el representante legal de VALORES INTANGIBLES a la Personería Municipal de Guayabal, se indicó en el parágrafo tercero de dicha solicitud que le había sido imposible comunicarse o tener algún tipo de contacto, tanto al hoy demandante MAURICIO como a la otra entidad condenada solidariamente VALORES INTANGIBLES, situación esta que no había ninguna persona que les hiciera recepción de los documentos y que tampoco pagaron sus prestaciones ni demás, se hizo esta queja a la entidad poniendo de presente obviamente el incumplimiento, motivo por el cual ellos determinan no seguir con la ejecución para la cual fueron contratados, situación esta que también quedaría demostrada de manera contundente, pues la apreciación en cuanto al despido injustificado, mas aun cuando se evidencia esta situación de que hasta la fecha de hoy ninguna de las entidades dio cumplimiento a las prestaciones, incluso el apoderado de COBRA manifestó que ellos nunca realizaron actividades en la región de Neira Caldas pero en su contrato manifiesta que si lo hace a nivel nacional, situación está que no excluye específicamente al municipio de Neira Caldas donde se llevó la ejecución de estos contratos. Así dejo sustentado mi recurso. Muchas gracias.

<sup>2</sup> Señoría, respetuosamente manifestamos que interponemos recurso de apelación, porque consideramos que la cadena de solidaridad lamentablemente ha sido malinterpretada y que las

La demandada **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S.** solicitó revocar la sentencia. Indicó que no existe soporte probatorio para declarar la existencia de un contrato de trabajo con **ENERGY**, porque la respuesta a la Personería Municipal la brindó **VALORES INTANGIBLES S.A.**, sin que exista prueba de que fue requerida **ENERGY**, así mismo, la planilla de autoliquidación de aportes indica que es un documento privado de la EPS, a su vez, el demandante y sus dos testigos manifestaron que no firmaron formulario de afiliación a EPS, sin que se explique como llegó dicho documento privado y sin que fuera corroborado con COMPENSAR, por último, la supuesta lista de trabajadora se tituló como PROYECTO VALORES INTANGIBLES, sin que se mencionara a **ENERGY**, por tanto, es dicha sociedad y no su representada la que se relacionó. De otra parte, señaló que los testigos demandaron a las mismas accionadas en otros procesos, por lo cual no se explica porque se le dio plena credibilidad cuando hay intereses de sacar sus procesos adelante mutuamente, además, no se aportó la presunta carta dirigida a la Personería, a quien podían radicar su decisión de dar por finalizado el contrato de trabajo<sup>3</sup> (56:02 cd fl. 368).

---

condiciones contractuales del señor JAVIER MAURICIO RUBIO, desde un inicio, incluso con ENERGY CONSULTING hasta llegar a ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA, no fueron totalmente demostrada, por eso muy respetuosamente solicitamos se conceda el recurso de apelación.

<sup>3</sup> Interpongo recurso de apelación. De manera respetuosa manifiesto mi inconformidad y fundamento facticos en los cuales me baso. En primera instancia, la Juez hizo alusión para fundamentar la presunción de la existencia del contrato de trabajo con los documentos aportados a folio 9, 10 y 11 y al respecto me permito manifestarle que el documento de folio 9 es una fotocopia y corresponde a una respuesta entregada por la firma VALORES INTANGIBLES, en ningún caso se trata de la empresa que yo representó ENERGY CONSULTING, en realidad al expediente nunca se aportó el documento al que hace referencia la carta de respuesta a la señora Natalia zarate, Personera Municipal y en ninguna parte obra dentro del expediente que hubiera sido remitida o solicitada a la empresa ENERGY CONSULTING como empleadora del demandante, entonces, mal puede este Juzgado adoptar la decisión de constituir un contrato de trabajo verbal con el mencionado señor, no entiendo de donde deriva la responsabilidad o constitución de los elementos constitutivos del contrato con ENERGY cuando no existe soporte probatorio que así lo amerite en primera instancia. En segunda instancia, yo me opuse en el escrito de excepciones, a la planilla integrada de autoliquidación de aportes que se allegó en fotocopia, debido a que el documento mismo reza en la parte de abajo que esta clasificado como privado por parte de COMPENSAR, si revisamos las declaraciones presentadas por los testigos e inclusive JAVIER MAURICIO RUBIO como demandante, ninguno de los 3 aceptó haber suscrito o firmado una afiliación a la EPS COMPENSAR, de hecho, ni siquiera recuerdan haber tenido vinculación con esta EPS, por tanto, no se puede endilgar responsabilidad a mi defendida del pago de la seguridad social y menos se tenga como fundamento probatorio para endilgarle la responsabilidad a titulo de empleador de estar personas y sobre el listado, Señoría, esto respecto del folio 10 y 11, ambos tienen el mismo registro de debajo de que el documento esta clasificado como privado, valdría la pena conocer como llegaron esos documentos esta instancia procesal si la empresa que si tiene toda la credibilidad, que es COMPENSAR, el Juzgado no le solicitó la información aquí aportada mientras que se manifiesta expresamente que se trata de un documento privado de la EPS, cual sería el soporte que tuvo COMPENSAR para informar esto en forma privada y no pública y menos para un proceso judicial. En tercer instancia, la lista de trabajadores afectados por el Proyecto Valores Intangibles para nómina, dice justamente quien tenía registrado el concepto de nómina, al parecer esta información del listado de trabajadores afectados le corresponde cubrirlos a la empresa VALORE SINTANGIBLES, porque ahí no dice ENERGY CONSULTING ENGINEERING, no entiendo

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto se acreditaron los elementos de un contrato de trabajo con **ENERGY** y la responsabilidad solidaria de las demás sociedades conforme el artículo 34 CST. El apoderado de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto la póliza 825-45-994000002210 emitida a favor de **VALORES INTANGIBLES S.A.** amparó los perjuicios por el incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones a trabajadores vinculados por la precitada sociedad, siendo que la relación laboral sustancia se declaró con otro empleador. La apoderada de **GAS NATURAL S.A. E.S.P.** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto indicó que no existió

---

porque el Juzgado lo toma como soporte para reconocimiento de la calidad de empleador y de la existencia del contrato de trabajo de JAVIER MAURICIO RUBIO cuando claramente dice VALORES INTANGIBLES, la información que se ha derivado del proceso por parte de las persona que declararon, Señoría, de forma reiterada manifiestan que el manejo operativo y la persona de la cual fueron subordinadas, tanto las dos personas que a propósito también tienen intereses personales, no entiendo como se le da 100% de validez a las declaraciones presentadas por los testigos cuando ellos también tienen demandas en contra de las mismas personas en otros procesos, pero son las mismas personas que al parecer aparecen aquí vinculadas, por eso si uno tiene un interés particular que la valoración, señoría, del testimonio que hace, cual sería la regla de objetividad que debería tener en cuenta el Juzgado o el ad quem para determinar que lo que están manifestando es real, existe un principio de realidad o adecuación de la necesidad de constituirse la misma prueba cada uno en su proceso para sacarlo adelante, yo me voy por esta segunda opción su Señoría, porque me parece que no hubo objetividad y en varias de las declaraciones que presentaron las respuestas se contradecían entre sí, a mi no me quedó claro que realmente se tratara de un proceso y menos aun que la parte demandante y el que tuviera calidad de empleador fuera ENERGY CONSULTING ENGINEERING y menos con la prueba que esta soportando la señora Juez para emitir sentencia declarando el contrato de trabajo. Estos son los argumentos que yo tengo para sustentar el recurso de apelación y es desde luego que no estoy de acuerdo con la manifestación que hace el Juzgado en el sentido de que es ENERGY el empleador del demandante y tampoco se dan los elementos constitutivos del contrato de trabajo en mi sentir, de manera respetuosa me aparto de la decisión adoptada por el Juzgado por las razones que aquí han quedado argumentadas. Finalmente, su Señoría, respecto de los planteamientos del recurso de apelación presentados por la demandante, me opongo porque si bien manifestó que los trabajadores no tenían capacidad para dar su manifestación escrita al empleador de la razón por la que están finalizando el vínculo, hubieran podido hacerlo a través de la Procuraduría y en la carta que brilla por su ausencia en el proceso no hay ningún tipo de manifestación de terminación del contrato del trabajo por parte de los presuntos trabajadores, porque finalmente no la aportaron, es una prueba super importante que no se traslada en la carga de la prueba, porque así como existe en materia laboral del traslado de la carga de la prueba al empleador cuando se declara que el empleador fue ENERGY, es obligación de las partes soportar lo que presuntamente quieren hacer justificar dentro del proceso y el demandante tenía toda la capacidad y la información para aportar la carta que presentó a la Procuraduría y brilla por su ausencia dentro del expediente y, en segunda instancia, pudo haberlo manifestado en forma escrita ante la Procuraduría en el evento que se hubiera perdido como lo manifiesta el empleador o los empleadores, Señoría, de plano manifiesto que me opongo al recurso de apelación respecto del pago de la indemnización del artículo 64 al señor JAVIER MAURICIO RUBIO. En estos términos dejo sustentado el recurso de apelación, manifestando señoría que no fue posible que el demandante cancelara los gastos de curaduría a esta curadora ad litem y que me parece que si el señor esta pidiendo que la administración de la justicia le llegue a él, lo mínimo que tenía que hacer era cumplir con la solicitud que le fue hecha desde 22 de abril a través de su apoderada judicial, como obra en el recibo y radicación de la cuenta de cobro que hiciera en la audiencia que se realizó acá. No es más Señoría.

ningún contrato con las demás partes en litigio, por lo cual no hizo parte de la cadena de subcontratación objeto de estudio. Agotado el término, las demás demandadas se abstuvieron de presentar alegatos.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si existió o no un contrato de trabajo entre el demandante y **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S.**, con ocasión de la presunta labor auxiliar de redes, en caso afirmativo, determinar la procedencia de condenar o no al pago de las acreencias e indemnizaciones laborales reclamadas, así como establecer si se configuran o no los presupuestos de la responsabilidad solidaria de las demás sociedades demandadas, en virtud del artículo 34 CST, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandada **VALORES INTANGIBLES S.A.S.** celebró contrato comercial con **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN**, a fin de que esta última realizará los trabajos y actividades para la construcción de redes de fibra óptica monomodo (fl. 231 a 247)

- **Sobre la figura del contrato de trabajo y acerca del principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas y el contrato realidad.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 CST, señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona

bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST, establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Conforme las precitadas normas, en un contrato de trabajo una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua subordinación, quien a cambio le paga un salario, extremo contractual que corresponde al empleador. Por lo anterior, será empleador quien ejerza la facultad de subordinación sobre el trabajador, al poderle exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber: remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró que entre el demandante y **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN** existió un contrato de trabajo del 05 de marzo de 2013 al 26 de abril de 2013, declaró la responsabilidad solidaria de **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A. y VALORES INTANGIBLES S.A.S.**, condenó al pago de salarios,

prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria, absolvió de las demás pretensiones a las demás demandadas y a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA.** como llamada en garantía, condenó en costas a la sociedades a las que impartió condena y al demandante frente a **GAS NATURAL S.A. E.S.P.**

La apoderada del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó adicionar la sentencia. Solicitó condenar a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA.**, por cuanto la póliza se debe interpretar para hacer efectiva la garantía de pago del artículo 34 CST. De otra parte, solicitó condenar a la indemnización por despido, considerando que no era posible ponerse en contacto con el empleador y que la queja ante la Personería hace notorio que fue el incumplimiento en el pago la razón por la cual no siguieron ejecutando el contrato.

El apoderado de **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.** presentó recurso de apelación indicando que la cadena de solidaridad fue indebidamente interpretada y que las condiciones laborales del demandante, desde su inicio, no fueron demostradas.

La curadora ad litem de **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S.** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que no existe soporte probatorio para declarar la existencia del contrato de trabajo, por cuanto la respuesta a la Personería municipal la efectuó **VALORES INTANGIBLES S.A.** y no **ENERGY**, de quien no hay prueba que fuera requerida, la planilla PILA indica que es un documento privado, no fue corroborado con la EPS y el demandante y sus testigos afirmaron que no firmaron formulario de afiliación, la lista de trabajadores solo relacionó a **VALORES INTANGIBLES S.A.** y la credibilidad de los testigos no es completa porque tienen interés al adelantar procesos contra las mismas sociedades, además no se aportó la carta dirigida a la Personería.

Pasa el Despacho a resolver los recursos de apelación, siendo relevante señalar que el recurso de apelación, conforme el artículo 57 de la Ley 2 de 1984 y el artículo 66A CPTSS y la posición de la H. CSJ, en la sentencia SL Rad. 26.936 del 29 de junio de 2006, debe estar sustentado para fijar los puntos de distancia del recurrente a la decisión adoptada por el Juez y los fundamentos de su inconformidad, porque la sustentación no es una mera formalidad sino una exigencia de racionalidad de la demanda de justicia, posición recientemente reafirmada en las sentencias SL3486 de 2020 y SL3786 de 2020, en las cuales se indicó que el apelante debe sustentar de forma puntual, clara y suficiente, los motivos de inconformidad y los fundamentos de hecho y derecho de la misma.

En el presente asunto, el apoderado de **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.**, no sustentó su recurso de apelación, porque se limitó a formular sus cargos sin señalar los fundamentos jurídicos o fácticos que lo separan de la sentencia de primera instancia, por tanto, se revocará el auto del 21 de julio de 2020 que admitió el recurso presentado por dicha parte, para en su lugar declarar la **inadmisibilidad** del mismo.

Para resolver los otros dos recursos, conforme los antecedentes normativos expuestos, el artículo 22 CST indica que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua dependencia o subordinación, a cambio de un salario; por su parte, el artículo 23 CST consagró los elementos esenciales de este contrato, a saber, la actividad personal, la continua subordinación y un salario.

Así mismo, el artículo 24 CST estableció la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo, por tanto, al promotor del proceso le basta con demostrar la prestación del servicio personal para beneficiarse de la presunción, debiendo la contraparte desvirtuar la misma demostrando que no se cumplen los elementos del contrato de trabajo. Lo anterior materializa el principio de realidad sobre las formas en el ámbito laboral y de la seguridad social, consagrado en el artículo 53 constitucional.



En el presente caso, la parte demandante aportó como pruebas documentales la copia de la respuesta dada por de **VALORES INTANGIBLES S.A.** a la Personera Municipal de Armero Guayabal, copia de la PILA para los ciclos 2013-3 en salud y 2013-2 para pensión, riesgos laborales y aportes parafiscales y copia de una lista de trabajadores (fl. 9 a 12).

Las anteriores pruebas documentales, por sí solas, no permiten acreditar en modo alguno que el demandante hubiera prestado sus servicios personales a favor de **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S.**, por cuanto en la respuesta dada por la sociedad **VALORES INTANGIBLES S.A.S.** indicó una presunta vulneración de derechos laborales de 20 personas por parte de **ENERGY**, sin precisar en modo alguno la identidad de los supuestos trabajadores; de otra parte, conforme los hechos de la demanda, el demandante afirmó que prestó su labor desde el 05 de marzo de 2013, no obstante, la PILA allegada lo fue por el periodo anterior 2013-02, considerando que el pago del aporte a salud lo era por adelantado conforme el artículo 1° del Decreto 2236 de 1999, vigente para ese entonces, a la vez que no tiene sello de pago, por lo que no se puede tener como prueba contundente de la presunta relación; finalmente, respecto de la lista de trabajadores del denominado *Proyecto de Valores Intangibles*, no existe certeza alguna de su autor, lo que impide considerarlos como documento autentico conforme el artículo 244 CGP, lo cual les resta eficacia probatoria, tal y como indicó la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en las sentencias SL719 de 2019, SL042 de 2020, SL363 de 2020, entre otras, sin que en todo caso tal listado acredite, por sí solo, la prestación del servicio personal del actor.

Así las cosas, conforme el análisis de los elementos de prueba documentales aportados en la demanda, no existen otras pruebas en el expediente que acrediten la prestación del servicio, motivo por el cual pasa la Sala al análisis de las pruebas testimoniales y los interrogatorios.

Llama la atención de esta Corporación que el demandante, así como los testigos JHON JAIRO VARGAS CIFUENTES y VÍCTOR ALFONSO GARCÍA BONILLA, coinciden en afirmar que fueron vinculados, de forma verbal, por los señores LEONARDO VÁSQUEZ GUZMÁN y JUAN MARTÍN DIAZ SANTANA en representación de **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN**, laborando entre el 05 de marzo de 2013 al 26 de abril de 2013, sin que se les hiciera el pago de sus salarios y prestaciones, alimentos y habitación, al punto que debieron recurrir a la Personería Municipal de Neira – Caldas solicitando ayuda para retornar a sus municipios de origen.

Ahora bien, tales manifestaciones deben ser contrastadas y valoradas con los demás elementos de prueba practicados, en virtud del principio de unidad de la prueba, sin que en el presente asunto exista prueba de que en efecto las tres personas antes relacionadas hubieran prestado servicios en Neira, por cuanto se reitera no se allegó prueba alguna que relacione que dichas personas en el grupo de 20 personas al cual hizo referencia la demandada **VALORES INTANGIBLES S.A.S.**

De otra parte, conforme los contratos comerciales aportados, si bien se acredita la existencia de vínculos contractuales entre las sociedades demandadas, salvo con **GAS NATURAL S.A. E.S.P.**, los mismos no determinan, en modo alguno, el desarrollo de las actividades en el municipio indicado por los testigos.

Así mismo, los señores LEONARDO VÁSQUEZ GUZMÁN y JUAN MARTÍN DIAZ SANTANA indicaron que sirven de testigos en los demás procesos laborales instaurados en contra de las mismas sociedades demandadas, a la vez que reconocieron que ellos mismos son demandantes, circunstancia que al ser contrastada con la ausencia de suficiencia probatoria de los elementos de prueba documentales aportados impide la certeza en cuanto a que el demandante, en efecto, prestó sus servicio personal a favor de **ENERGY CONSULTING**

**ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN** por los extremos temporales indicados en la demanda, ni tampoco a favor de las demás sociedades demandadas.

En consecuencia, al no cumplirse los presupuestos para activar la presunción del artículo 24 CST y por la falta de prueba de la existencia de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo del artículo 23 CST, la Sala revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar absolver a las demandas de todas las pretensiones, por cuanto todas ellas tienen como presupuesto que se declare la existencia del contrato de trabajo.

Costas de primera instancia a cargo del demandante. Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** el auto proferido el 21 de julio de 2020, para en su lugar **DECLARAR** la inadmisibilidad del recurso de apelación presentado por el apoderado de **ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A.**, por falta de sustentación del mismo, conforme la parte motiva de esta providencia.

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

**TERCERO: ABSOLVER** a las demandadas **ENERGY CONSULTING ENGINEERING S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN, GAS NATURAL S.A.S E.S.P., ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN Y SERVICIOS COBRA S.A. y VALORES INTANGIBLES S.A.S.** de todas las pretensiones elevadas en su contra.

**CUARTO:** Costas de primera instancia a cargo del demandante  
**JAVIER MAURICIO RUBIO.** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**S03-0129-2020**

**Radicado N° 30-2018-00641-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandante **ALICIA ARCINIEGAS ORTIZ**, en contra de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a **ECOPETROL** de las pretensiones y condenó en costas a la demandante (fl. 183 a 184, 02:08:15 cd fl. 181).

### **I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 87 a 109).**

**ALICIA ARCINIEGAS ORTIZ** solicitó declarar que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo REINALDO GÓMEZ ARCINIEGAS (q.e.p.d.), en consecuencia, condenar a **ECOPETROL** a su pago desde el 15 de diciembre de 2015, indexación de la primera mesada, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que su hijo REINALDO GÓMEZ ARCINIEGAS (q.e.p.d.) nació el 29 de junio de 1951 y falleció el 19 de mayo de 1990, siendo trabajador de **ECOPETROL S.A.** Afirmó que es beneficiaria de salud de la demandada en virtud del causante, quien

estaba divorciado y procreó a REINALDO GÓMEZ SALAZAR, cuya crianza asumió la demandante, dependiendo económicamente tanto ella como su nieto del causante, sin embargo, con el fallecimiento del causante la madre llevó a su nieto y no supo de él hasta cuando se le informó que falleció el 19 de agosto de 2018, a quien **ECOPETROL S.A.** le retiró la pensión, por tanto, la demandante solicitó el 16 de junio de 2017 su reconocimiento como beneficiaria de la pensión, solicitud que fue rechazada, siendo objetada por la demandante, más sin embargo se confirmó la decisión, por lo cual interpuso acción de tutela el 14 de septiembre de 2017, la cual fue declarada improcedente en primera instancia, providencia que se confirmó en segunda instancia.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 43 a 51)**

**ECOPETROL S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al fallecimiento del causante siendo su trabajador, que no notificó la finalización del pago de la pensión de sobrevivientes al nieto de la demandante, que negó la solicitud de reconocimiento pensional y que se interpuso una acción de tutela. Indicó que en virtud del Decreto 1160 de 1989, reconoció la pensión de sobrevivientes a los tres hijos del causante (REINALDO GÓMEZ SALAZAR, JUAN GABRIEL GÓMEZ RODRÍGUEZ y SINDY VANESSA GÓMEZ SÁNCHEZ), prestación que se extinguió conforme cada uno de ellos cesó las condiciones para ser beneficiario, sin que sea viable el reconocimiento a la demandante por cuanto en su momento fue desplazada por otros beneficiarios con mejor derecho. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 183 a 184, 02:08:15 cd fl. 181).**

El 27 de septiembre de 2019, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS ECOPETROL S.A. de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas anteriormente.*

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandante, por secretaría liquidense como agencias en derecho la suma de \$100.000 a favor de la demandada ECOPETROL S.A.

**TERCERO: CONCÉDASE** el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante. (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si la demandante, en calidad de madre del causante, le asiste o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en caso afirmativo, determinar la procedencia de condenar al pago del retroactivo e indexación o si por el contrario se debe declarar alguna de las excepciones propuestas.

Para resolver indicó que el causante falleció siendo trabajador de **ECOPETROL**, siendo que por la fecha del fallecimiento la pensión de sobrevivientes se reguló por artículo 3 de la Ley 71 de 1988, que extendió la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985, prestación a cargo de **ECOPETROL** conforme el artículo 279 de la ley 100 de 1993. Conforme la Ley 71 de 1988 y su Decreto 1160 de 1989, solo a falta de cónyuge, compañero e hijo los padres son beneficiarios de la sustitución pensional. Así las cosas, si bien la Corte Constitucional indica que la dependencia económica de los padres no debe ser total, también es cierto que hay un orden preferencial de asignación del derecho pensional, criterios reiterados en la Ley 100 de 1993, por tanto, la asignación de la pensión, conforme el artículo 8 del Decreto 1160 de 1989, solo procede a los padres a falta de cónyuge, compañero e hijos. Indicó que **ECOPETROL** acreditó que reconoció la pensión de sobreviviente a los 3 hijos del causante, sin que la inscripción de un beneficiario en el servicio de salud de la empresa determine su derecho a la pensión de sobrevivientes según el artículo 99 convencional, razones que esgrimió la entidad cuando rechazó las dos solicitudes de reconocimiento pensional de la demandante, que si bien acreditó con sus testigos que el causante colaboraba con los gastos y sostenimiento de su madre, no se puede desconocer el orden de beneficiarios establecido, por lo que los hijos al tener mejor derecho descartaron a la demandante como beneficiaria, sin que la pensión de sobrevivientes se pueda sustituir.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **ALICIA ARCINIEGAS ORTIZ** solicitó revocar y acceder a las pretensiones. Indicó que el Juez incurrió en error de derecho porque desagregó, de forma exegética, el artículo 6 del Decreto 1160 de 1989, porque dicha norma no estableció que la pensión se extingue cuando los hijos pierden las condiciones de disfrute; así mismo, incurrió en error de hecho porque dio por probado, sin estarlo, que la demandante no tenía derecho a la pensión de sobrevivientes cuando desde el 24 de julio de 1980 **ECOPETROL** conocía de la dependencia económica de su hijo, la cual se reafirmó con las pruebas allegadas al proceso<sup>1</sup> (02:09:01 cd fl. 181).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones y condenar en costas, por cuanto indicó que se debe aplicar el numeral 3 del artículo 3 de la Ley 71 de 1988, porque el demandante falleció siendo trabajador activo de **ECOPETROL**, a la vez que error en considerar que se trata de una sustitución de una sustitución pensional, desconocer la protección constitucional especial de las personas de la tercera edad y no dar por demostrado que era dependiente económicamente del causante. El apoderado de **ECOPETROL** solicitó confirmar la

---

<sup>1</sup> Interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el Despacho. Solicitó al magistrado ponente del honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral visualizar el error en derecho, toda vez que Despacho desagregó, de manera esquejetica, la disposición del Decreto 1160 de 1989 que regula las formas como se adquiere la pensión de sobrevivientes, toda vez que el mismo numeral 3 del artículo 6 del Decreto 1160 establece claramente que “a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos”, en ninguna parte de esta norma está diciendo que la pensión se extingue, como lo pretendió ECOPETROL y como lo decretó el Despacho, que porque los hijos sustituyeron y que ahí termina la sustitución, si el legislador hubiera tomado la decisión de ser excluyente cada uno de los ítems que acaba de leer el Despacho, sobraría el numeral 3 del artículo 6, porque es ahí donde precisamente se enraíza la forma en que los padres pueden adquirir la pensión de sobrevivientes, el haber tomado de forma esquejetica el artículo 6 numeral 3 del Decreto 1160 de 1989 está coartando el derecho a la seguridad social integral a mi poderdante, además, comete un error de hecho, al dar por probado sin estarlo que a mi poderdante no le cobija el derecho a la pensión de sobrevivientes toda vez que el mismo ECOPETROL demostró con prueba fehaciente que mi poderdante estaba siendo beneficiaria del señor REINALDO GÓMEZ ARCINIEGAS, folio 142, prueba decretada por el Despacho, y no valoró que desde el 24 de julio de 1980 era conocido por ECOPETROL que mi poderdante estaba bajo la responsabilidad y custodia de su hijo Reinaldo, como se demostró con los testimonios y con el interrogatorio de parte de que la dependencia económica era total, habida cuenta que la crianza de su nieto estaba bajo su custodia también. En estos dos errores, de hecho y de derecho, en la aplicabilidad del numeral 3 del artículo 6 del Decreto 1160 de 1989, doy por sustentado mi recurso de apelación. Gracias su Señoría.



sentencia, por cuanto indicó que otorgó sustitución pensional a los 3 hijos del causante conforme el artículo 6 del Decreto 1160 de 1989, quienes luego perdieron las condiciones para ser beneficiarios, por lo cual la prestación se extinguió sin que la pensión de sobrevivientes se pueda sustituir, menos a la madre, que fue excluida como beneficiaria por los hijos del causante.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si le asiste derecho a la demandante al disfrute de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo y la pérdida del derecho por parte de los hijos del causante, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **ALICIA ARCINIEGAS ORTIZ** procreó a REINALDO GÓMEZ ARCINIEGAS (q.e.p.d.) (fl. 4); **ii)** el causante laboró como trabajador de **ECOPETROL** desde el 15 de marzo de 1971 hasta el 19 de mayo de 1990 (fl. 140); **iii)** el causante falleció el 19 de mayo de 1990 (fl. 5); **iv)** **ECOPETROL** reconoció pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del causante a REYNALDO GÓMEZ SALAZAR, JUAN GABRIEL GÓMEZ RODRIGUEZ y CINDY VANESSA GÓMEZ (fl. 141).

### **- Sobre la Norma Aplicable a la Pensión de Sobrevivientes.**

Ha sido posición pacífica y reiterada de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicar que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante, tal y como ha señalado en las sentencias SL Rad. 33.210 del 17 de

octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de 2017, SL496 de 2018, SL2214 de 2018, SL308 de 2019, SL3526 de 2019, entre otras.

- **Acerca del Régimen Pensional de los Trabajadores de ECOPETROL**

El artículo 249 de la Ley 100 de 1993, determinó que el Sistema General de Seguridad Social Integral no aplica a los servidores de **ECOPETROL**. Posteriormente, el artículo 15 de la Ley 797 de 2003, consagró que todos los servidores que ingresen a **ECOPETROL** a partir de la vigencia de la misma Ley son afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, en virtud de la exclusión inicial que existió de los servidores de **ECOPETROL**, la H. CSJ ha sostenido de forma pacífica que los derechos derivados de la pensión de sobrevivientes causados por el fallecimiento de personal vinculado con anterioridad a la Ley 797 de 2003 no se rige por la Ley 100 de 1993 sino por la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, durante el periodo en que dichas normas estuvieron vigentes y hasta el 29 de enero de 2003, tal y como indicó en las sentencias SL1000 de 2018, SL2229 de 2020, entre otras.

- **Sobre la Pensión de Sobreviviente a Favor de los Padres en Vigencia de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989.**

El artículo 3 de la Ley 71 de 1988, extendió las disposiciones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, Ley 12 de 1975, Ley 44 de 1980 y la Ley 113 de 1985, en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, hijos menores o inválidos, padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones establecidas en dicho artículo, que para el caso de los padres indicó de forma expresa: “3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres”.

La Ley 71 de 1988 fue reglamentada parcialmente a través del Decreto 1160 de 1989, que en su artículo 5 estableció el derecho a la *sustitución pensional* cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez o cuando fallece un trabajador después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la Ley, convenciones o partos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación; por su parte, el numeral 3 del artículo 6 del Decreto reafirmó que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, tendrán derecho a la sustitución pensional, en forma vitalicia, los padres legítimos, naturales y adoptantes del causante que dependan económicamente de éste.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia absolvió a **ECOPETROL** de las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que el Juez incurrió en error de derecho por aplicación exegética del artículo 6 del Decreto 1160 de 1989, el cual no estableció que la pensión se extingue cuando los hijos dejan de ser beneficiarios, así mismo, también señaló que se incurrió en error de derecho porque dio por probado, sin estarlo, que la demandante no tenía derecho a la pensión de sobrevivientes a pesar de que **ECOPETROL** conocía su dependencia económica hacia su hijo causante, la cual se reafirmó con las pruebas practicadas.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante indicar que conforme los antecedentes normativos expuestos, la norma aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente a la muerte del causante, conforme ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL Rad. 33.210 del 17 de octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de 2017, SL496 de 2018, SL2214 de 2018, SL308 de 2019, SL3526 de 2019, entre otras.

De otra parte, para el caso específico de trabajadores de **ECOPETROL**, resulta relevante considerar que la H. CSJ ha sostenido que la pensión de sobrevivientes causados por el fallecimiento de personal vinculado con anterioridad a la Ley 797 de 2003, no se rige por la Ley 100 de 1993 sino por la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, durante el periodo en que dichas normas estuvieron vigentes y hasta el 29 de enero de 2003, conforme indicó en las sentencias SL1000 de 2018, SL2229 de 2020, entre otras.

Así las cosas, está plenamente acreditado que REINALDO GÓMEZ ARCINIEGAS (q.e.p.d.) falleció el 19 de mayo de 1990 (fl. 5), siendo trabajador activo de **ECOPETROL** desde el 15 de marzo de 1971 (fl. 140), por tanto, la norma aplicable es la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989.

Llama la atención de la Sala que en el presente asunto, la demandante solicita su reconocimiento como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes alegando su calidad de madre del causante y su dependencia económica, sin embargo, no fue objeto de controversia entre las partes que **ECOPETROL**, con ocasión del fallecimiento de su trabajador REINALDO GÓMEZ ARCINIEGAS (q.e.p.d.), reconoció la sustitución pensional a los hijos del causante REYNALDO GÓMEZ SALAZAR, JUAN GABRIEL GÓMEZ RODRIGUEZ y CINDY VANESSA GÓMEZ (fl. 141).

La anterior circunstancia es fundamental para concluir, de forma razonable, la improcedencia de las pretensiones de la demandante, tal y como pasa a exponerse.

El artículo 3 de la Ley 71 de 1988 extendió las disposiciones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, Ley 12 de 1975, Ley 44 de 1980 y la Ley 113 de 1985, en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, hijos menores o inválidos, padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones establecidas en dicho artículo, que para el caso de los padres indicó de forma expresa: “3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos

*menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres”.*

La Ley 71 de 1988 fue reglamentada parcialmente a través del Decreto 1160 de 1989, que en su artículo 5 estableció el derecho a la que denomino *sustitución pensional* cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez o cuando fallece un trabajador después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la Ley, convenciones o partos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación; por su parte, el numeral 3 del artículo 6 del Decreto reafirmó que a **falta** de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, tendrán derecho a la sustitución pensional, en forma vitalicia, los padres legítimos, naturales y adoptantes del causante que dependan económicamente de éste.

Atendiendo las normas antes expuestas y considerando que la norma aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento, se infiere que es en el instante del deceso del causante en que se determinan los beneficiarios de la prestación y no después, motivo por el cual aplicando el artículo 3 de la Ley 71 de 1988 y los artículos 5 y 6 del Decreto 1160 de 1989 se concluye de forma clara que solo a falta de cónyuge, compañero permanente e hijos con derecho, al momento del deceso, podrán acceder los padres del causante al derecho pensional.

En cuanto a la tesis de la parte apelante de que una vez agotado el derecho de los hijos del causante corresponde el disfrute de dicha prestación a la demandante en su calidad de madre dependiente económicamente de su hijo fallecido, se tiene que la misma no considera que para determinar el derecho de la pensión de sobrevivientes se deben de tener en cuenta son las circunstancias existentes al momento del deceso y no las que se generen con posterioridad, por tanto, el artículo 3 de la Ley 71 de 1988 y los artículos 5 y 6 del Decreto 1160 de 1989 son claros en indicar que para ese momento debía acreditarse la falta de los beneficiarios con mejor derecho que el de los padres, a saber, cónyuge, compañero

permanente o hijos con derecho, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

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

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0124-2020**

**Radicado N° 33-2017-00595-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver los recursos de apelación de **PORVENIR** y **COLFONDOS** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la demandada **COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante, declaró que se encuentra afiliada al RPM, condenó a **PORVENIR** a trasladar los recursos de la CAIP y gastos de administración a **COLPENSIONES**, ordenó a **COLFONDOS** a pagar las diferencias entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM y condenó en costas a dicha AFP (fl. 330 a 332, 36:09 cd fl. 329).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 2 a 31).**

**IVONNE NASSAR ARENAS** solicitó declarar la nulidad del traslado del RPM al RAIS por su afiliación a **COLFONDOS**, en consecuencia, ordenar a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES**,

junto con sus aportes y rendimientos, y a reactivar su afiliación al RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 11 de octubre de 1964; que el 26 de octubre de 1986, se afilió al extinto ISS y cotizó 150 semanas; que el 05 de julio de 1996 se trasladó del RPM al RAIS con su afiliación a **COLFONDOS**, que el 04 de noviembre de 1999, se trasladó a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, que el 14 de abril de 2014, se trasladó a **PROVENIR**, sin que dichas AFP brindaran información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; señaló que el 02 de marzo de 2017, **PORVENIR** le presentó simulación pensional, en la cual su mesada es de \$1.559.300, mientras que en el RPM sería de \$5.708.334, por lo cual el 28 de junio de 2017, solicitó a **COLPENSIONES** su traslado, petición que fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado entre AFP y que negó su retorno al RPM. Indicó que la demandante suscribió de forma voluntaria su afiliación a las AFP, que no puede retornar al RPM por la restricción por edad, sin que tuviera un derecho cierto o expectativa legítima al momento del traslado, ni prueba de algún vicio del consentimiento, sin que al momento del traslado estuvieran vigentes las normas que obligan a presentar proyecciones. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fl. 113 a 124).

**COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado de **COLFONDOS** a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN**. Indicó que la demandante suscribió de forma libre y sin vicios el formulario de afiliación a la AFP, previa asesoría completa sobre las implicaciones del traslado, sin que la demandante presentara ninguna inconformidad o se trasladará al



RPM, sin que el error de derecho vicie el consentimiento. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de prueba de causal de nulidad o ineficacia, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier eventual nulidad en la afiliación y la innominada o genérica (fl. 177 a 190, 257 a 259).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Acepto el hecho relativo al traslado del RPM al RAIS con la afiliación a la AFP. Indicó que la demandante nunca solicitó asesoría, a través de los diferentes canales de la AFP, sobre su situación pensional, así mismo, que todos sus asesores están capacitados para brindar una adecuada asesoría. Interpuso las excepciones de inexistencia de nulidad por ausencia de vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la presunta nulidad alegada, prescripción y la genérica (fl. 221 a 226).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado de AFP a **PORVENIR** y que le presentó proyección pensional. Indicó que la afiliación de la demandante carece de vicio alguno, que realizó una adecuada asesoría previa a la afiliación, así mismo, leyó y firmó libremente el formulario de afiliación y que las actuales exigencias de asesoría iniciaron con la Ley 1328 de 2009, realizando además avisos y campañas informativas para sus afiliados, sin que sea procedente invertir la carga de la prueba o aplicar el precedente judicial porque no tenía un derecho adquirido o una expectativa legítima al momento del traslado. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica (fl. 229 a 236).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 330 a 332, 36:09 cd fl. 329).**

El 30 de septiembre de 2019, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP COLFONDOS S.A., y con esto a la afiliación realizada el 05 de julio de 1996.*

**SEGUNDO: DECLARAR** que la **Sra. IVONNE NASSAR ARENAS** identificada con **C.C. No. 51.739.481 de Bogotá** actualmente se encuentra efectivamente afiliada a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

**TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A.** realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la **Sra. IVONNE NASSAR ARENAS a COLPENSIONES**, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración.

**CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A.** a pagar de ser el caso las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en RPM, los cuales serán asumidas con cargo a su propio patrimonio, teniendo en cuenta que fue esta entidad la que dio origen al acto de afiliación primigenio viciado de nulidad. **CONMINAR a COLPENSIONES** a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ellas hubiere lugar.

**QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES** recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la **Sra. IVONNE NASSAR ARENASn.**

**SEXTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.** Se fijan como Agencias en Derecho la suma de **TRES (3) S.M.L.M.V. (...)**”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si existió un vicio del consentimiento al momento de suscribir la afiliación a **COLFONDOS** y si este genera la nulidad o ineficacia de la afiliación, para lo cual se verificara la idoneidad de la información y asesoría prestada, para establecer si hay lugar a su reactivación de la afiliación en **COLPENSIONES** y demás pretensiones.

Para resolver indicó que acoge la postura de la H. CSJ, en especial a la existencia del deber de asesoría e información desde la creación de las AFP, que les corresponde a éstas asumir la carga de la prueba y que no basta con el solo formulario de afiliación para acreditar su cumplimiento diligente a fin de darle plenos efectos al consentimiento informado, independientemente de si el afiliado tiene o no un derecho adquirido al momento del traslado. En el presente proceso, **COLFONDOS** no acreditó el cumplimiento diligente del deber de asesoría e información, según las características propias de la demandante, por lo cual es ineficaz el traslado del RPM al RAIS, porque en 1996 se podían analizar las situaciones personales de la demandante, a la vez que se demostró un perjuicio que es la pérdida del subsidio del RPM y ello impacta el monto de la mesada. Ordenó la devolución de los aportes, rendimientos y gastos de administración a **PORVENIR**. Como un tercero no puede asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado que generó **COLFONDOS**, le corresponde a dicha AFP asumir las diferencias que puedan resultar entre el valor acumulado en el RAIS y el que correspondería en el RPM. No declaró la prescripción por el carácter irrenunciable del derecho pensional.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la condena a la devolución de los gastos de administración. Indicó que tal solicitud no se presentó en la demanda, que tal medida es una sanción cuando dicha AFP no realizó el traslado de régimen pensional, que cuando afilió a la demandante en 2014 solo recibió los aportes y rendimientos más nunca los gastos de administración por parte de las anteriores AFP, así mismo, que el artículo 964 CC indica que toda restitución de frutos se abonan los gastos ordinarios invertidos en producirlos, salvo cuando hay mala fe, la cual no se probó respecto de **PORVENIR**<sup>1</sup> (36:09 cd fl. 329).

---

<sup>1</sup> Interpongo recurso de apelación en lo que tiene que ver con el punto tercero de la decisión, que ordena a mi representada a devolver los gastos de administración. Esta apoderada no se encuentra en consonancia con la sentencia de primera instancia, porque dicha sentencia viola el principio de congruencia, por cuanto el escrito demandatorio, en el numeral 10 literal d), solicitó ordenar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida los aportes, rendimientos y semanas cotizadas,

La demandada **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** solicitó revocar la sentencia. Indicó que no se acredita una nulidad o ineficacia, porque las afiliaciones a las AFP se hicieron con el lleno de los requisitos legales y según las normas vigentes para ese entonces, tienen objeto y causa lícita, la demandante era legalmente capaz y no se acreditó vicio en el consentimiento, quien confesó que se afilió de forma libre y voluntaria a la AFP, permaneciendo afiliada al RAIS por más de 20 años y realizando traslados horizontales, por tanto, saneó cualquier presunto error o vicio. Indicó que no existen dineros en la cuenta de ahorro de la demandante y que al ser válido el traslado, no procede condena alguna al pago de diferencias<sup>2</sup> (42:47 cd fl. 329).

---

en este sentido, ha de tenerse en consideración que dicha pretensión va encaminada a que se devuelva solamente lo correspondiente a aportes y rendimientos, sin hacer mención de los gastos de administración, sin embargo, el señor Juez aplicando los principios ultra y extra petita dio dicha orden, pero no es procedente porque si se observan las consideraciones que dan origen a dicha decisión no tienen sustento a dicha decisión de devolver los gastos de administración, más cuando a mi representada la demandante se trasladó para el año 2014, es decir, cuando ya se encuentra incurso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sin embargo, estos gastos de administración se tienen como una sanción a mi representada cuando ni siquiera hizo el traslado, por lo cual debe considerarse que si bien es cierto que de PROTECCIÓN se recibieron los aportes, ha de tenerse en consideración que solo fueron cotizaciones y rendimientos, mas no gastos de administración. En ese sentido no habría lugar a devolver dichos gastos de administración y más teniendo a consideración lo dispuesto en el artículo 964, en lo que tiene que ver con restitución de los frutos, en ese sentido señores magistrados ruego considerar que no quedó demostrada la mala fe de mi representada, principio constitucional del artículo 83 de la Constitución Política, que dice: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”, debe tenerse en consideración que en ningún momento de mi representada o por la parte demandante se demostró la mala fe de la afiliación de mi representada para que se ordenara devolver los gastos de administración y más los frutos, teniendo en consideración el artículo 964, el cual hace la siguiente manifestación: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”, en ese sentido, dicho articulado del código civil indica que se deben descontar los gastos ordinarios para generar los frutos, y la demandante generó unos frutos que son los rendimientos y por eso los gastos de administración se descuentan porque fueron destinados a producir dichos gastos, de no haberse invertido o descontado dichos gastos de administración no se hubieran generado los frutos, además la única posibilidad para que se devuelvan los frutos es el poseedor de mala fe contemplado en dicho artículo se dice: “El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder”, en ese sentido, señores Magistrados, téngase en consideración que la normatividad es clara en anunciar que solo se puede devolver lo mismo cuando queda demostrada la mala fe, por tanto, no habría motivo para ordenar a mi representada descontar los gastos de administración, más cuando dicha orden solo fue para mi representada y no para quien realizó el traslado de régimen COLFONDOS o el traslado posterior PROTECCIÓN, porque como ya lo dije, si bien a mi representada se dieron dineros, solo fueron los aportes y rendimientos y no se recibieron gastos de administración, por tanto, como no se demostró la mala fe, no hay lugar a devolver los mismos. Muchas gracias, así dejo sustentado mi recurso de apelación.

<sup>2</sup> Respetuosamente interpongo recurso de apelación contra la decisión que se acabó de proferir, a efectos de que sea revocada en su totalidad, como quiera que en el presente proceso no se lograron acreditar la totalidad de los elementos fácticos y jurídicos que permitan la configuración de una nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS, por el contrario, se tiene certeza de que las afiliaciones efectuadas por la demandante cumplieron con el lleno total de los requisitos legales, mi representada actuó conforme las normas vigentes para el momento de la afiliación, el formulario de afiliación tuvo un objeto y causa lícita, no fue tachado de falso y la demandante era legalmente capaz y no se probó ningún vicio del consentimiento, no se puede alegar que el error de derecho vicie el consentimiento porque el artículo 1509 CC expresamente estableció que no lo es, así mismo, debe tenerse en cuenta que la demandante confesó en su interrogatorio que se afilió de manera libre y voluntaria a COLFONDOS. Debe tenerse en cuenta que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en recientes pronunciamiento que debe analizarse cada caso

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó que solo puede aplicarse la jurisprudencia de la H. CSJ a casos similares, que son los de personas en régimen de transición o con una expectativa legítima, que no es el caso de la demandante, quien no acreditó ningún vicio del consentimiento de una afiliación de hace más de 20 años, por lo que de si haber existido fueron saneados, además convalidó su permanencia con los traslados de AFP, en donde recibió asesoría<sup>3</sup> (44:59 cd fl. 329).

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto el precedente de la H. CSJ indica que son las AFP quienes deben acreditar el cumplimiento del deber asesoría e información, so pena de ineficacia, tal y como se declaró. Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS SAS, identificada con NIT 900.822.176, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder al Dr. IVÁN

---

concreto y en el presente hay certeza de que a la demandante se le brindó información suficiente, oportuna y veraz, no solo por la existencia del formulario de afiliación sino porque existe otro medio probatorio válido, como lo es el interrogatorio de parte, donde confeso, reitero, que se afilió de manera libre y voluntaria a COLFONDOS, que realizó traslados horizontales a otros Fondos como PROTECCIÓN Y PORVENIR, adicionalmente que ha permanecido afiliada al RAIS por más de 20 años de manera libre y voluntaria, por lo que en el hipotético de caso de que hubiera existido algún error o vicio del consentimiento, se saneó conforme las normas del Código Civil Colombiano. Tampoco es posible que se ordene a mi representa, en el numeral cuarto de la sentencia, pagar unas diferencias de dinero al momento del traslado al RPM, porque en la cuenta de ahorro individual de la demandante no obra dinero alguno, adicionalmente, porque no existe una nulidad ni ineficacia del traslado del RPM al RAIS. En ese orden de ideas dejo sentado mi recurso de apelación.

<sup>3</sup> Solicito se me conceda recurso de apelación para que sea resuelto por los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, con la finalidad de que se revoque de manera total el fallo proferido por esta instancia y que condenó y declaró la nulidad del traslado, toda vez que presentó inconformidad con la tesis del Despacho en lo que es el acogimiento de la jurisprudencia, dado que estas solamente se pueden aplicar en casos similares, sin embargo, como vemos aquí, los casos a los se hace aducción en la jurisprudencia son de personas afiliadas con régimen de transición o unas expectativas legítimas o que están cercanos a cumplir los requisitos de la pensión y que se causé un daño a sus expectativas o derechos pensionales, circunstancias que aquí no acaecieron, por lo tanto, no podría llegarse a aplicar esos pronunciamientos jurisprudenciales. Así mismo, no se logró comprobar por parte de la demandante que acaeció algún vicio del consentimiento, dado que no se comprobó que hubo un engaño por parte del asesor de COLFONDOS al momento de la afiliación. Honorables magistrados, por último, debe tenerse en cuenta que la afiliación data de hace más de 20 años, por tanto, cualquier vicio o situación que hubiese acaecido quedó subsanada por el paso del tiempo, también debe tomarse en cuenta que hubo una convalidación de la afiliación, dado que la demandante se pasó de COLFONDOS a PORVENIR y que ahí mismo se le ofreció unas asesorías conforme a lo que se estaba solicitando para la época. De esta forma, señor Juez, dejo sentado mi recurso de apelación.

DARÍO BLANCO ROJAS, identificado con CC 80.221.256 y portador de la TP 205.113 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia en razón a que no reúne los requisitos para retornar al RPM, no existe causal de nulidad de la afiliación a la AFP, no se pueden imponer cargas probatorias adicionales a las vigentes al momento del traslado. Agotado el término del traslado, las demandadas **COLFONDOS**, **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** se abstuvieron de presentar alegatos.

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

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

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

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

#### **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS** y los subsecuentes traslados entre AFP, cumplieron con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

#### **VIII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i*) la demandante **IVONNE NASSAR ARENAS**

nació el 11 de octubre de 1964 (fl. 32); **ii)** la demandante estuvo afiliada al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 26 de noviembre de 1986 hasta el 31 de julio de 1996, acumulando 151,14 semanas (fl. 125 a 127); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **COLFONDOS** el 05 de julio de 1996 (fl. 192), el cual se hizo efectivo el 1° de septiembre de 1996 (fl. 193); **iii)** la demandante se trasladó de AFP al suscribir formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 04 de noviembre de 1999 (fl. 36), el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 2000 (fl. 239); **iv)** la demandante se trasladó de AFP al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 1° de abril de 2014 (fl. 238), el cual se hizo efectivo el 1° de junio de 2014 (fl. 239); donde permanece actualmente afiliada y donde a marzo de 2017 acumulaba 1053 semanas cotizadas (fl. 41); **v)** el 02 de marzo de 2017 **PORVENIR** realizó proyección pensional de la demandante, indicando que a los 60 años cotizando el 100% del tiempo logrará una mesada de \$2.960.700 (fl. 63).

#### **- Fundamentos Normativos Sobre Traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles

un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, 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.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen



pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante, declaró que se encuentra afiliada al RPM, condenó a **PORVENIR** a trasladar los recursos de la CAIP y gastos de administración a **COLPENSIONES**, ordenó a **COLFONDOS** a pagar las diferencias entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM y condenó en costas a dicha AFP.

La apoderada de **PORVENIR** solicitó revocar la condena a gastos de administración. Indicó que dicha pretensión no se solicitó en la demanda, que se sancionó a la AFP pese que no realizó el traslado de régimen pensional, que nunca recibió de las otras AFP dichos gastos y que el artículo 964 CC estableció que a toda restitución de frutos se abonan los gastos ordinarios, salvo mala fe, la cual no se comprobó.

La apoderada de **COLFONDOS** solicitó revocar la sentencia. Indicó que no procede la nulidad o ineficacia porque la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y según la normatividad vigente, confesando la demandante que se afilió de forma libre y voluntaria a la AFP y que los años de permanencia sanearon cualquier eventual vicio. Señaló que no hay dineros en la cuenta de ahorro de la demandante y que además el traslado es válido.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Afirmó que no se puede aplicar la jurisprudencia de la H. CSJ porque la demandante no tiene régimen de transición o expectativa legítima, quien no acreditó ningún vicio del consentimiento de una afiliación de más de 20 años, siendo saneados los eventuales vicio y convalidados con los traslados de AFP.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación

Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS por la afiliación a **COLFONDOS** el 05 de julio de 1996 (fl. 192), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado

pensional, omisión en la cual también incurrieron las demás AFP a donde se trasladó la demandante, sin que el cumplimiento diligente del deber de asesoría pueda acreditarse solo con el formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP no demostraron que cumplieron dicha obligación.

No desconoce la Sala que la demandante, en su interrogatorio, manifestó que suscribió de forma libre el formulario de afiliación **COLFONDOS**, por el cual se trasladó de régimen, sin embargo, de tal manifestación no se puede inferir, de forma cierta y contundente, que recibió la información necesaria para comprender las consecuencias del traslado de régimen, sin que las AFP demandadas alleguen prueba del cumplimiento de dicha asesoría de forma completa y comprensible acerca de las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **COLFONDOS**, **PROTECCIÓN** y **PORVENIR**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de las AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se revocará la condena a **COLFONDOS** de asumir las eventuales diferencias. En su lugar, se declarará que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Costas de primera instancia a cargo de **COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR**, por cuanto se declara la ineficacia del traslado porque dichas AFP no acreditaron el cumplimiento del deber de información con el demandante. Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

**PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los gastos de administración, debidamente indexados, que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**CUARTO:** Costas de primera instancia a cargo de **COLFONDOS, PROTECCIÓN** y **PORVENIR**. Sin costas en esta instancia.

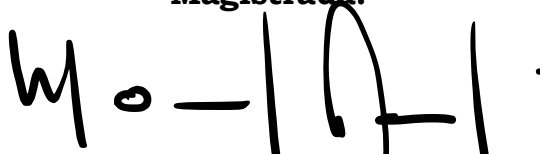
**QUINTO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada.**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.', written over a horizontal line.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado.**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0128-2020**

**Radicado N° 33-2018-00023-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de **COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 13 de agosto de 2019, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que el demandante es beneficiario del régimen de transición pensional y declaró su derecho a la pensión de vejez conforme la Ley 71 de 1988, a partir del 1° de febrero de 2015, con cuantía inicial de \$846.383 y en 13 mesadas anuales, condenó al pago del retroactivo pensional causado, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada (fl. 76 a 77, 01:06:21 cd fl. 75).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 2 a 14, 38).**

**MIGUEL ÁNGEL ZÚÑIGA OROZCO** solicitó declarar que accedió al régimen de transición pensional, en consecuencia, condenar al reconocimiento de la pensión de vejez desde cuando cumplió 60 años y al pago del retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo

141 de la Ley 100 de 1993, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 28 de julio de 1952, cotizó 118,3 semanas en el extinto ISS del 1° de septiembre de 1973 hasta el 30 de abril de 1978; 577 semanas en el sector público del 29 de mayo de 1978 al 17 de agosto de 1988; 38,57 semanas en el ISS del 23 de octubre de 1992 al 24 de julio de 1993; que PAGINAS SISTEMATIZADAS AMARILLAS no le cotizó entre noviembre de 1995 y septiembre de 1999 equivalentes a 192,85 semanas, sin que la administradora ejerciera su facultad de cobro coactivo, a la vez cotizó 3,43 semanas en 2015. Afirmó que su historia laboral refleja 1024,46 semanas cotizadas, pero considerando la mora en aportes, tiene 1217,31 semanas cotizadas, cumpliendo los requisitos del Acuerdo 049 de 1990. Señaló que el 15 de abril de 2015 solicitó el reconocimiento de su pensión ante **COLPENSIONES**, el cual fue negado con la Resolución SUB 65381 del 15 de mayo de 2017, contra la cual interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales se resolvieron en su contra, inclusive, interpuso acción de tutela solicitando su derecho pensional, que se negó por subsidiariedad.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 43 a 51)**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante y sus cotizaciones de septiembre 1973 hasta abril de 1978, del 29 de mayo de 1978 al 17 de agosto de 1988 y de octubre de 1992 al 24 de julio de 1993 y de 2015 y que negó su solicitud de reconocimiento pensional. Indicó que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1° de 2005 solo tenía 734,45 semanas cotizada, por lo cual al cumplir 60 años en 2012 no logró cumplir los requisitos exigidos en el Decreto 758 de 1990 antes de 2010, de otra parte, afirmó que no le consta el presunto periodo de mora patronal de PAGINAS SISTEMATIZADAS AMARILLAS, por lo cual no se le pueden dar efectos a dicho periodo ante la incertidumbre sobre la existencia de dicha relación laboral y sus extremos temporales. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la



obligación, prescripción, buena fe, improcedencia de intereses moratorios, imposibilidad jurídica de cumplir las obligaciones pretendidas y la genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 76 a 77, 01:06:21 cd fl. 75).**

El 13 de agosto de 2019, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR que el señor MIGUEL ÁNGEL ZÚÑIGA OROZCO identificado con C.C. No 19.176.473 de Bogotá, es beneficiario del régimen de transición consagrado en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 frente a la Ley 71 de 1988, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia, a partir del 01 de febrero de 2015, cuya mesada pensional equivale a \$846.383 para el año 2015 y para el año 2019 equivale a la suma de \$1.031.236 M/cte, pagadera en 13 mesadas anuales.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por las mesadas causadas y dejadas de pagar, a partir del 01 de febrero de 2015 el cual asciende a la suma de \$54.868.112 M/cte a la fecha de esta providencia.*

*TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios (Art. 141 de la Ley 100 de 1993) en favor de MIGUEL ÁNGEL ZÚÑIGA OROZCO, identificado con C.C. No 19.176.473 de Bogotá, causados desde el 23 de junio de 2017 hasta que se verifique el pago de las mesadas pensionales causadas y no pagadas, cuyo valor asciende a la suma de \$40.559.757 M/cte, a la fecha de esta sentencia.*

*CUARTO: ABSOLVER a la demandada de la pretensión de indexación, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.*

*QUINTO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, según lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.*

*SEXTO: COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES, Fijense las mismas por la suma de 4 SMLMV.*

*SÉPTIMO: Si esta providencia no es apelada, envíese en el Grado Jurisdiccional de Consulta con el superior. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si le asiste o no derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez según el Decreto 758 de 1990 por el régimen de transición o bajo otro régimen pensional, para ello, se analizará si cumple o no con los requisitos de edad y cotizaciones, la existencia o no de periodos en mora y sus consecuencias, para establecer si hay lugar o no a acceder a las pretensiones.

Para resolver indicó que el demandante al 1° de abril de 1994 obtuvo el régimen de transición por edad, cumpliendo 60 años en 2012, por lo cual debe cumplir los requisitos para extender el régimen de transición según el Acto Legislativo 1° de 2005, sin embargo, solo tenía 734 semanas, no obstante, revisado el expediente, se tiene que solicitó a **COLPENSIONES** verificar la ausencia de aportes de SOMOS IMPULSAR LTDA en 1980-03 y 1980-04 y PÁGINAS SISTEMATIZADAS AMARILLAS por los ciclos 1995-09, 1995-11 a 1999-09, frente lo cual **COLPENSIONES** afirmó que inició acciones de cobro, pero no se observa que las mismas hubieran sido próximas al periodo de mora, por lo cual hubo falta de diligencia y contabilizó las semanas, lo que acredita que en 2005 tenía más de 750 semanas, por tanto, extendió el régimen de transición. Aplicó la Ley 71 de 1988 porque permite acumular tiempos públicos y privados para acreditar 20 años de aportes que son 1028 semanas según la H. CSJ, demostrando el actor 1205,88 semanas al 31 de enero de 2015, sin cotizaciones posteriores, por tanto, declaró que tiene derecho a la pensión desde el 1° de febrero de 2015, sobre un IBL con los 10 últimos años cotizados de \$1.128.515 y con una tasa del 75%, siendo el valor de la primera mesada de \$846.386, en 13 mesadas en virtud del Acto Legislativo 1° de 2005. Condenó a intereses moratorios, causados luego de 4 meses de la solicitud de reconocimiento radicada el 23 de febrero de 2017, porque el demandante puso en conocimiento la situación del empleador moroso, pero hubo omisión de la Administradora, procediendo su pago pese ser bajo la Ley 71 de 1988 en virtud de la sentencia C-601 de 2000. No declaró la prescripción porque no se cumplió el término trienal desde la reclamación hasta la radicación de la demanda.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó que no se allegó ninguna prueba de la presunta relación laboral por la cual se ordena considerar semanas, de otra parte, no hubo negligencia porque ninguna norma establece un término para realizar la gestión de cobro y ello impide calificarla como tardía, ya que solo basta con realizarla para que cese la negligencia, por último, indicó que no procede el reconocimiento de intereses moratorios porque no se causó ninguna prestación y, además, en las sentencias SL Rad. 38.481 de 2011 y 42.835 de 2013 y C-601 de 2000, se indicó que los mismo solo proceden respecto de pensiones causadas en virtud de la Ley 100 de 1993<sup>1</sup> (01:08:24 cd fl. 75).

---

<sup>1</sup> Presento recurso de alzada para efectos de que la providencia dictada por su honorable Despacho sea revisada y revocada íntegramente por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, sobre las siguientes argumentaciones. Se tiene por entendido, dentro del criterio esbozado por el Despacho, del cual este apoderado toma distancia, dentro de las circunstancias de las cuales se hizo alusión en las consideraciones, que dentro del trámite administrativo al cual hace alusión el Despacho en primera instancia, es manifiesto que COLPENSIONES intenta o comienza las actividades pertinentes para efectos de los cobros coactivos de las presuntas semanas no cotizadas por relaciones laborales existentes, hago énfasis de que este apoderado observa la presunción, habida cuenta que dentro de las mismas documentales arrimadas al proceso y de las cuales no hizo referencia el Despacho no se encuentran relaciones laborales del demandante y los antiguos supuestos o presuntos empleadores existentes, de los cuales, como hizo manifiesto este apoderado debe existir documentales, testimonio o confesión por parte de los empleador que permitan evidenciar efectivamente una relación laboral, de las cuales en este proceso no se logró precisamente dicha características. Así mismo, se debe tener en consideración que dentro de las mismas consideración del Despacho de primera instancia, sobre las actividades de lo que se ha circunscritos como actividades desplegadas por COLPENSIONES de manera tardía, porque para efectos del cobro coactivo se debe tener en consideración que el mismo marco normativo que impone obligaciones legales a COLPENSIONES, indica que es una actividad tendiente a un cobro coactivo, no obstante, dicha actividad dice que la norma no indica un término prudencial sobre las cuales deba realizarse dicha actividad concerniente al pago respectivo, por tanto fue una interpretación del Despacho de la cual se toma distancia habida cuenta que solo se deben acreditar las actividades tendientes a un cobro coactivo, si es de manera tardía o como se pretende del año 87 y 95, más aún cuando son actividades en las cuales para el momento era el ISS y no COLPENSIONES, tampoco se hace referencia sobre las obligaciones per se que tienen los empleadores para las dichas datas, de las cuales se hace comentario, por lo que la misma normatividad no hace señalamiento, el cual lo hace el Despacho, sobre las obligaciones de los empleadores frente a la existencia de mora o sobre la no afiliación de sus empleados y las repercusiones jurídicas, entre ellas, el reconocimiento en cabeza suya, sin embargo, sobre dichas características de las cuales tuvo conocimiento por parte de la jurisprudencia no se hace señalamiento alguno por parte del Despacho de primera instancia, circunstancias dentro de las cuales manifiesto que se hace imputable una responsabilidad jurídica a COLPENSIONES por un efecto del que se hace alusión como tardío, en el momento del cobro coactivo, se hace imputable una responsabilidad según la normatividad solo cuando se es negligente, y no hay negligencia porque COLPENSIONES demostró las actividades, más aún, dentro de las actividades que dijo el Despacho en primera instancia, esta que la administradora hizo manifiesto que no se encuentra ni hay ubicación del empleador, circunstancias por las cuales se tiene que eximir de responsabilidad de una situación ajena, cuya responsabilidad no la debe asumir COLPENSIONES que es solo un pagador de una prestación social más no es el empleador que debe hacer las cotizaciones, por lo cual no se puede acuñar dicha responsabilidad a la administradora, más aún, cuando no se tiene certeza sobre la naturaleza jurídica o la existencia o representación legal de las entidades presuntivamente empleadoras, por las cuales no se tiene conocimiento si es una deuda pagable o lo que también se ha determinado por parte de la jurisprudencia como una deuda impagable, circunstancia por las cuales llamo la atención porque dentro de las actividades procesales pertinente circunscritas a lo que se ha consagrado como el artículo 77, tampoco se hizo alusión sobre la integración del presunto antiguo empleador por el cual hoy en día se presumen

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto las consecuencias de la mora del empleador en el pago de aportes no deben ser asumidas por el trabajador, sin que la administradora hubiera sido diligente con las acciones de cobro. Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS SAS, identificada con NIT 900.822.176, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder al Dr. IVÁN DARÍO BLANCO ROJAS, identificado con CC 80.221.256 y portador de la TP 205.113 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia, por cuanto afirmó que el demandante no acreditó 750 semanas a la

---

relaciones laborales y tiempos por las cuales debe hacerse responsable mi poderdante. Así mismo, debemos tener en consideración y se solicita al cuerpo colegiado verificar lo concerniente a los intereses moratorios, habida cuenta que dentro de los mismos criterios esbozados por el Despacho en primera instancia ya es un criterio, de los cuales ha tomado parte la Corte Suprema de Justicia y diferentes Sala del Tribunal Superior, los intereses moratorios solamente deben ser aplicados a pensiones que hayan sido reconocidas con posterioridad a la Ley 100 de 1993, que hayan sido reconocidas y ocasionado con posterioridad a la misma, siendo que se hace manifiesto que el Despacho hizo alusión a la Ley 71 de 1988, lo que hace imposible proceder a imponer a mi cobijada la condena en lo que respecta los intereses moratorios, porque en el escrito de la contestación de la demanda y este apoderado hizo alusión a las sentencias, entre ellas la radicada 38.481 de 2011 y 42.835 de 2013, en las cuales la Corte hizo manifiesto que están pensiones solo deben ser reconocidas, en el fenómeno del intereses moratorios, solo a las prestaciones ocasionadas con posterioridad a la Ley 100 de 1993, así mismo, en la sentencia C-601 de 2000, la Corte Constitucional, hizo referencia sobre el mismo fenómeno. Más aún hago un llamado de atención en lo que se circunscribe a los intereses moratorios, porque es un fenómeno de los que el espíritu de la Ley hace referencia en la indebida e injustificada circunstancia por la cual el deudor no hace el pago respectivo al acreedor, sobre ello debemos tener en consideración que si es sobre este mismo espíritu normativo, no se puede entender per se, que existió un injustificado incumplimiento de las obligaciones habida cuenta que como se ha hecho alusión no existen los tiempos y no se puede hacer responsable a mi poderdante porque ha desplegado las actividades, si son tardías o no, simplemente lo que hace referencia la normatividad es negligencia, lo cual no se vislumbra, por lo cual no hay reconocimiento prestacional y por ende no hay cabida a una obligación per se de mi cobijada como deudora, porque no existe siquiera dichas normatividades dentro lo que se consagra en la normatividad del CGP como una obligación, habida cuenta que no existe circunstancia ni objeto sobre el cual recaiga el mismo. Es bajo esas circunstancias que se deben tener en consideración para revocar íntegramente, entre ellas se hace referencia a los numerales 1, 2, ello en lo que circunscribe al reconocimiento prestacional, ya que no hay imputación de dicha carga a mi prohijada, numeral 3 justamente por las sentencias deprecadas por este apoderado en precedencia, porque de persistir o existir dichos intereses primero no existe obligaciones o justificaciones para efectos de un pago, segundo, la mismas deben ser reconocidas desde las pensiones ocasionadas con la Ley 100 de 1993 o Ley 797 de 2003, frente a las costas procesales, se condenó a una cifra de 4smlmv, cifra las cuales realmente son ostensibles, habida cuenta que dentro del trámite administrativo se evidencia una diligencia por parte de la administradora para efecto de las investigaciones administrativas, segundo, dentro de los mismos trámites o documentación allegadas son las pertinentes al proceso, no obstante, no se evidencia por parte del demandante porque como dijo este apoderado en sus alegaciones conclusivas no se evidencia documental alguna de la que pueda existir certeza que pueda desvirtuar las presunciones de las cuales se hacen relaciones como vínculos laborales, simplemente, en lo que circunscribe a este apoderado, el criterio del Despacho es discrecional y no evidencia prueba alguna o siquiera sumaria de la cual se acredite una relación laboral en las cuales mi prohijada tenga una obligación de reconocimiento pensional. Es bajo esas argumentaciones que se deja presentado el recurso de alzada para efectos de como se dijo se revoque la sentencia proferida por el Despacho. Muchas gracias.

entrada en vigencia del Acto Legislativo 1° de 2005, por lo cual su régimen de transición finalizó el 31 de julio de 2010, fecha para la cual no tenía los requisitos para causar la pensión de vejez.

## V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al demandante al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes en virtud del régimen de transición pensional, para lo cual se debe establecer si se configuraron los requisitos para exonerarlo de las consecuencias negativas por la presunta mora del empleador en el pago de aportes, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i)* el demandante **MIGUEL ÁNGEL ZÚÑIGA OROZCO** nació el 28 de julio de 1952 (cd fl. 58); *ii)* el 23 de febrero de 2017, el demandante solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento de su pensión de vejez, solicitud que se rechazó con la Resolución SUB 65381 del 15 de mayo de 2017, contra la cual interpuso recurso de

reposición y en subsidio de apelación, los que fueron resueltos de forma desfavorable con las Resoluciones SUB 117580 del 04 de julio de 2017 y DIR 13311 del 16 de agosto de 2017 (cd fl. 58).

**- Sobre los Efectos de la Mora del Empleador en el Pago de Aportes al Sistema General de Pensiones**

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, determinó que el empleador es responsable del pago de su aporte y del aporte del trabajador a su servicio, facultándolo para descontar del salario el valor de las cotizaciones y trasladar dicha suma, más la de su aporte, a la Administradora de pensiones que corresponda. Dicha norma determinó que el empleador será responsable por la totalidad del aporte aun cuando no efectúa el descuento. De otra parte, el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, facultó a las Administradoras de cada régimen pensional para adelantar acciones de cobro por el incumplimiento de la obligación del empleador de pagar aportes, para lo cual indicó que las liquidaciones proferidas por dichas administradoras para determinar el valor adeudado prestarán mérito ejecutivo.

Atendiendo las facultades de cobro de las administradoras y la responsabilidad del empleador de realizar el pago de aportes, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha sostenido de forma reiterada y pacífica que el afiliado no está llamado a soportar las consecuencias negativas de la mora en el pago de aportes, por cuanto la administradora estará obligada a tener como válidos los periodos en mora como responsabilidad por no adelantar las gestiones de cobro siempre y cuando el trabajador hubiera sido válidamente afiliado, por cuanto el trabajador causa el derecho del aporte con la prestación del servicio y no es responsable en su pago, tal y reiteró recientemente la Corporación en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, entre otras.

**- Sobre el Régimen de Transición Pensional.**

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional a favor de las personas que a la entrada en

vigencia del actual Sistema General de Pensiones tuvieran una edad de 40 años para los hombres, 35 años para las mujeres, o 15 años o más de servicios cotizados.

Posteriormente, el Acto Legislativo 1° de 2005, limitó la vigencia del régimen de transición por cuanto indicó que perdería su vigencia al 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que acreditan que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo tienen 750 o más semanas cotizadas, a favor de quienes la norma extendió el régimen de transición hasta el 2014, siendo la fecha límite el 31 de diciembre de 2014 conforme la posición de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, recientemente reiterada en la sentencia SL4040 del 18 de septiembre de 2019.

En cuanto a los derechos que otorga el régimen de transición, ha sido posición consolidada y sostenida de la H. CSJ que el mismo permite mantener la edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y monto de las pensiones consagradas en los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, sin incluir el IBL, el cual se establece conforme las disposiciones consagradas en el artículo 36 o 21 de la Ley 100 de 1993, tal y como indicó la H. CSJ en las sentencias SL3738 de 2019 y SL3841 de 2019, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró que el demandante es beneficiario del régimen de transición pensional y declaró su derecho a la pensión de vejez conforme la Ley 71 de 1988, a partir del 1° de febrero de 2015, con cuantía inicial de \$846.383 y 13 mesadas anuales, condenó al pago del retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

El apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que no existe prueba de la supuesta relación laboral por los periodos de presunta mora, así mismo, que no hubo negligencia en las acciones de cobro y

que no procede reconocer intereses moratorios de pensiones no causadas en virtud de la Ley 100 de 1993.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES**, siendo relevante que conforme los antecedentes normativos expuestos, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, determinó que es responsabilidad del empleador el pago de los aportes a pensión, teniendo la facultad de descontar del salario el porcentaje del aporte a cargo del trabajador, por su parte, el artículo 24 *ibídem* consagró la facultad de las Administradoras de pensiones para adelantar acciones de cobro por el incumplimiento del pago de los aportes, cuyas liquidaciones prestan mérito ejecutivo.

Considerando las anteriores disposiciones, la H. CSJ ha determinado que el trabajador dependiente no está llamada a soportar las consecuencias negativas de la omisión de pago de su empleador de los aportes y la negligencia de la administradora en su cobro, por tanto, se tendrán como válidos los periodos en mora, en los que el trabajador hubiera estado válidamente afiliado, cuando la administradora no ejerció su función de cobro, conforme reitero en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, entre otras.

En el presente asunto, el demandante presentó el 23 de febrero de 2017, solicitud de reconocimiento pensional (cd fl. 58), en la cual indicó que laboró para PAGINAS SISTEMATIZADAS AMARILLAS y que la misma no cotizó los aportes desde 1995 a junio de 2005. Posteriormente, en el recurso de reposición y subsidio apelación contra la Resolución SUB 65381 del 15 de mayo de 2017, afirmó que el periodo en mora de su presunto empleador lo fue de noviembre de 1995 a septiembre de 1999 (cd. fl. 58). Del mismo modo, en la Resolución DIR 13311 de 16 de agosto de 2017, **COLPENSIONES** indicó que realizó investigación por la presunta mora de SOMOS IMPULSAR LTDA (PTNAL 01008215967) por los ciclos 1980-03 y 1980-04 y de PAGINAS SISTEMATIZADAS AMARILLAS (NIT 819000140) por los ciclos 1995-09 y 1995-11 al 1999-09, frente lo cual la Dirección de Ingresos por Aporte mediante memorial



2017\_7770704 del 27 de julio de 2017 indicó la imposibilidad de continuar la gestión ante la causal no localizado de la primera sociedad y la falta de prueba de los extremos temporales de la relación laboral para el segundo caso (fl. 19).

Si bien el demandante, en sede administrativa y judicial, no allegó prueba alguna que permita inferir la existencia de las relaciones laborales con los presuntos empleadores en mora por los ciclos antes relacionados, por cuanto de la revisión del expediente judicial y expediente administrativo no se observa prueba alguna en tal sentido, lo cierto es que la historia laboral expedida por **COLPENSIONES** el 28 de agosto de 2018 sí relacionó un total de 43 días de mora de SOMOS IMPULSAR LTDA entre el 18 de marzo de 1980 y el 29 de abril de 1980 (cd fl. 58).

En consecuencia, esta Sala acoge la posición jurisprudencial de la H. CSJ en cuanto que la mora del empleador en el pago de aportes y la negligencia de cobro de la administradora no pueden generar efectos negativos para el trabajador, sin embargo, no se consideraran los periodos de presunta mora de PAGINAS SISTEMATIZADAS AMARILLAS, por cuanto no se demostró de forma certera la existencia de la relación laboral por la cual se origina la obligación de pago de aportes.

En consecuencia, revisada la historia laboral del demandante, se tiene que solo acredita 747,16 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1° de 2005, por cuanto si bien se considera el periodo en mora de 43 días de mora de SOMOS IMPULSAR LTDA entre el 18 de marzo de 1980 y el 29 de abril de 1980, tal periodo es concurrente con el ciclo que laboró el demandante en la extinta CORPORACIÓN FINANCIERA DE TRANSPORTE CFT, entre el 29 de mayo de 1978 al 17 de agosto de 1988 (fl. 15 a 17), por lo cual no puede ser considerado como un periodo independiente:

<b>TOTAL SEMANAS</b>			
DESDE	HASTA	SEMANAS	SEM 29/7/05
1/09/1973	1/09/1974	52,29	747,164286
9/10/1974	24/10/1974	2,29	

9/02/1977	1/04/1977	7,43
1/04/1977	30/04/1978	56,29
29/05/1978	17/08/1988	533,43
23/10/1992	24/11/1992	4,71
30/11/1992	24/07/1993	33,86
1/08/1995	31/08/1995	2,43
1/09/1995	30/09/1995	4,29
1/10/1995	31/10/1995	2
1/03/2004	31/03/2004	2,86
1/04/2004	30/04/2004	4,29
1/05/2004	31/05/2004	0,14
1/08/2004	31/10/2004	12
1/01/2005	31/01/2005	3,86
1/02/2005	31/03/2005	8,57
1/04/2005	30/04/2005	3,71
1/05/2005	29/07/2005	12,7142857

Toda vez que la totalidad de las pretensiones de la parte demandante se fundan en que se declare que fue beneficiario del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, situación que no es posible acceder a dicha suplica, por cuanto no cumplió con las 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del acto legislativo 1° de 2005, por lo cual su régimen de transición, al cual accedió por edad el 1° de abril de 1994, finalizó el 31 de julio de 2010, fecha para la cual no contaba con la edad de pensión exigida para los varones de 60 años por la Ley 71 de 1988.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada de todas las pretensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** de todas las pretensiones, conforme la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO:** Costas de primera instancia a cargo del demandante **MIGUEL ÁNGEL ZÚÑIGA OROZCO**. Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0135-2020**

**Radicado N° 34-2018-00040-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.**, en contra de la sentencia proferida el 05 de agosto de 2019, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre el demandante y **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.**, existieron 2 contratos de trabajo a término indefinido, el primero del 29 de junio de 2015 al 31 de diciembre de 2015 y el segundo del 14 de junio de 2016 al 22 de julio de 2016, que finalizó el empleador sin justa causa, condenó al pago de comisiones, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, absolvió a la **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.** de todas las pretensiones y condenó en costas a la sociedad empleadora (fl. 165 a 166, 58:01 cd fl. 164).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 33 a 45, 48 a 51).**

**JUAN DAVID SERRANO PARRA** solicitó declarar dos contratos de trabajo a término indefinido, el primero del 29 de junio de 2015 al

30 de diciembre de 2015 y el segundo del 14 de junio de 2016 al 22 de julio de 2016, con **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.**, los cuales finalizó su empleador por despido sin justa causa, en consecuencia, condenar al empleador y solidariamente a **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.** a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, pago de la indemnización por despido, indemnización moratoria, indemnización de perjuicios indexada, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que fue vinculado por la EST **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.**, a través de dos contratos por obra o labor, por los extremos laborales solicitados; que **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.** realizó una capacitación en sus instalaciones y que se desempeñó como *agente call center* de dicha empresa; que su salario fue de un (1) smlmv más comisiones, bonificaciones, horas extras, recargos nocturnos y festivos y el auxilio de transporte, prestando su servicio en las instalaciones de **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.**, de lunes a viernes de 8am a 4pm y los sábados y domingos de 6am a 2pm o según las necesidades de la precitada sociedad, siendo sometida a las tablas de comisiones salariales de dicha empresa, con las cuales se evaluó su rendimiento, sin nunca recibir orden directa de la EST sino de los supervisores de la otra compañía, sin que hubiera ningún otro trabajador de **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.** ocupando un cargo similar, por cuanto todos los trabajadores con su cargo fueron contratados por la EST, siendo que el objeto misional de la sociedad es se centró de llamadas y telecomunicaciones con clientes de habla hispana. Manifestó que el 05 de febrero de 2017, solicitó a la EST copia de su contrato de trabajo y carta de despido, mientras que el 05 de julio de 2017, solicitó a la otra empresa presentó petición para agotar los mecanismos alternativos de solución de conflictos, presentando una tutela por su derecho fundamental de petición, la cual se declaró improcedente. Por último, que fue la EST quien efectuó el pago de la liquidación de los dos contratos.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la prestación del servicio en las instalaciones de la otra sociedad y que contestó un derecho de petición al demandante. Indicó que contrató laboralmente al demandante mediante dos contratos de trabajo por obra o labor determinada, por los extremos temporales alegados, a fin de que prestará su servicio como trabajador en misión en **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.** como *agente call center*, para cubrir un requerimiento temporal de personal de dicha empresa usuaria, quien determina hasta cuando existe dicha necesidad, siendo esa la obra o labor. Manifestó que pagó todas las acreencias laborales causadas, conforme la empresa usuaria le manifestó que se habían causado, estando sometido a una subordinación delegada. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, pago, buena fe, prescripción y la genérica (fl. 62 a 76).

La **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.** se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó los hechos relativos a que el demandante laboró en sus instalaciones y que presentó derecho de petición. Indicó que suscribió un contrato comercial de prestación de servicios con la EST **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.**, en virtud del cual el demandante acudió a sus instalaciones como trabajador en misión, como agente call center, en razón a un requerimiento temporal de personal, sin que la anterior actividad sea la actividad principal de la sociedad, siendo que la EST informó haber cumplido con todas las responsabilidades laborales, limitándose a ejercer la subordinación delegada. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y la genérica (fl. 96 a 107).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 165 a 166, 58:01 cd fl. 164).**

El 05 de agosto de 2019, el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** que entre JUAN DAVID SERRANO CARO y la sociedad SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA., existieron 2 contratos de trabajo a término indefinido así: 1. Del 29 de junio de 2015 al 31 de diciembre de 2015. 2. Del 14 de junio de 2016 al 22 de julio de 2016.

**SEGUNDO: DECLARAR** que los contratos de trabajo antes referidos terminaron sin justa causa por parte del empleador.

**TERCERO: CONDENAR** a la empresa SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA. al reconocimiento y pago de la suma de \$1.350.295 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

**CUARTO: CONDENAR** a la demandada SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA., al reconocimiento y pago a favor de JUAN DAVID SERRANO CARO de los siguientes valores y conceptos:

Comisiones	\$450.000.00
Cesantías	\$191.000.00
Interés a las cesantías	\$51.848.00
Prima de servicios	\$190.000.00
Vacaciones	\$95.000.00

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la demandada SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.

**SEXTO: CONDENAR** a la demandada SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA. al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., a razón de un día de salario por cada día de retardo estimado en la suma de \$22.981, causados a partir del 1° de enero de 2016 y hasta por 24 meses y a partir de allí y hasta que se verifique el reconocimiento y pago de los valores que adeuda la empleadora al demandante JUAN DAVID SERRANO CARO, el valor equivalente a los créditos de libre asignación según la certificación que para el efecto expida la Superintendencia Financiera.

**SÉPTIMO: ABSOLVER** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda a la sociedad SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.

**OCTAVO: CONDENAR** en costas a la sociedad SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA., inclúyase en la liquidación de costas la suma equivalente a un (1) SMMLV, valor en que se estiman las agencias en derecho. Líquidense por secretaria. (…)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si en aplicación del principio de realidad sobre las formas, existió un contrato de trabajo entre el 29 de junio de 2015 y el 22 de julio de 2016 y si el mismo lo finalizó el empleador de forma unilateral sin justa causa, en caso afirmativo, establecer si le asiste o no derecho al demandante al reconocimiento y pago de las acreencias e indemnizaciones laborales pretendidas en la demanda.

Para resolver indicó que se acreditó que entre el demandante y **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.** se suscribieron 2 contratos de trabajo por obra o labor, el primero del 29 de junio de 2015 al 31 de diciembre de 2015 y el segundo del 14 de junio de 2016 al 22 de julio de 2016. Indicó que la H.CSJ ha señalado que debe ser claro el acuerdo de voluntades sobre la obra, so pena que se entienda celebrado a término indefinido, pero los contratos de trabajo no indican las condiciones de tiempo, ni especifican la obra ni cuanto tardaría, porque se limitan a señalar que la obra es la señalada en el requerimiento del cliente, pero no se aportó dicho requerimiento y solo se allegó el contrato comercial de 2016, que no fijó el requerimiento de servicio del actor sino las relaciones entre las demandadas, por tanto, declaró que los contratos fueron a término indefinido. Frente a las comisiones, el demandante confesó que solo se deben las del primer contrato, que son salario en virtud del artículo 127 CST, fijando el contrato una remuneración de 1 smlmv más un salario variable del 82% del básico, comisiones que se detallan en los desprendibles de nómina, no obstante, no se consideraron en la liquidación y las testigos indicaron de forma contundente que si eran factor salarial y la testigo Yenny Paola Núñez Calderon indicó que la política era no pagar las comisiones cuando se había acabado el contrato. Fijó el monto adeudado en comisiones en \$450.000 según lo declarado por el demandante, porque no fue rechazado, liquidó las prestaciones sociales y vacaciones considerando el valor insoluto. Afirmó que no hubo prescripción porque la relación termino el 31 de diciembre de 2015 y la demanda se radicó el 31 de enero de 2018. Condenó a la indemnización por despido, porque al ser el contrato indefinido no se podía finalizar alegado la terminación de la obra.



Condenó a la indemnización moratoria, porque el demandante insistió varias veces en el pago de las comisiones, incluso con derecho de petición, siendo renuente el empleador porque es su política no pagarlas si el contrato terminó. Absolvió a **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.** Frente a la solidaridad, porque el contrato de suministro de personal es válido porque es para atender incrementos de llamadas y además los contratos de trabajo no superaron el término legal de la Ley 50 de 1990.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.** solicito revocar la sentencia. Indicó que se celebraron dos contratos de trabajo por obra y labor, que determinaron de forma expresa que la labor es el requerimiento de la empresa usuaria, el cual se acreditó que fue verbal en virtud de los testimonios practicados, atendiendo los incrementos en las llamadas. De otra parte, indicó que de forma errónea se validó como confesión el dicho del demandante a su favor del valor de la comisión, sin que exista prueba de su causación, porque si bien se reconoció que existen y que son factor salarial, no se demostró su causación en el caso particular del demandante. Finalizó indicando que no se puede presumir la mala fe y que no hay prueba de que exista una política de no pago de acreencias laborales, siendo que el contrato finalizó en debida forma por la terminación de la obra o labor<sup>1</sup> (01:01:17 cd fl. 164).

---

<sup>1</sup> Señora Juez, en la oportunidad procesal me permito promover y sustenta recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferirse en audiencia. Debo manifestar como idea central del recurso que la sentencia no tiene asidero en las pruebas practicadas en el proceso. En primer lugar, la señora Juez indicó que se configuró un contrato a término indefinido desdibujando la relación contractual entre SERVIMOS LTDA y el demandante JUAN DAVID SERRANO CARO, toda vez como explico en detalle que entre el demandante y mi representada claramente se celebró una relación contractual por obra o labor, como aparece en el plenario. Me permito citar brevemente la cláusula segunda del contrato por obra o labor suscrito con el demandante: "en concordancia con lo previsto en la cláusula anterior y para los efectos contenidos en el Art. 3 numeral 2 del Decreto 2351 de 1965, la solicitud de la empresa usuaria al requerir el cargo arriba señalado, es la causa que da origen a este contrato y constituye la materia de trabajo objeto del mismo" Vale señalar que la sentencia acusa de que no existe ninguna prueba donde este demostrado el requerimiento del que habla la cláusula que me permití parafrasear, pero lo anterior no es cierto porque si existe prueba, por lo cual dejé muy claro que no existe en la Ley ninguna formalidad para requerir personal, sin embargo, la sentencia acusó que no hay prueba y sí la hay porque fue la propia manifestación de la testigo Yenny Paola Núñez Calderon, testigo de la parte demandante, cuando afirmó que en su condición de supervisora y actualmente en el rol que desempeña para RED LATINOAMÉRICA DE SERVICIOS, en el extrado dijo que se hacían los requerimientos de forma verbal a la empresa de servicios temporales para los trabajadores en misión que fuesen requerido por la empresa usuaria RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA, luego, verbalmente se hace ese requerimiento y aquí quedó probado con la declaración de la testigo Yenny Paola Núñez e inclusive en forma detallada y muy amplia con la declaración de la testigo Yelkenys Jimenez

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, La apoderada de **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.** solicitó revocar la sentencia, por cuanto afirmó que como empresa de servicios temporales, vinculó mediante contratos de trabajo por obra o labor al demandante como trabajador en misión, siendo la obra el requerimiento temporal de la empresa usuaria, así mismo, que no se causaron las comisiones alegadas, sin que sea válido tener como

---

Solano. Ahora bien, vale la pena volver a recordar lo que quedo probado en el proceso respecto de la producción, como acertadamente señala la sentencia, la producción de RED LATINOAMÉRICA DE SERVICIOS en ese punto pequeño que es la actividad de call center, porque desempeña muchas más actividades, se requerían personales de manera muy variable ya que si había incremento se les llamaba y cuando hay baja de producción termina la naturaleza del servicio del personal en misión, eso quiere decir que si existe la justa causa para determinar que la obra ha sido terminada, luego no es entienda las razones de la sentencia para querer desnaturalizar la relación contractual, como expuse en los alegatos de conclusión, es una forma avalada en la Ley 50 de 1990, es una actividad que SERVIMOS LTDA, como empresa de servicios temporales, actividad que ejerce de manera lícita en el marco de la Ley, sin embargo, no hay conformidad con las razones expuestas por la señora Juez. La sentencia también parte de un supuesto que no tiene correctamente apreciación probatoria, que son las comisiones, porque la señora Juez nombró el artículo 167 CGP y ello corresponde a la carga de la prueba, que no solo esta en cabeza del extremo pasivo porque también esa carga corresponde a la parte actora, en este proceso, no obra ni una sola prueba válida que aparezca la causación de las comisiones. El yerro que comete la señora Juez, respetuosamente manifiesto, es que confunde un medio probatorio que es la confesión, que se obtiene del interrogatorio, porque se configura cuando las afirmación del deponente le son contrarias, no al revés, porque aceptó como medio probatorio único que la suma de \$450.000, denominados comisiones, surge de la declaración que el propio demandante hace en el proceso, eso es un yerro elemental en el campo probatorio porque las declaraciones propias del demandante no son pruebas, sobre todo cuando no se tiene un medio probatorio accesorio que apoye las declaraciones, faltando al deber procesal del artículo 167 CGP, que señala que no hay cumplimiento de dicha provisión legal sobre la parte actora porque no obra, como era su deber, pruebas que acrediten la causación de las supuestas comisiones. Vale también la pena señalar que en las declaraciones de testigo Yenny Paola Núñez, testigo del demandante, en el estrado declaró que las comisiones se podían causar o no causar y estamos en el segundo escenario señora Juez, es armonía con la declaración de Yelkenys Jimenez, quien indicó al Despacho que los trabajadores en misión enviados a RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA si reconocía comisiones y que eran factor salarial, pero sucede que en el caso particular de JUAN DAVID SERRANO CARO no las causó, además, a lo largo del proceso esta acreditada que estaban supeditadas a un criterio de producción, es decir, cuando el trabajador demuestra que tuvo una importante desempeño y el empleador así lo reconoce, SERVIMOS le pagaba la comisión, en este caso el señor demandante no demostró la causación de las comisiones y al no causarse y no tener una prueba válidamente practicada en el proceso, debe de contera desestimarse y revocarse todas las condenas que allí fueron sucediendo, en cuanto a la reliquidación de las prestaciones sociales que supuestamente se adeudan. Este recurso de apelación, afirmar respetuosamente que la sentencia no tiene asidero en las pruebas practicadas, porque la señora Juez hace una afirmación bastante grave de partir de la premisa que el contrato finalizó sin justa causa por mi representada, afirmando que se debe presumir la mala fe porque era una política de servimos, personalmente he asistido a las audiencias que se han desempeñado en este estrado y en ningún momento encuentro yo alguna afirmación que de sustento por parte de los testigos o del propio demandante para que se haga esa afirmación tan delicada respecto a la mala fe de servimos, por tanto, debe desestimarse esta condena igualmente. Finalmente, frente a la terminación la sentencia parte de la premisa que no se cumplió con lo previsto en el artículo 167 CGP, carga de la prueba, sin embargo, la sentencia yerra en partir de la base que ha debido sustentarse la terminación en otras causales distintas, pero si lo accesorio sigue la suerte de lo principal, como esta desvirtuada la naturaleza dada al contrato de trabajo en esta sentencia, porque siempre fue por obra o labor, realmente esta condena también debe ser revocada por esta razón, porque no sería dable que en un contrato por obra o labor se argumente una causal de terminación distinta que la labor se terminó, como se probó en este proceso. Así las cosas, dejo sentado y sustentado el recurso de apelación en contra de la sentencia, solicitando que sea revisada por el honorable Tribunal Superior de Bogotá y se proceda con la revocatoria de la sentencia que acaba de dictarse y se proceda con la absolución de todas las pretensiones de la demanda que fueron impuestas en contra de SERVIMOS LIMITADA.

prueba el propio dicho del demandante. La apoderada de **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.** solicitó revocar la sentencia para absolver a las demandadas, señalando que es una empresa beneficiaria que recibió al demandante como trabajador en misión, ejerciendo la subordinación delegada, sin que exista prueba alguna de las comisiones alegadas, así mismo, que los contratos de trabajo lo fueron por obra y labor y finalizaron cuando cesaron las tareas encargadas, momento en que cesó la obra contratada. Agotado el término de traslado, el **DEMANDANTE** se abstuvo de presentar alegatos.

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

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si le asiste o no derecho al demandante a declarar que los dos contratos de trabajo suscritos con **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.** lo fueron a término indefinido y si se adeuda o no el pago de comisiones y la procedencia de reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones, a fin de establecer la procedencia o no de acceder a las pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante y la demandada **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.** suscribieron el 29 de junio de 2015 contrato de trabajo por obra o labor determinada, a fin de prestar sus servicios como trabajador en misión en **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.**, en el cargo de agente call center (fl. 77 a 78), relación que finalizó el 31 de diciembre de 2015 (fl. 81); **ii)** el demandante y la demandada **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.** suscribieron el 14 de

junio de 2016, un segundo contrato de trabajo por obra o labor determinada, a fin de prestar sus servicios como trabajador en misión en **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.**, en el cargo de agente call center (fl. 79 a 80), relación que finalizó el 19 de julio de 2016 (fl. 82).

- **Sobre el Principio de Prevalencia de la Realidad Sobre las Formas en el Ámbito Laboral.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, mandato que ha sido analizado por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, quien determinó que su finalidad principal del mismo es la protección de los derechos laborales por encima del rigorismo formal cuando han tenido ocurrencia en la realidad, sin embargo, tal principio no se agota exclusivamente allí, por cuanto constituye un mandato de optimización de orden constitucional que permite analizar determinada situación para establecer si procede determinada protección, derecho o la aplicación de una consecuencia jurídica específica, tal y como indicó la Alta Corporación en las sentencias SL13834 de 2017, SL13444 de 2017, SL1485 de 2020, entre otras.

- **Sobre el Contrato de Trabajo por Obra o Labor Determinada.**

El artículo 45 del CST, determinó que el contrato de trabajo puede celebrarse por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, aspecto que reiteró el literal *d)* del artículo 61 CST, cuando estableció que el contrato de trabajo termina por terminación de la obra o labor contratada, así como el artículo 64 CST, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, cuando indicó que el valor de la indemnización por terminación unilateral sin justa causa corresponde al tiempo faltante del lapso determinado por la duración de la obra o labor contratada sin que pueda ser inferior a quince (15) días.

Respecto este tipo de contratación, en las recientes providencias SL3282 de 2019 y SL4095 de 2019, la H. Sala de Casación Laboral de

la CSJ indicó que se caracteriza porque la vigencia del contrato no depende de la voluntad o capricho del empleador, sino que depende de la esencia del servicio por cuanto va a durar tanto tiempo como se requiera para dar fin a la obra o labor que las partes determinaron e individualizaron en debida forma, por cuanto de tiempo atrás y forma sostenida ha indicado la H. CSJ que a falta de claridad de la obra o labor contratada se entiende que se celebra a término indefinido, tal y como reafirmó en las sentencias SL20718 de 2017 y SL2600 de 2018.

- **Sobre el Concepto de Salario.**

Conforme el artículo 127 CST, el salario abarca la remuneración ordinaria del trabajador y también todo lo que éste percibe, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. De lo anterior es posible inferir que es salario todo pago, en dinero o especie, que retribuye el servicio personal prestado por el trabajador.

De otra parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1993 modificó el artículo 128 CST, a fin de indicar que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, ni tampoco los pagos que recibe no para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados contractualmente si las partes disponen expresamente que no constituyen salario.

Atendiendo los anteriores presupuestos normativos, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó en la Sentencia SL1296 de 2019 que es salario todo pago cuya causa eficiente sea el trabajo prestado, esto es, que depende directamente de lo que haga o deje de hacer el trabajador, criterio definitivo para establecer la naturaleza salarial o no de un pago, siendo eventual el uso de otros criterios auxiliares como la habitualidad, permanencia, uniformidad o proporción del pago respecto del total de ingresos para inferir su naturaleza salarial en los

eventos en los que no es del todo clara su naturaleza retributiva del servicio, tal y como indicó en la Sentencia SL21210 de 2017.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró que entre el demandante y **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.**, existieron 2 contratos de trabajo a término indefinido, el primero del 29 de junio de 2015 al 31 de diciembre de 2015 y el segundo del 14 de junio de 2016 al 22 de julio de 2016, que finalizó el empleador sin justa causa, condenó al pago de comisiones, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, absolvió a la **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.** de todas las pretensiones y condenó en costas a la sociedad empleadora.

La apoderada de la demandada **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.**, interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que las partes celebraron dos contratos de trabajo por obra o labor determinada, siendo que el requerimiento de la empresa usuaria fue verbal, así mismo, que no se acreditó la causación de la comisión, sin que el dicho del propio demandante pueda ser considerado como prueba, así mismo, que no se puede presumir la mala fe y que no hay prueba de que exista una política de no pago de acreencias laborales.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que de conformidad con los antecedentes normativos expuestos, el principio de primacía de la realidad sobre las formas del derecho laboral y de la seguridad social implica que deba analizarse toda situación en su esencia, más allá del rigorismo formal, a fin de establecer la procedencia o no de aplicar determinada protección, derecho o consecuencia jurídica, tal y como indicó la H. CSJ en las sentencias SL13834 de 2017, SL13444 de 2017, SL1485 de 2020, entre otras.

Así las cosas, ha sido una posición pacífica y reiterada del máximo Tribunal en la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social sostener frente a los contratos de trabajo cuya duración se pacta por la duración de la obra o labor contratada, conforme los artículos 45, literal d) del artículo 61 y artículo 64 CST, que las partes deben individualizar y determinar en debida forma la obra por la cual se requiere el servicio del trabajador, por cuanto la falta de claridad al respecto conlleva a considerar que el contrato se celebró a término indefinido, conforme indicó en las sentencias SL20718 de 2017 y SL2600 de 2018.

En el presente asunto, no existe discusión entre las partes de que del demandante y **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.**, suscribieron dos contratos de trabajo, frente los cuales acordaron formalmente que se trataban de contratos por obra o labor determinada, vigentes el primero desde el 29 de junio de 2015 (fl. 77 a 78) hasta el 31 de diciembre de 2015 (fl. 81), mientras que el segundo tuvo vigencia del 14 de junio de 2016 (fl. 79 a 80) al 19 de julio de 2016 (fl. 82).

En los dos contratos antes mencionados, se acordó que el demandante se desempeñaría como trabajador en misión en el cargo de agente *call center* en la empresa usuaria **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.**, acordando las partes que el requerimiento de la empresa usuaria era la causa que daba origen al contrato, para efectos de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 del Decreto 2351 de 1965.

Del precitado acuerdo pretende la parte apelante que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se declare que los contratos de trabajo suscritos fueron por obra o labor determinada, petición a la cual no accederá la Sala por las razones que pasan a exponerse.

En primer lugar, conforme la posición de la H. CSJ el contrato de trabajo por obra o labor requiere que las partes individualicen y determinen, en debida forma, la obra o labor por la cual se requiere el

servicio del trabajador, siendo que la falta de claridad conlleva a que se considere que el contrato es a término indefinido. Revisado el texto de los dos contratos, si bien se indicó que la causa de los mismos fue el requerimiento de la empresa usuaria, en ninguna parte de determinó, con los suficientes elementos para descartar cualquier duda, la obra o labor, por cuanto se limitaron a indicar que la misma es el requerimiento de la empresa usuaria, sin exponer el contenido y alcance del mismo, siendo relevante indicar que solo se aportó copia de correo electrónico remitido por **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.** solicitando la contratación del demandante en 2016 (fl. 112), sin que en el mismo se delimite la duración y características de la obra, por cuanto se limitó a indicar cargo y fecha de vinculación.

Ahora bien, frente a la tesis de la apelante de que los requerimientos entre las sociedades eran verbales, lo cierto es que los interrogatorio de la Sra. NATALIA DÍAZ BONILLA, representante legal de **RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S.**, no preciso en modo alguno que el mismo fuera verbal, aspecto que tampoco indicó el Sr. RUBÉN DARÍO LÓPEZ CORREA, representante legal de **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.**, ni tampoco las testigos YELKENYS JIMENEZ SOLANO y YENNY PAOLA NÚÑEZ CALDERÓN, a la vez que el contrato de prestación de servicios temporales suscrito entre las demandadas en el año 2016 determinó que toda solicitud de vinculación se detallara en cada orden de pedido que se realice (fl. 109), siendo que solo se aportó la solicitud de 2016 (fl. 112), respecto del cual se reitera que el mismo no delimitó la duración y características de la obra.+

Por las anteriores razones, se confirmará la decisión de primera instancia en lo que respecta a la declaración de que los dos contratos de trabajo fueron a término indefinido, lo que conlleva a la condena al pago de la indemnización por terminación unilateral sin justa causa por parte del empleador de los mismos, por cuanto no era viable alegar la terminación de la obra o labor como justa causa para su finalización (fl. 81 y 82).



Pasa la Sala a resolver el segundo punto de apelación, respecto la presunta mora en el pago de comisiones y la subsecuente liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, que en últimas conllevó a la condena al pago de la indemnización moratoria.

Sea lo primero indicar que el artículo 167 CGP, aplicable a nuestra especialidad en virtud de la remisión del artículo 145 CPTSS, impuso el deber de la carga de la prueba a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En el presente asunto, el demandante reclama el pago de comisiones, sin embargo, ni en su demanda ni en las pruebas documentales que aportó preciso la cuantía adeudada por tal concepto, siendo que de dichas piezas probatorias no es posible inferir si cumplió o no con los requisitos de causación de las mismas, por cuanto de la lectura de los dos contratos de trabajo se aprecia que el Parágrafo Quinto de la Cláusula Quinta, común a ambos contratos, indica que en cualquier caso que se genere una remuneración variable, el 82,5% de su valor se imputara a comisiones o cualquier otra modalidad salarial y el 17,5% restante a remunerar días dominicales o festivos; sin que de tal redacción, se pueda concluir, como lo hizo la Juez de primera instancia, que se tratan de las condiciones de causación de la comisión, por cuanto solo se limitan a describir cómo se ha de entender el porcentaje de las mismas mas no a señalar los requisitos que se deben cumplir para el disfrute de las comisiones.

En consecuencia, resulta relevante considerar que YENNY PAOLA NÚÑEZ CALDERON, al rendir testimonio, informó que en su calidad de Asesora Comercial, coordinadora ventas, auditora calidad, supervisora senior y líder de cuenta, conoció directamente del procedimiento de fijación de las comisiones, quien indicó que los supervisores senior revisaban los datos del sistema a fin de evaluar el desempeño de los agentes del call center, para establecer si se causaban o no las comisiones, enviando dicha información a la líder de cuenta y luego ella a la gerente para que fueran revisadas.

De lo anterior se puede inferir que la generación de la comisión estaba condicionada al desempeño del actor, sin que se pruebe como fue el mismo, razón por la cual solo se pueden considerar las comisiones que fueron descritas expresamente en los desprendibles de pago relativos al primer contrato de trabajo, por cuanto el demandante de forma expresa confesó en su interrogatorio de parte que su inconformidad sobre las comisiones solo abarca la primera vinculación (07:04 cd fl. 155).

Así las cosas, sumados los conceptos cancelados por salarios, tiempo suplementario, recargos, bonificación y comisiones, pagados del 29 de junio de 2015 al 31 de diciembre de 2015 (fl. 15 a 31, 52 a 53), se tiene que el salario promedio del demandante asciende a \$870.706, de conformidad con la siguiente relación de pagos:

SALARIO						
DESDE	HASTA	SALARIO BASE	ARGOS/H. EXT	COMISIÓN	INCENTIVO	TOTAL MES
29/06/2015	30/06/2015	\$ 42.957	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 42.957
01/07/2015	31/07/2015	\$ 644.350	\$ 139.609	\$ -	\$ 85.913	\$ 869.872
01/08/2015	31/08/2015	\$ 644.350	\$ 139.609	\$ -	\$ -	\$ 783.959
01/09/2015	30/09/2015	\$ 644.350	\$ 59.871	\$ 347.591	\$ 21.478	\$ 1.073.290
01/10/2015	31/10/2015	\$ 644.350	\$ 121.621	\$ 337.313	\$ 21.478	\$ 1.124.762
01/11/2015	30/11/2015	\$ 644.350	\$ 147.127	\$ 451.081	\$ 21.478	\$ 1.264.036
01/12/2015	31/12/2015	\$ 644.350	\$ 48.327	\$ 256.139	\$ -	\$ 948.816
<b>SALARIO PROMEDIO</b>						<b>\$ 870.706</b>

El precitado salario resulta inferior al utilizado por la demandada **SERVICIOS Y MANO DE OBRA SUPLEMENTARIA SERVIMOS LTDA.**, en la liquidación de prestaciones efectuada para el primer contrato de trabajo (fl. 29 y 87), por cuanto efectuadas las operaciones por el Despacho arrojan las siguientes sumas:

SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES								
DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO	AUX. TRANS	CESANTÍA	INT. CESANTÍA	PRIMA SERV	VACACIONES
29/06/2015	31/12/2015	183	\$ 870.706	\$ 74.000	\$ 480.226	\$ 29.294	\$ 480.226	\$ 221.305
<b>TOTAL</b>					<b>\$ 480.226</b>	<b>\$ 29.294</b>	<b>\$ 480.226</b>	<b>\$ 221.305</b>

Así las cosas, considerando que la sociedad empleadora realizó el pago de las prestaciones sociales y vacaciones con un valor superior, se revocarán las condenas al pago de las mismas, así como de las comisiones por \$450.000. Lo anterior conlleva a la absolución de la indemnización moratoria, por no existir saldo pendiente de pago por salarios y prestaciones sociales.

Lo anterior sin perjuicio del pago de la indemnización del artículo 64 CST, por cuanto efectuada su liquidación conforme el salario promedio acreditado para la primera relación y el salario promedio utilizado en la liquidación del segundo contrato de trabajo (fl. 88), arroja una suma superior a la fijada en primera instancia:

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 64 CST						
DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO	SALARIO D.	DIAS INDEM.	VR. INDEM.
29/06/2015	31/12/2015	183	\$ 870.706	\$ 29.024	30	\$ 870.706
14/06/2016	22/07/2016	39	\$ 880.086	\$ 29.336	30	\$ 880.086
<b>TOTAL</b>						<b>\$ 1.750.792</b>

Sin costas en esta instancia.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que el valor de la indemnización del artículo 64 CST asciende a la suma de \$1.750.000, conforme la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: REVOCAR** los numerales cuarto y sexto de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

**CUARTO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.



**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**Magistrada.**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado.**



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

**S03-0125-2020**

**Radicado N° 35-2018-00029-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandante **GLORIA ISABEL VECINO GALLEGO**, de la demandada **PORVENIR** y el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la demandada **COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 28 de junio de 2019, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS de la demandante, condenó a **PORVENIR** a trasladar los recursos de la CAIP y gastos de administración a **COLPENSIONES**, a quien ordenó recibir dichas sumas y reactivar la afiliación en el RPM y condenó en costas a **COLFONDOS** (fl. 248, 256, 15:28 cd fl. 251).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA (fl. 2 a 26).**

**GLORIA ISABEL VECINO GALLEGO** solicitó declarar la nulidad del traslado del RPM al RAIS por su afiliación a **COLFONDOS** y posterior traslado a **PORVENIR**, en consecuencia, declarar que está afiliada al RPM y que es beneficiaria del régimen de transición

pensional, en consecuencia, condenar a **PORVENIR** a trasladar sus aportes y rendimientos a **COLPENSIONES**, a esta última a reactivar la afiliación y actualizar la historia laboral, así como al reconocimiento de la pensión de vejez conforme el Decreto 049 de 1990, a partir de la última cotización, condenas ultra y extrapetita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 29 de octubre de 1953; que el 18 de mayo de 1978, se afilió al extinto ISS; que en noviembre de 1994, se trasladó del RPM al RAIS con su afiliación a **COLFONDOS**, la cual no suscribió su empleador, quien continuó pagando aportes al ISS, así mismo, en marzo de 1999, se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR**, sin que dichas AFP brindaran información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Señaló que en junio de 2017, **PORVENIR** realizó proyección pensional con un valor de mesada de \$1.510.000, mientras que la mesada en el RPM sería de \$5.864.432. Por lo anterior solicitó el 31 de agosto de 2017, a **PORVENIR** y el 20 de noviembre de 2017 a **COLFONDOS** a anular su afiliación, mientras que el 31 de agosto de 2017, solicitó a **COLPENSIONES** su afiliación, peticiones que fueron rechazadas.

#### • **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y su permanencia al RPM. Indicó que si bien la demandante efectuó cotizaciones, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1° de 2005 no contaba con 750 semanas cotizadas, de otra parte, señaló que no puede retornar al RPM por la restricción por edad y no puede retornar en cualquier tiempo porque no cumple los requisitos de las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, además no acreditó ningún vicio en el consentimiento y, de haber existido, prescribió la acción de nulidad. Interpuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica (fl. 122 a 126).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado de AFP y que realizó proyección pensional. Indicó que la afiliación de AFP se realizó conforme derecho, por cuanto la demandante manifestó por escrito su decisión libre e informada para ello, previa asesoría válida según las normas vigentes para ese entonces, sin manifestar reparo o reproche alguno, surgiendo el deber de asesoría con herramientas comparativas hasta la Ley 1748 de 2014, sin que sea proceden la inversión de la carga de la prueba permitiendo a la demandante alegar su propia culpa a su favor, a la vez que no aplica el precedente jurisprudencial porque la actora no tenía derecho adquirido ni expectativa legítima a su traslado. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la innominada (fl. 145 a 152).

**COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y que negó solicitud de nulidad de su afiliación. Indicó que la demandante suscribió de forma libre y sin vicios el formulario de afiliación a la AFP, previa asesoría completa sobre las implicaciones del traslado, sin que la demandante presentara ninguna inconformidad o se trasladará al RPM, sino que reiteró su deseo de estar en el RAIS con los traslado de AFP, sin que el error de derecho vicie el consentimiento. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de prueba de causal de nulidad o ineficacia, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier eventual nulidad en la afiliación y la innominada o genérica (fl. 179 a 200).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 248, 256, 15:28 cd fl. 251).**

El 28 de junio de 2019, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado efectuado por GLORIA ISABEL VECINO GALLEGO al régimen de*

*ahorro individual con solidaridad con la AFP COLFONDOS S.A., como consecuencia de ello, ordenar a la AFP PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución del capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, conforme a lo establecido en la parte motiva de la sentencia.*

**SEGUNDO:** *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliarse a la demandante al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que está hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.*

**TERCERO:** *CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., por tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de Colpensiones y Porvenir.*

**CUARTO:** *En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que estudie en grado jurisdiccional de consulta. (...)*”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si se debe declarar la nulidad de la afiliación de la accionante a **COLFONDOS** por falta de información y si en consecuencia procede ordenar el traslado a **COLPENSIONES**, junto con todos los aportes realizados, así como condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento de la pensión de vejez conforme el Decreto 049 de 1990, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Para resolver indicó que el traslado del RPM al RAIS se efectuó en noviembre de 1994, acto que debía estar precedido de una asesoría completa y adecuada, debiendo la AFP demostrar el cumplimiento de dicho deber, conforme la posición de la H. CSJ, que estableció que el deber de información implica dar a conocer las ventajas y desventajas del traslado conforme el caso particular de cada afiliado, sin que sea suficiente el formulario para demostrar dicho cumplimiento. En este caso, no se acredita por **COLFONDOS** el cumplimiento de dicho deber, por tanto, declaró la nulidad del traslado del régimen y de los



subsecuentes traslados de AFP, sin que pueda derivarse ningún derecho ni obligación del acto nulo, por lo cual condenó a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** los aportes y sus rendimientos, asumiendo a su propio patrimonio los gastos administrativos. Frente a la pretensión de declaratoria de pensión, indicó que es **COLPENSIONES** quien debe realizar dicho estudio para establecer si hay lugar a su reconocimiento, oportunidad en la cual podrá determinar la situación de la demandante, quien desde 1994 realizó aportes a terceras entidades, por eso, una vez **PORVENIR** realice el traslado de los aportes **COLPENSIONES** tendrá todas las herramientas para resolver la solicitud de reconocimiento pensional. Condenó en costas a **COLFONDOS**.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandante **GLORIA ISABEL VECINO GALLEGO** solicitó adicionar la sentencia, a fin de que se haga manifestación expresa en el resuelve de que en virtud de la nulidad del traslado del régimen pensional continua siendo beneficiaria del régimen de transición pensional<sup>1</sup> (01:27:30 cd fl. 239).

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia. Indicó que el traslado no incurrió en prohibición legal, no tenía la demandante derecho adquirido alguno y dio su consentimiento libre y voluntario, luego de ser informada sobre las implicaciones de dicha decisión, en especial frente al régimen de transición, a la vez que reafirmó su voluntad de permanecer en el RAIS con el gran número de semanas aportadas y el traslado de AFP, sin aportar pruebas sobre los

---

<sup>1</sup> Gracias. Me permito solicitar o manifestar en esta oportunidad procesal que es pertinente se adicione la sentencia con una manifestación expresa sobre la disposición del régimen de transición del cual continua siendo beneficiaria la demandante, porque desde el inicio en la fijación del litigio así se solicitó y en la sentencia de primera instancia no se hizo alusión expresa frente al particular y como quiera que se declara la nulidad del traslado de régimen, la consecuencia natural es que la demandante, por acreditar más de 35 años al 1° de abril de 1994 conforme da cuenta su documento de identificación que nació el 29 de octubre de 1953, continua siendo beneficiaria del régimen de transición, además, conforme la documental se logró acreditar que al 29 de julio de 2005, esto es, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1° de 2005, acreditó con suficiencia más de 750 semanas, por ello solicitó al Tribunal, en ese sentido se adicione la sentencia como quiera que esta apoderada en procesos diferente al que nos ocupa ha tenido inconvenientes en el cumplimiento de la sentencia, como quiera que COLPENSIONES, en un extremo rigorismo, ha objetado el reconocimiento del régimen de transición cuando las sentencias judiciales no hacen alusión a éste en la parte resolutive de la sentencia, en ese orden de ideas solicitó que se modifique la sentencia. Gracias.

presuntos vicios del consentimiento y sin que se puedan aplicar las obligaciones de la Ley 1748 de 2014 de forma retroactiva y sin que se pueda alegar el error de derecho, en todo caso, indicó que si se ordena el traslado de los rendimientos, debe la demandante asumir los gastos de administración<sup>2</sup> (01:29:59 cd fl. 239).

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** solicito revocar la sentencia. Indicó que el fallo atenta contra el principio de sostenibilidad fiscal y coloca en riesgo el RPM, además, requirió considerar la formación de la demandante, que perdió el régimen de transición cuando de forma voluntaria se trasladó al RAIS y estudiar lo referente a los aportes efectuados a la Caja de Previsión Municipal<sup>3</sup> (01:32:51 cd fl. 239).

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

---

<sup>2</sup> Su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acabó de notificar, porque no hay lugar a la prosperidad de ninguna de las pretensiones incoadas contra mi representada, porque se evidencia que no se afectó el acto libre y voluntario de traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante, porque con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera, así mismo, al momento del traslado no había adquirido derecho alguno y su consentimiento fue voluntario y libre de apremio, máxime cuando renunció al régimen de transición con la suscripción de mismo aun siendo informada sobre la implicación de dicha decisión, tercero, la voluntad de permanencia en dicho en el RAIS se reafirma con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación inicial en 1994, así mismo, el traslado de AFP se puede entender como actos de querer permanecer en dicho régimen, así mismo, respecto de los vicios del consentimiento alegados por la demandante por error inducido y dolo, no aportó pruebas pertinente pese tener la carga procesal de hacerlo, según lo dispone el artículo 167 CGP, simplemente solo alegó la eventual falta del deber de información, pero si bien no había documentación respecto de las asesorías prestadas, dicha obligación nació con la expedición de la Ley 1748 de 2014, que no tenía efectos retroactivos, así las cosas, las consecuencias del traslado de régimen las definió la Ley 100 de 1993 y por ello cualquier duda interpretativa de la norma es un error de derecho, que conforme el artículo 1509 CC no tiene alcance para viciar el consentimiento. De igual manera, frente los gastos de administración, no resulta equitativo que la demandante tenga acceso y se beneficie de los rendimientos que el ejercicio fiduciario de COLFONDOS y PORVENIR y aun así no quiera asumir la carga que dicho negocio le impuso que son asumir los gastos de administración, además, dichos gastos también se invierten en los seguros provisionales y ya no se encuentran en poder de la administradora porque ya fueron causados, además, cada régimen tiene aspectos favorables y desfavorables, por ello el ordenamiento jurídico otorga al afiliado la posibilidad de escoger y una vez lo hace, asume las restricciones sobre las cuales se pronunció la Corte Constitucional, sin que pueda invalidar por vía jurisprudencia, asumiendo de forma equivocada que los errores de derecho vician el consentimiento o imponiendo, de manera retroactiva, a las AFP requisitos o trámites que la norma no contemplada para la época de la afiliación. De este modo dejo sustentado el recurso de apelación.

<sup>3</sup> Estando en la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación ante los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, por el fallo emitido hoy 28 de junio de 2019 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito, en relación a que dicho fallo es atentatorio del principio constitucional de la sostenibilidad fiscal y pone en riesgo el régimen administrado por Colpensiones, por cuanto está está revestido por la solidaridad y cabe anotar que en el año 2018 se presentaron 150 mil traslado, lo que eventualmente, si fue lo que motivo la nulidad de traslado y este caso particular que no es el interés económico, se reitera que se pone en riesgo a un sistema solidario. Además, también, ruego a los señores magistrados que se tenga en cuenta, en el recurso de alzada, la calidad de la persona que ostenta la profesión de abogada y su especialización y referente al régimen de transición, dese cuenta que al efectuarse un traslado, este derecho no sobrevive, así mismo, que se estudie lo referente a que si también existieron aportes a la caja de previsión social municipal, por cuanto solicitó respetuosamente a los magistrados que como bien se estipulo en la primera audiencia, de ser el fallo condenatorio, sea estudiado por mi representada COLPENSIONES.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto afirmó que es acorde con la postura jurisprudencial de la H. CSJ sobre las consecuencias del incumplimiento del deber de información y asesoría de las AFP. Por su parte, la apoderada general de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó el poder a la Dra. AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA, identificada con CC 51.713.048 y portadora de la TP 67.612 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia, por cuanto la demandante se encuentra debidamente afiliada en el RAIS, está sometida a la restricción de traslado por edad, cualquier eventual causal de nulidad se saneó y su retorno afecta la sostenibilidad fiscal, en caso de confirmarse la decisión, solicitó ordenar a las AFP entregar todos los recursos y establecer un término para ello. De otra parte, la demandada **PORVENIR** otorgó poder especial a la Dra. Yesenia Tabares Correa, identificada con CC 1.037.608.320 y portadora de la TP 242.706 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada principal de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia, por cuanto sus asesores están capacitados para brindar asesorías, siendo prudente aplicar la carga dinámica de la prueba, a fin de no crear una situación desventajosa a la AFP y para considerar que el deber de información tuvo etapas, en la cual la primera solo obligaba a suministrar información, sin que se exigiera dejar por escrito algún documento referente a dicha asesoría verbal, por lo cual no se puede concluir que no se brindó sin pruebas del demandante, en todo caso, de forma subsidiaria, solicitó no ordenar la devolución de los gastos de administración. Agotado el término, **COLFONDOS** se abstuvo de presentar alegatos.

## V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto,

procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

## **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recurso de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS** y el subsecuente traslados entre AFP, cumplieron o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos y determinar las consecuencias de ello.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **GLORIA ISABEL VECINO GALLEGO** nació el 29 de octubre de 1953 (fl. 27); **ii)** la demandante estuvo afiliada al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES**, registrando aportes del 18 de mayo de 1978 hasta el 30 de noviembre de 1997, acumulando 132,71 semanas (fl. 127 a 128); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **COLFONDOS** el 30 de noviembre de 1994 (fl. 202), el cual se hizo efectivo el 1° de diciembre de 1994 (fl. 201); **iv)** la demandante se trasladó de AFP al suscribir formulario de afiliación la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR** el 06 de abril de 1999 (fl. 154), posteriormente suscribió formulario de afiliación con **PORVENIR** el 28 de febrero de 2000 (fl. 46), el cual se hizo efectivo el 1° de abril de 2000 (fl. 155); donde permanece actualmente afiliada y donde a junio de 2017 acumula 1330 semanas cotizadas (fl. 47).

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

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, 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.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con

radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró nulo el traslado del RPM al RAIS de la demandante, condenó a **PORVENIR** a trasladar los recursos de la CAIP y gastos de administración a **COLPENSIONES**, a quien ordenó recibir dichas sumas y reactivar la afiliación en el RPM y condenó en costas a **COLFONDOS**.

La apoderada de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó adicionar la sentencia para disponer expresamente que por ser nulo el traslado de régimen, la demandante sigue siendo beneficiaria del régimen de transición pensional.

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que el demandante conocía las características de cada régimen y escogió el RAIS, que su retorno

al RPM afecta la solidaridad pensional e implicaría un reconocimiento prestacional sin cotizaciones, surgiendo el deber de información hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014, así mismo, de confirmarse la decisión, solicitó no ordenar la devolución de los gastos administrativos.

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que el fallo atenta contra la sostenibilidad fiscal del RPM, que no se tuvo en cuenta la formación de la demandante, que perdió el régimen de transición por su traslado válido al RAIS y estudiar los aportes efectuados a la Caja de Previsión Municipal.

Pasa el Despacho a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado

de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS por la afiliación a **COLFONDOS** el 30 de noviembre de 1994 (fl. 202), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, omisión en la cual también incurrieron las demás AFP a donde se trasladó la demandante, sin que el cumplimiento diligente del deber de asesoría pueda acreditarse solo con el formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP no demostraron que cumplieron dicha obligación.

Las anteriores obligaciones de las AFP debieron cumplirse en el caso específico de la demandante de forma aún más rigurosa, por cuanto el traslado de régimen implicó la pérdida de su régimen de transición pensional, sin que el hecho de que la demandante sea abogada especializada en derecho de familia implique que las AFP puedan exonerarse de sus obligaciones de información y buen consejo, quienes no aportaron prueba del cumplimiento de dichos deberes al brindar una asesoría completa y comprensible sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro, en especial respecto del régimen de transición.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se



encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**, y a esta a afiliar a la demandante sin solución de continuidad, como si nunca se hubiera trasladado de régimen.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **COLFONDOS** y **PORVENIR**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de las AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se declarará que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e

imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Costas de primera instancia a cargo de **COLFONDOS** y **PORVENIR**, por cuanto se declara la ineficacia del traslado porque dichas AFP no acreditaron el cumplimiento del deber de información con el demandante. Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del RAIS al RPM y de los subsecuentes traslados de AFP que realizó la demandante **GLORIA ISABEL VECINO GALLEGO**, conforme la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a **COLPENSIONES** a afiliar a la demandante sin solución de continuidad, como si nunca se hubiera trasladado de régimen.

**TERCERO: ADICIONAR** el numeral quinto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los gastos de administración, debidamente indexados, que

recibió por motivo de la afiliación de la demandante, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**CUARTO: ADICIONAR** el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**QUINTO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** las costas de primera instancia a cargo de **COLFONDOS** y **PORVENIR**. Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0122-2020**

**Radicado N° 35-2018-00559-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación del demandante **EDGAR IVÁN LAGUADO GUIO** en contra de la sentencia proferida el 08 de julio de 2019, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a las demandadas de las pretensiones y condenó en costas al demandante (fl. 254 a 255, 53:04 cd fl. 239).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA (fl. 74 a 83).**

**EDGAR IVÁN LAGUADO GUIO**, solicitó como pretensiones principales declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS por su afiliación a **OLD MUTUAL**, por cuanto no se respetó el tiempo mínimo de permanencia en cada régimen, en consecuencia, ordenar su retorno al RPM y devolver a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos por la AFP con ocasión de la vinculación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. Como pretensiones subsidiarias solicitó declarar nulo el traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, ordenar su retorno al RPM, que la AFP retorne todos los valores que recibió con

ocasión de la vinculación, condenas ultra y extrapetita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 13 de abril de 1960; que se afilió al extinto ISS el 25 de junio de 1979; que en enero de 1999, se trasladó del RPM al RAIS afiliándose a la AFP SKANDIA hoy **OLD MUTUAL**; que retornó al RPM en octubre de 2002; que en noviembre de 2003 se afilió de nuevo a la AFP SKANDIA hoy **OLD MUTUAL**. Indicó que la afiliación que se realizó el 08 de noviembre de 2003, desconoció el tiempo mínimo de permanencia en un régimen de 5 años, adicionalmente, dicha AFP no le suministró información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; afirmó que conforme dictamen pericial, existe una notoria diferencia en el monto de la mesada entre cada régimen, motivo por el cual el 23 de febrero de 2018 presentó solicitud de nulidad de su afiliación a la AFP, al tiempo que presentó a **COLPENSIONES** solicitud de vinculación, peticiones que fueron rechazadas.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, sus traslados al RAIS y que negó el retornó al RPM. Indicó que el traslado del demandante al RAIS es valido porque no acreditó causal de nulidad ni vicio del consentimiento, sin que sea valido alegar la propia culpa a su favor, además que el demandante retornó al RAIS luego de haber regresado al RPM, lo que denota su voluntad de pertenecer a dicho régimen. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena a intereses moratorios y costas, inexistencia del derecho y de la obligación, pago y reconocimiento officioso de excepciones (fl. 87 a 91).

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, que está afiliado a la AFP por afiliación de 2003 y que negó su petición

de nulidad de la afiliación. Indicó que la vinculación inicial del demandante al RPM fue el 23 de enero de 1998, porque al 1° de abril de 1994 no estaba realizando cotizaciones, trasladándose a AFP SKANDIA el 30 de noviembre de 1998, por lo que al no cumplir el tiempo mínimo exigido en un régimen entró en multivinculación, por lo que en el Comité del 06 de marzo de 2003, se resolvió el conflicto a favor del extinto ISS, por lo cual se retornaron los aportes al RPM el 11 de junio de 2003, posteriormente, el 08 de septiembre de 2003 el demandante se trasladó de nuevo a la AFP SKANDIA hoy **OLD MUTUAL**, incurriendo en una segunda multifiliación, la cual se sometió a Comité el 04 de abril de 2006, el cual determinó que la afiliación válida era a la AFP. De otra parte, indicó que previa la única afiliación válida, la AFP suministró toda la información necesaria para una decisión consciente, la cual no amplió el demandante durante sus años de afiliación, sin que el error de derecho vicie el consentimiento y, en todo caso, la acción de nulidad prescribió, sin que para esa época estuvieran vigentes los deberes de información establecidos con el Decreto 2555 de 2010 y la Ley 1748 de 2015. Interpuso las excepciones de prescripción y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (fl. 123 a 177).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 254 a 255, 53:04 cd fl. 239).**

El 08 de julio de 2019 el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor EDGAR IVÁN LAGUADO GUIO.*

*SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS al demandante EDGAR LAGUADO GUIO, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho la suma de \$100.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas.*

*CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se estudie en el grado jurisdiccional de consulta. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS por no cumplirse el tiempo de permanencia mínimo de 5 años en un régimen, de forma subsidiaria establecer si procede o no declarar la nulidad del traslado del RPM al RAIS por ausencia de debida información, en caso afirmativo, determinar la procedencia de condenar a la AFP a trasladar todos los aportes y sus rendimientos a Colpensiones y de la condena a costas.

Para resolver determinó que no se incumplió con el tiempo mínimo de permanencia antes del traslado de régimen, por cuanto la afiliación del demandante a la AFP PENSIONAR de noviembre de 1998 se anuló por el comité de multifiliación, decisión que se notificó al actor el 1° de agosto de 2003, por tanto, como no produjo efectos, cuando el demandante se trasladó a la AFP SKANDIA en septiembre de 2003, cumplió el término de permanencia. Respecto de la pretensión subsidiaria, indicó que la jurisprudencia de la H. CSJ estableció que el traslado de régimen debe estar precedido de una asesoría completa y adecuada y que corresponde a la AFP demostrar el cumplimiento de dicho deber, deber que implica dar a conocer las ventajas y desventajas del traslado, sin que sea suficiente el formulario para demostrar dicho conocimiento. Si bien la AFP demandada no demostró el cumplimiento de dicho deber, al demandante se le declaró nulo en una primera oportunidad el traslado e insistió en afiliarse al RAIS y pretende 20 años después retornar al RPM, sin que se pueda decir que es un afiliado lego porque ya una vez estuvo en el RAIS, se invalidó su permanencia y decidió de nuevo trasladarse al RAIS, pese que le avisaron en 2 oportunidades la multifiliación, pese lo cual insistió, además, tuvo actividades posteriores como consultar por su bono pensional, por lo cual absolvió.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN.**

El demandante **EDGAR IVÁN LAGUADO GUIO** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que no se efectuó la correcta valoración de los elementos de prueba, por cuanto en 1998 el

actor suscribió formulario de afiliación a AFP, el cual se declaró nulo por multiafiliación, sin que se hubiera reconocido la presunta notificación de dicha decisión el 1° de agosto de 2003, la cual nunca se efectuó, aprovechando la AFP dicho desconocimiento para hacer incurrir en error al demandante para firmar un segundo formulario para solucionar un presunto problema de la afiliación inicial, al punto que dicho formato tiene marcada la opción de reafiliación y que se suscribió en la casa del demandante por la insistencia del Fondo, siendo relevante que para dicha época el demandante no se encontraba laborando, oportunidad en la cual no se le brindó información del alcance y consecuencia de firmar dicho formulario, siendo tal la mala fe de la AFP que generó un segundo conflicto por multiafiliación, existiendo un daño grave para el demandante derivado de la falta de información representado en el monto de su mesada en el RAIS comparada con la que recibiría en el RPM<sup>1</sup> (53:33 cd fl. 239).

---

<sup>1</sup> De manera respetuosa interpongo recurso de apelación respecto del fallo proferido por su Despacho con fundamento en los siguientes argumentos o sustento. Si bien es cierto el Despacho hace una valoración inicial en la parte considerativa de su fallo señalando que la jurisprudencia determinó que en estos casos lo que debe primar es la información suficiente, clara y precisa al demandante respecto del régimen pensional que se escoge, para en primera instancia condenar el retorno del afiliado al RPM, sin embargo, en esa misma parte considerativa concluye que aplicando la misma jurisprudencia, más bien decide no conceder el traslado porque en su criterio el afiliado solicitó dos veces ser trasladado a Colpensiones, es preciso señalar el ad quo hace una indebida valoración de las pruebas aportadas al proceso por lo siguiente: a) si bien es cierto, el demandante en el año 1998 firmó un formulario de afiliación, visto a folio 56 del expediente, dicha afiliación fue declarada nula por comité de multiafiliación en el año 2003 y esa multiafiliación se le notificó al demandante por comunicación del 1° de agosto de 2003 folio 91, comunicación que fue desconocida por el demandante en la oportunidad procesal correspondiente, comunicación que no tiene acuse de recibido del demandante, comunicación que nunca fue recibida por el demandante y, por tal razón, SKANDIA aprovechando ese desconocimiento del actor, en el mes de septiembre del mismo año 2003 llama al demandante, como quedó acreditado con el interrogatorio de parte por él absuelto, informándole que debía hacer un proceso de reafiliación y así se hizo constar en el formulario visto a folio 57 del expediente, parte superior derecha, en la cual se le informó al demandante que simplemente había un problema con el diligenciamiento del formulario y que se debía volver a firmar el formulario, este último que firmó de buena fe, sin que se hubiera hecho un proceso de información de las consecuencias de la firma de ese documento, y es qui donde sí es aplicable la jurisprudencia citada por el Despacho y ratificada por la sentencia SL1421 de 2019, con radicado 56.174, que me permito citar: “(...) Al efecto, sobre la decisión libre y voluntaria que debe acompañar al acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de esta Sala, en sentencia SL19447-2017, ha sido consistente en señalar que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, habrá de estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea. Tampoco se trata de diligenciar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado (...)”, en este caso, como se acreditó tanto con el formato de afiliación a folio 57, como con lo expresado por el demandante en el interrogatorio de parte, la entidad demandada no suministró ninguna clase de información al demandante en la fecha que suscribió el formato No. 168737, por el contrario, únicamente se le informó que había existido un problema en su afiliación y que se requería que él firmara nuevamente el formulario, eso es como cuando va y saca un préstamo a un banco, diligencia un formulario y le dicen: oiga, doctor, imagínese que le quedó mal diligenciado el formulario y toca que lo vuelva y lo firme, eso fue lo que le comunicó en su oportunidad el Fondo



#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó acceder al recurso de apelación, conforme las consecuencias que el precedente jurisprudencial de la H. CSJ asigna al incumplimiento del deber de información y buen consejo por parte de la AFP demandada. Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS SAS, identificada con Nit 900.822.176, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. Leidy Carolina Fuentes Suárez, identificada con CC 1.049.614.551 y portadora de la TP 246.554 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó confirmar la sentencia, porque no se acreditaron vicio del consentimiento, no se pueden imponer cargas probatorias adicionales a las vigentes al momento del traslado, el demandante tiene un perfil profesional y esta incurso en la restricción de traslado por edad y no acreditó ningún perjuicio y ordenar su traslado desfinanciaría al RPM. Por su parte, el apoderado principal de **OLD MUTUAL**, sustituyó el poder al Dr. Juan Sebastián Velandia Parraga, identificado con CC 1.018.456.181 y portador de la TP 333.518 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó confirmar la

---

al demandante y no le explicó, ninguna consecuencia de la firma del formulario que él estaba diligenciando en esa época. Ahora bien, la información que señala el Despacho que recibió el demandante fue posterior a la año 2005, fecha en que se comunicó los resultados de un nuevo comité de multifiliación, porque es que aquí es notable, en este caso, la mala fe en que incurre el Fondo privado, por lo siguiente: en el año 1998 le hacen firmar un formulario de afiliación bajo el supuesto de que el seguro social se iba a acabar y que podía escoger un Fondo Privado antes de que se acabara, como lo manifestó en su interrogatorio de parte, y en el año 2003, por el afán de mantenerlo vinculado, el Fondo lo hace firmar un formulario de afiliación o reafiliación, como lo anotaron en la parte superior derecha, sin que el demandante estuviera laborando, inclusive, como lo manifestó en el interrogatorio de parte, fueron a su casa a diligenciar el formulario de afiliación y de la historia laboral aportada al proceso, se puede verificar que el demandante para esa época no se encontraba trabajando ni estaba haciendo cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, solicitud o formulario que generó otro nuevo proceso de multifiliación que pues obviamente, como el demandante lo afirmó erróneamente el Despacho, no conoce de estos términos jurídicos, no entendió que era lo que estaba pasando, sin embargo, en la fecha que va a solicitar su pensión actual o que le hagan unos cálculos económicos, pues se da cuenta de que sí existe una diferencia pensional grandísima, pues si sigue cotizando con los aportes que hoy tiene, tendría una pensión de más de 12 millones de pesos en Colpensiones, pero si siguen en el régimen privado tendría una pensión de 4 millones de pesos, entonces sí hay un perjuicio grave al demandante, por no habersele dado la información suficiente y clara y veraz de la decisión de haber firmado un formulario en el año 2003, específicamente en septiembre de 2003, visto a folio 179 del expediente, sin habersele dado ninguna clase de información y haber sido sometido a engaño por el Fondo de Pensiones bajo el pretexto que había que corregir el formulario de afiliación. Bajo estos argumentos, de la manera más respetuosa, solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, revocar la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar acceder a las suplicas de las pretensiones subsidiarias presentadas en la demanda. Muchas gracias su Señoría.

sentencia por cuanto el actor decidió, en dos oportunidades, trasladarse del RPM al RAIS, recibiendo en cada ocasión la correspondiente asesoría, centrando el reproche el actor en un asunto meramente económico, de forma subsidiaria, solicitó no ordenar la devolución de los gastos de administración.

## V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP SKANDIA hoy **OLD MUTUAL**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **EDGAR IVÁN LAGUADO GUIO** nació el 13 de abril de 1960 (fl. 21); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 25 de junio de 1979 hasta el 30 de septiembre de 2002 (fl. 92); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS por suscribir formulario de afiliación a la AFP PENSIONAR hoy **OLD MUTUAL** el 31 de noviembre de 1998 (fl. 178), el cual se declaró nulo por multiafiliación el 06 de marzo de 2003 (fl. 208 a 209); **iiii)** el demandante se traslado del RPM al RAIS por formulario de afiliación a la AFP SKANDIA hoy **OLD MUTUAL** el 08 de septiembre de 2003 (fl. 179), vinculación que se declaró a cargo de la AFP ante el conflicto por multiafiliación resuelto el 04 de abril de 2006 (fl. 215), AFP donde permanece actualmente afiliado y con un total de 1072 semanas a diciembre de 2018 (fl. 186).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, 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.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con

radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia absolvió a las demandadas de las pretensiones y condenó en costas al demandante.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones. Afirmó que no se realizó la adecuada valoración de los elementos de prueba, por cuanto no se consideró que la afiliación a la AFP de 1998, se declaró nula por multifiliación, decisión que no se notificó al demandante, a quien la AFP hizo incurrir en error al hacerlo firmar un segundo formulario de *reafilación* para supuestamente corregir una falencia de la afiliación inicial, sin recibir ninguna asesoría y durante un periodo en el cual no estaba laborando,

generando inclusive un segundo conflicto por multifiliación, lo cual generó un daño en el valor de la mesada pensional.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS por la afiliación a la AFP PENSIONAR el 31 de noviembre de 1998 (fl. 178), la cual se declaró sin efecto por multifiliación el 06 de marzo de 2003 (fl. 208 a 209), así como del posterior traslado al RAIS por la afiliación a la AFP SKANDIA hoy **OLD MUTUAL** el 08 de septiembre de 2003 (fl. 179), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

No desconoce la Sala que el demandante, durante su interrogatorio, manifestó contar con estudios profesionales y de maestría en tecnología y redes, así mismo, de que indicó que a través del portal web de **OLD MUTUAL** podía consultar información sobre aportes, estado de su cuenta y la historia laboral considerada en su bono pensional, sin embargo, de tal manifestación no se puede inferir, de forma cierta y contundente, que recibió la información necesaria para comprender las consecuencias del traslado de régimen, sin que las AFP demandadas alleguen prueba del cumplimiento de dicha asesoría de forma completa y comprensible acerca de las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala revocará la decisión en primera instancia, a fin de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **OLD MUTUAL** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por

**OLD MUTUAL**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de las AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia se está conociendo en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, la Sala declarará que esta entidad puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Costas de primera instancia a cargo de **OLD MUTUAL**, por cuanto se declara la ineficacia del traslado toda vez que dicha AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información con el demandante. Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del RAIS al RPM y de los subsecuentes traslados de AFP que realizó el demandante **EDGAR IVÁN LAGUADO GUIO**, conforme la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, **CONDENAR** a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos; así mismo **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

**TERCERO: DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**CUARTO:** Costas de primera instancia a cargo de **OLD MUTUAL**. Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado.**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**Magistrada.**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado.**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**S03-00143-2020**

**Radicado N° 36 2018 00763 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 15 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al pago de una pensión de vejez a partir del 1° de diciembre de 2017 e intereses moratorios.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**JAIRO FERNANDEZ GUERRERO**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**. Solicita que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de diciembre de 2017, retroactivo, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 1° de noviembre de 1955, que estuvo vinculado al Departamento de Cundinamarca desde el 26 de marzo de 1979 hasta el 31 de julio de 1996; que cotizó a Colpensiones de manera interrumpida desde el 26 de julio de 1973

hasta el 30 de noviembre de 2017; que durante toda su vida laboral cotizó un total de 304 semanas, que cumple los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003; que la Gobernación de Cundinamarca cotizó a favor del demandante desde el 1° de enero de 1995 hasta el 31 de julio de 1996; que Colpensiones considera que no existió relación laboral con dicho empleador en diciembre de 1995, febrero, abril y julio de 1996; que la Gobernación realizó dichos pagos de manera extemporánea y allegó los comprobantes correspondientes, que el 21 de marzo de 2018 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez y ésta le fue negada mediante resoluciones SUB 198793 del 26 de julio de 2018, SUB 25389 del 25 de septiembre de 2018 y DIR 18218 del 11 de octubre de 2018, con fundamento en que no es beneficiario del régimen de transición.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de 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 de indemnización moratoria, no configuración de derecho al pago de IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de cusa para demandar, prescripción, compensación, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 81 a 95).

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

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 15 de agosto de 2019, ordenó a la demandada reconocer y pagar pensión de vejez al demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar al señor JAIRO FERNANDEZ GUERRERO la pensión de vejez, a partir del 1° de diciembre de 2017, con una primera mesada equivalente a \$1.000.130,67, con una mesada adicional por año y los requisitos legales correspondientes. **SEGUNDO:** CONDENAR a la encartada a pagar los intereses moratorios a partir del 22 de julio de 2018, sobre cada una de las mesadas pensionales objeto de condena, desde que cada una de ellas se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación. **TERCERO:** ABSOLVER a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra. **CUARTO:** DECLARAR no probada la excepción de prescripción. **QUINTO:** AUTORIZAR a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional, los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud. **SEXTO:** CONDENAR en costas a la encartada. En su liquidación se debe incluir la suma de \$1.000.000 a título de agencias en derecho. **SEPTIMO:** CONSULTESE con el Superior la presente decisión, tal como lo ordena el artículo 69 del CPT y SS, esto es, a favor de Colpensiones”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez que reclama. Para resolverlo indicó que el actor cumple con los requisitos definidos en la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión que reclama, y que si bien Colpensiones no reconoce unos periodos cotizados por la Gobernación de Cundinamarca, éstos se encuentran debidamente acreditados en la historia laboral del actor.

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

Inconforme con la decisión anterior la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la

demanda, con fundamento en que el actor no cumple con el número mínimo de semanas que exige la Ley 797 de 2003<sup>1</sup>.

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

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y para el efecto reitera los argumentos expuesto en el recurso.

Por su parte la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, con fundamento en que el actor acreditó los requisitos definidos en la norma aplicable para acceder a la pensión que reclama.

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

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto y los que no en consulta a favor de la entidad.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante cumple con los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, así como la fecha de causación y si procede el pago de intereses moratorios.

---

<sup>1</sup> “Su señoría me permito interponer recurso de apelación, por considerar que esta sentencia va en contravía de los requisitos de la Ley 797 de 2003, puesto que el demandante no cuenta con el número de semanas requeridas para acceder a la pretensión solicitada, muchas gracias. Por considerar que el demandante no logra acreditar el número de semanas previstas en la Ley 797 del 2003, puesto que no se logra demostrar que los aportes que realizó no debieran de tenerse en cuenta los aportes públicos que realizó el demandante y entonces por lo tanto su señoría, considero que sacando estos aportes que no se deben contabilizar no acredita el número de semanas, es decir, las 1.300 semanas como mínimo que exige la ley”.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** el demandante nació el 1° de noviembre de 1955 (fl. 20); **ii)** que laboró al servicio del Instituto Departamental de Tránsito y Transporte de Cundinamarca desde el 26 de marzo de 1979 hasta el 31 de julio de 1996 (fl. 60); **iii)** que del tiempo laborado a dicha entidad le realizaron aportes a CAPRECUNDI desde el 26 de marzo de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1994, fecha a partir de la cual le continuaron cotizando a Colpensiones (fls. 53 y 62); **iv)** que solicitó el reconocimiento de la pensión a Colpensiones y dicha entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud (fls. 41 a 52).

### - **Sobre la Pensión de Vejez**

Para resolver el problema jurídico planteado el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, asigna el derecho a la pensión de vejez a los hombres que cumplan 62 años de edad y acrediten *“haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”*.

Así las cosas, de una revisión de las pruebas aportadas al expediente es posible concluir que el aquí demandante cotizó al sistema de pensiones un total de 1.311 semanas, pues así lo acredita la historia laboral que contiene el expediente administrativo obrante a folio 96 y el certificado de información laboral expedido por la Gobernación de Cundinamarca (fl. 53). También se deduce de la copia del Registro Civil de Nacimiento que cumplió 62 años de edad el 1 de noviembre de 2017 (fl. 20).

Para el cómputo de las semanas referidas en precedencia, la Sala tuvo en cuenta las cotizaciones realizadas por el Instituto Departamental de Tránsito y Transporte durante febrero de 1996,

abril de 1996, mayo de 1996 y junio de 1996, que aparecen registradas en la historia laboral pero no son incluidas dentro del cómputo que realiza la entidad demandada y define como “*pago aplicado a periodos posteriores*”, pues no se registra ni hace referencia a que periodos posteriores se imputaron dichas cotizaciones, por lo que no es procedente excluirlas. También se sumó el periodo correspondiente a julio de 1996 que aparece cotizado por la Gobernación de Cundinamarca y que no es computado porque “*no registra la relación laboral en afiliación para este pago*”, pues la entidad no tiene en cuenta que el Departamento de Cundinamarca, asumió las obligaciones del Instituto de Tránsito y Transporte de Cundinamarca, una vez fue liquidado (Decreto N° 01958 de 1996, fl. 70), razón por la que no podía abstenerse de tener sumar este periodo.

Por lo anterior, JAIRO FERNANDEZ GUERRERO tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 1° de diciembre de 2017, fecha en la que realizó su última cotización al sistema y contaba con los requisitos previstos en la norma.

Debe entonces el Tribunal definir el valor de la mesada pensional. Para este efecto se aplicará el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 teniendo en cuenta los salarios base cotización de los 10 últimos años (Cd. expediente administrativo fl. 96, certificación de salarios mes a mes expedido por la Gobernación de Cundinamarca, fl. 55 a 59).

Ahora bien, para definir el monto o porcentaje, se aplicará el artículo 10° de la Ley 797 de 2003. Esta norma dispone que:

*“(…) A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicaran las siguientes reglas: El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:  $r = 65.50 - 0.50 s$ , donde:  $r =$*

*porcentaje del ingreso base de liquidación. S= número de salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima”*

Así las cosas y dado que el demandante cotizó un total de 1.311 semanas, como se anotó en precedencia, corresponde a la pensión del actor un porcentaje o monto del 64.46%, que aplicado sobre el IBL arroja una mesada pensional, en el año 2017, de \$ 985.730

#### OPERACIONES ARITMÉTICAS:

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1988	Noviembre	30	\$ 36.576	5,12	133,40	26,0323	\$ 952.156	\$ 28.564.690
1988	Diciembre	30	\$ 36.576	5,12	133,40	26,0323	\$ 952.156	\$ 28.564.690
1989	Enero	30	\$ 36.576	6,57	133,40	20,3180	\$ 743.150	\$ 22.294.486
1989	Febrero	30	\$ 54.864	6,57	133,40	20,3180	\$ 1.114.724	\$ 33.441.729
1989	Marzo	30	\$ 45.720	6,57	133,40	20,3180	\$ 928.937	\$ 27.868.107
1989	Abril	30	\$ 45.720	6,57	133,40	20,3180	\$ 928.937	\$ 27.868.107
1989	Mayo	30	\$ 45.720	6,57	133,40	20,3180	\$ 928.937	\$ 27.868.107
1989	Junio	30	\$ 45.720	6,57	133,40	20,3180	\$ 928.937	\$ 27.868.107
1989	Julio	30	\$ 45.720	6,57	133,40	20,3180	\$ 928.937	\$ 27.868.107
1989	Agosto	30	\$ 45.720	6,57	133,40	20,3180	\$ 928.937	\$ 27.868.107
1989	Septiembre	30	\$ 52.520	6,57	133,40	20,3180	\$ 1.067.099	\$ 32.012.970
1989	Octubre	30	\$ 52.520	6,57	133,40	20,3180	\$ 1.067.099	\$ 32.012.970
1989	Noviembre	30	\$ 52.520	6,57	133,40	20,3180	\$ 1.067.099	\$ 32.012.970
1989	Diciembre	30	\$ 52.520	6,57	133,40	20,3180	\$ 1.067.099	\$ 32.012.970
1990	Enero	30	\$ 52.520	8,28	133,40	16,1096	\$ 846.078	\$ 25.382.354
1990	Febrero	30	\$ 52.520	8,28	133,40	16,1096	\$ 846.078	\$ 25.382.354
1990	Marzo	30	\$ 64.599	8,28	133,40	16,1096	\$ 1.040.667	\$ 31.220.006
1990	Abril	30	\$ 64.599	8,28	133,40	16,1096	\$ 1.040.667	\$ 31.220.006
1990	Mayo	30	\$ 64.599	8,28	133,40	16,1096	\$ 1.040.667	\$ 31.220.006
1990	Junio	30	\$ 64.599	8,28	133,40	16,1096	\$ 1.040.667	\$ 31.220.006
1990	Julio	30	\$ 64.599	8,28	133,40	16,1096	\$ 1.040.667	\$ 31.220.006
1990	Agosto	30	\$ 64.599	8,28	133,40	16,1096	\$ 1.040.667	\$ 31.220.006
1990	Septiembre	30	\$ 64.599	8,28	133,40	16,1096	\$ 1.040.667	\$ 31.220.006
1990	Octubre	30	\$ 64.599	8,28	133,40	16,1096	\$ 1.040.667	\$ 31.220.006
1990	Noviembre	30	\$ 64.599	8,28	133,40	16,1096	\$ 1.040.667	\$ 31.220.006
1990	Diciembre	30	\$ 64.599	8,28	133,40	16,1096	\$ 1.040.667	\$ 31.220.006
1991	Enero	30	\$ 64.599	10,96	133,40	12,1704	\$ 786.194	\$ 23.585.830
1991	Febrero	30	\$ 93.021	10,96	133,40	12,1704	\$ 1.132.101	\$ 33.963.025



1991	Marzo	30	\$ 78.810	10,96	133,40	12,1704	\$ 959.148	\$ 28.774.428
1991	Abril	30	\$ 78.810	10,96	133,40	12,1704	\$ 959.148	\$ 28.774.428
1991	Mayo	30	\$ 78.810	10,96	133,40	12,1704	\$ 959.148	\$ 28.774.428
1991	Junio	30	\$ 81.095	10,96	133,40	12,1704	\$ 986.957	\$ 29.608.707
1991	Julio	30	\$ 81.095	10,96	133,40	12,1704	\$ 986.957	\$ 29.608.707
1991	Agosto	30	\$ 81.095	10,96	133,40	12,1704	\$ 986.957	\$ 29.608.707
1991	Septiembre	30	\$ 81.095	10,96	133,40	12,1704	\$ 986.957	\$ 29.608.707
1991	Octubre	30	\$ 81.095	10,96	133,40	12,1704	\$ 986.957	\$ 29.608.707
1991	Noviembre	30	\$ 81.095	10,96	133,40	12,1704	\$ 986.957	\$ 29.608.707
1991	Diciembre	30	\$ 81.095	10,96	133,40	12,1704	\$ 986.957	\$ 29.608.707
1992	Enero	30	\$ 138.500	13,90	133,40	9,5963	\$ 1.329.086	\$ 39.872.590
1992	Febrero	30	\$ 138.500	13,90	133,40	9,5963	\$ 1.329.086	\$ 39.872.590
1992	Marzo	30	\$ 138.500	13,90	133,40	9,5963	\$ 1.329.086	\$ 39.872.590
1992	Abril	30	\$ 138.500	13,90	133,40	9,5963	\$ 1.329.086	\$ 39.872.590
1992	Mayo	30	\$ 138.500	13,90	133,40	9,5963	\$ 1.329.086	\$ 39.872.590
1992	Junio	30	\$ 138.500	13,90	133,40	9,5963	\$ 1.329.086	\$ 39.872.590
1992	Julio	30	\$ 138.500	13,90	133,40	9,5963	\$ 1.329.086	\$ 39.872.590
1992	Agosto	30	\$ 138.500	13,90	133,40	9,5963	\$ 1.329.086	\$ 39.872.590
1992	Septiembre	30	\$ 138.500	13,90	133,40	9,5963	\$ 1.329.086	\$ 39.872.590
1992	Octubre	30	\$ 138.500	13,90	133,40	9,5963	\$ 1.329.086	\$ 39.872.590
1992	Noviembre	30	\$ 138.500	13,90	133,40	9,5963	\$ 1.329.086	\$ 39.872.590
1992	Diciembre	30	\$ 138.500	13,90	133,40	9,5963	\$ 1.329.086	\$ 39.872.590
1993	Enero	30	\$ 173.125	17,40	133,40	7,6688	\$ 1.327.666	\$ 39.829.967
1993	Febrero	30	\$ 173.125	17,40	133,40	7,6688	\$ 1.327.666	\$ 39.829.967
1993	Marzo	30	\$ 173.125	17,40	133,40	7,6688	\$ 1.327.666	\$ 39.829.967
1993	Abril	30	\$ 173.125	17,40	133,40	7,6688	\$ 1.327.666	\$ 39.829.967
1993	Mayo	30	\$ 173.125	17,40	133,40	7,6688	\$ 1.327.666	\$ 39.829.967
1993	Junio	30	\$ 173.125	17,40	133,40	7,6688	\$ 1.327.666	\$ 39.829.967
1993	Julio	30	\$ 173.125	17,40	133,40	7,6688	\$ 1.327.666	\$ 39.829.967
1993	Agosto	30	\$ 173.125	17,40	133,40	7,6688	\$ 1.327.666	\$ 39.829.967
1993	Septiembre	30	\$ 173.125	17,40	133,40	7,6688	\$ 1.327.666	\$ 39.829.967
1993	Octubre	30	\$ 173.125	17,40	133,40	7,6688	\$ 1.327.666	\$ 39.829.967
1993	Noviembre	30	\$ 173.125	17,40	133,40	7,6688	\$ 1.327.666	\$ 39.829.967
1993	Diciembre	30	\$ 173.125	17,40	133,40	7,6688	\$ 1.327.666	\$ 39.829.967
1994	Enero	30	\$ 209.481	21,33	133,40	6,2548	\$ 1.310.252	\$ 39.307.565
1994	Febrero	30	\$ 209.481	21,33	133,40	6,2548	\$ 1.310.252	\$ 39.307.565
1994	Marzo	30	\$ 209.481	21,33	133,40	6,2548	\$ 1.310.252	\$ 39.307.565
1994	Abril	30	\$ 209.481	21,33	133,40	6,2548	\$ 1.310.252	\$ 39.307.565
1994	Mayo	30	\$ 209.481	21,33	133,40	6,2548	\$ 1.310.252	\$ 39.307.565
1994	Junio	30	\$ 209.481	21,33	133,40	6,2548	\$ 1.310.252	\$ 39.307.565
1994	Julio	30	\$ 209.481	21,33	133,40	6,2548	\$ 1.310.252	\$ 39.307.565
1994	Agosto	30	\$ 209.481	21,33	133,40	6,2548	\$ 1.310.252	\$ 39.307.565
1994	Septiembre	30	\$ 209.481	21,33	133,40	6,2548	\$ 1.310.252	\$ 39.307.565
1994	Octubre	30	\$ 209.481	21,33	133,40	6,2548	\$ 1.310.252	\$ 39.307.565
1994	Noviembre	30	\$ 215.515	21,33	133,40	6,2548	\$ 1.347.993	\$ 40.439.800
1994	Diciembre	30	\$ 300.000	21,33	133,40	6,2548	\$ 1.876.426	\$ 56.292.787
1995	Enero	30	\$ 440.000	26,15	133,40	5,1019	\$ 2.244.849	\$ 67.345.483
1995	Febrero	30	\$ 440.000	26,15	133,40	5,1019	\$ 2.244.849	\$ 67.345.483
1995	Marzo	30	\$ 440.000	26,15	133,40	5,1019	\$ 2.244.849	\$ 67.345.483
1995	Abril	30	\$ 440.000	26,15	133,40	5,1019	\$ 2.244.849	\$ 67.345.483
1995	Mayo	30	\$ 440.000	26,15	133,40	5,1019	\$ 2.244.849	\$ 67.345.483
1995	Junio	30	\$ 440.000	26,15	133,40	5,1019	\$ 2.244.849	\$ 67.345.483
1995	Julio	30	\$ 440.000	26,15	133,40	5,1019	\$ 2.244.849	\$ 67.345.483
1995	Agosto	30	\$ 519.200	26,15	133,40	5,1019	\$ 2.648.922	\$ 79.467.670
1995	Septiembre	30	\$ 519.200	26,15	133,40	5,1019	\$ 2.648.922	\$ 79.467.670
1995	Octubre	30	\$ 519.200	26,15	133,40	5,1019	\$ 2.648.922	\$ 79.467.670
1995	Noviembre	30	\$ 519.200	26,15	133,40	5,1019	\$ 2.648.922	\$ 79.467.670
1995	Diciembre	30	\$ 519.200	26,15	133,40	5,1019	\$ 2.648.922	\$ 79.467.670
1996	Enero	30	\$ 519.200	31,24	133,40	4,2706	\$ 2.217.273	\$ 66.518.194
1996	Febrero	30	\$ 519.200	31,24	133,40	4,2706	\$ 2.217.273	\$ 66.518.194
1996	Marzo	30	\$ 519.200	31,24	133,40	4,2706	\$ 2.217.273	\$ 66.518.194
1996	Abril	30	\$ 519.200	31,24	133,40	4,2706	\$ 2.217.273	\$ 66.518.194
1996	Mayo	30	\$ 519.200	31,24	133,40	4,2706	\$ 2.217.273	\$ 66.518.194
1996	Junio	30	\$ 519.200	31,24	133,40	4,2706	\$ 2.217.273	\$ 66.518.194
1996	Julio	30	\$ 519.200	31,24	133,40	4,2706	\$ 2.217.273	\$ 66.518.194
2003	Julio	30	\$ 332.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 620.333	\$ 18.609.977

2003	Agosto	30	\$ 332.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 620.333	\$ 18.609.977
2003	Septiembre	30	\$ 332.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 620.333	\$ 18.609.977
2003	Octubre	30	\$ 332.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 620.333	\$ 18.609.977
2016	Enero	30	\$1.933.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 2.044.097	\$ 61.322.920
2016	Febrero	30	\$1.933.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 2.044.097	\$ 61.322.920
2016	Marzo	30	\$1.933.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 2.044.097	\$ 61.322.920
2016	Abril	30	\$1.933.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 2.044.097	\$ 61.322.920
2016	Mayo	30	\$1.933.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 2.044.097	\$ 61.322.920
2016	Junio	30	\$1.933.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 2.044.097	\$ 61.322.920
2016	Julio	30	\$1.933.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 2.044.097	\$ 61.322.920
2016	Agosto	30	\$1.933.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 2.044.097	\$ 61.322.920
2016	Septiembre	30	\$1.933.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 2.044.097	\$ 61.322.920
2016	Octubre	30	\$1.933.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 2.044.097	\$ 61.322.920
2016	Noviembre	30	\$1.933.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 2.044.097	\$ 61.322.920
2016	Diciembre	30	\$1.933.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 2.044.097	\$ 61.322.920
2017	Enero	30	\$2.400.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 2.400.000	\$ 72.000.000
2017	Febrero	30	\$2.400.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 2.400.000	\$ 72.000.000
2017	Marzo	30	\$2.400.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 2.400.000	\$ 72.000.000
2017	Abril	30	\$2.400.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 2.400.000	\$ 72.000.000
2017	Mayo	30	\$2.400.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 2.400.000	\$ 72.000.000
2017	Junio	30	\$2.400.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 2.400.000	\$ 72.000.000
2017	Julio	30	\$2.400.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 2.400.000	\$ 72.000.000
2017	Agosto	30	\$2.400.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 2.400.000	\$ 72.000.000
2017	Septiembre	30	\$2.400.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 2.400.000	\$ 72.000.000
2017	Octubre	30	\$2.400.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 2.400.000	\$ 72.000.000
2017	Noviembre	30	\$2.400.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 2.400.000	\$ 72.000.000

TOTAL DÍAS TRABAJADOS : 3.600

TOTAL SALARIO DEVENGADO : \$ 5.505.161.926

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN

(TOTAL SALARIO DEVENGADO /

TOTAL DÍAS TRABAJADOS) : \$ 1.529.212

MONTO = S: \$1.529.212 / \$737.717 (salario mínimo año 2017) =  
2.07

FORMULA: R= 65.50 - 0.50 (2.07) = 64.46%

VALOR MESADA (AÑO 2017): \$ 985.730

Por lo anterior y dado que el valor aquí definido es inferior al que tasó el juez de primera instancia se modificará en lo pertinente su decisión, que también definió que la pensión se causa en 13 mesadas anuales y autorizó a la entidad demandada a descontar el valor correspondiente a los aportes al sistema de salud del retroactivo pensional causado, aspectos sobre las cuales se confirma.

- **Intereses Moratorios**

Al efecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece el pago de intereses moratorios a cargo de las entidades del Sistema de pensiones, por la mora en el pago de las mesadas pensionales a sus afiliados. Por su parte, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho.

Dicho lo anterior, el Tribunal confirmará en este aspecto la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la demandada al pago de intereses moratorios. Para el efecto se advierte de las pruebas aportadas al expediente que el demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión desde el 21 de marzo de 2018 (fl. 31), fecha para la cual tenía causado el derecho, por ello procede el pago de este estipendio a partir del 22 de julio de 2018 (cuatro meses después de presentada la solicitud) y hasta cuando a entidad efectúe el pago de cada una de las mesadas en mora.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia para definir que el valor de la mesada pensional que la demandada debe reconocer al demandante en el año 2017 corresponde a la suma de \$985.730.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

Magistrado



**MARLENY RUEDA OLARTE**

Magistrada



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0127-2020**

**Radicado N° 37-2018-00595-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandante **MARÍA MERCEDES APARICIO LOZADA**, en contra de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a las demandadas y condenó en costas a la demandante (fl. 427, 27:26 cd fl. 423).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA (fl. 2 a 17).**

**MARÍA MERCEDES APARICIO LOZADA** solicitó declarar la nulidad del traslado del RPM al RAIS por su afiliación a **COLFONDOS** y de los subsecuentes traslados de AFP, en consecuencia, condenar a **OLD MUTUAL** a trasladar sus aportes y rendimientos a **COLPENSIONES**, a esta última a reactivar su afiliación sin solución de continuidad, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 21 de noviembre de 1960; que el 02 de diciembre de 1988 se afilió al extinto ISS; que el 1° de diciembre de 1998 se trasladó del RPM al RAIS con su afiliación a **COLFONDOS**; que en octubre de 2001, se trasladó a **PORVENIR** y en diciembre de 2011, se trasladó a **OLD MUTUAL**, sin que dichas AFP brindaran información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Por lo anterior, radicó el 22 de mayo de 2018 derechos de petición a **PORVENIR** y **OLD MUTUAL**, el 24 de mayo de 2018 a **COLFONDOS** y el 14 de junio de 2018 a **COLPENSIONES**, solicitando la nulidad de su afiliación y traslado al RPM, que fueron rechazadas.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su permanencia en el RPM y que negó la solicitud de nulidad de afiliación al RAIS y retornó al RPM. Indicó que la demandante no acreditó causal de nulidad y por el contrario se demuestra que su traslado fue voluntario, sin que pueda alegar su propia culpa a su favor y en todo caso, el paso del tiempo saneó cualquier falencia. Interpuso las excepciones de prescripción, error de derecho no vivía el consentimiento, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica (fl. 157 a 178).

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación de la AFP y que negó su solicitud de nulidad del traslado. Indicó que la demandante se trasladó a la AFP, en un momento donde ya tenía la restricción de retornó al RPM por edad, momento en el cual recibió una asesoría completa sobre los regímenes pensionales, el papel de la AFP, sin acreditar causal de nulidad, sin que el error de derecho sea vicio del consentimiento y, sí lo hubo, se saneó por el paso del tiempo. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y prescripción (fl. 253 a 275).

**COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos a la edad del demandante, su traslado de régimen y que negó solicitud de nulidad de su afiliación. Indicó que sus asesores son preparados para brindar una asesoría idónea, clara y completa a los potenciales afiliados de las características de cada régimen, conforme las normas vigentes, por eso, solo hasta la Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015, además, a la fecha del traslado no era viable establecer el monto de su eventual derecho, ni un derecho propio o expectativa legítima, por lo que no procede su retorno al RPM según la sentencia SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 ni acreditó causal de nulidad. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicio en el consentimiento que cause nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica (fl. 303 a 332).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y que negó su solicitud de nulidad de afiliación. Indicó que no participó en el traslado de régimen, que hizo una asesoría previa sobre las características de cada régimen para que tomara una decisión, que fue afiliarse a la AFP, además, la demandante se traslado entre AFP porque conocía el funcionamiento del RAIS y las condiciones para generar su pensión, surgiendo el deber de usar herramientas comparativas hasta la Ley 1748 de 2014, que no procede la inversión de la carga de la prueba porque permite alegar la propia culpa a su favor, ni aplica el precedente jurisprudencial porque no había derecho adquirido ni expectativa legítima cuando se hizo el traslado. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, inexistencia de vicio del consentimiento, debida asesoría del fondo y la innominada (fl. 348 a 356).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 427, 27:26 cd fl. 423).**

El el 30 de septiembre de 2019, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(...) **PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda por la demandante señora **MARÍA MERCEDES APARICIO LOZADA**, de conformidad con la parte motiva de la decisión.*

***SEGUNDO:** Costas a cargo del demandante. Fíjese como agencia en derecho la suma de \$50.000, para cada una de las demandadas. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si le asiste o no derecho a la demandante a declarar la nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS con su afiliación a COLFONDOS, en caso positivo, determinar si está o no válidamente afiliada a COLPENSIONES y establecer las consecuencias para la AFP donde está actualmente afiliada.

Para resolver indicó que la H. CSJ estableció una jurisprudencia con la sentencia SL Rad. 31.989 del 09 de septiembre de 2008, clarificada con las sentencias SL1452 de 2019 y SL1688 de 2019, por la cual las AFP tiene la responsabilidad profesional de cumplir el deber de información desde su creación, para garantizar la premisa de libre elección de régimen pensional del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, cuya carga de la prueba corresponde a la AFP. Pese lo anterior, la misma H. CSJ indicó que cada caso se debe analizar de manera individual porque la restricción de traslado por edad es una norma que se declaró exequible, siendo relevante que cuando la demandante se trasladó firmó un formulario conforme la normatividad vigente, lo cual también ocurrió con los traslados de AFP, indicando la demandante que la principal causa de traslado era la seguridad de permanecer en el sector privado ante la situación del ISS y que se trasladó a PORVENIR por ser del mismo grupo de su empleador, pero luego dijo que se trasladó a OLD MUTUAL por su atención VIP, así mismo, aceptó que realizó ahorros voluntarios y obtuvo beneficios tributarios, por lo cual, si bien cuando se trasladó de régimen no se probó el cumplimiento del requisito de información, tal omisión se ratificó con actos posteriores, conforme el artículo 898 CCO, por



cuanto indicó que recibió otra asesoría en OLD MUTUAL, que calificó de buen servicio, además, hizo uso de los beneficios exclusivos del RAIS como los aportes voluntarios, lo que permitió colegir que se superó la omisión inicial, por lo cual no declaró ineficacia, ni tampoco la nulidad porque no hubo vicio en el consentimiento, ni objeto ni causa ilícita

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **MARÍA MERCEDES APARICIO LOZADA** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que la jurisprudencia y legislación actual no establecen que el uso de un beneficio del RAIS excuse el cumplimiento por parte de la AFP de la obligación de información, quienes en el caso concreto solo hicieron referencia a las ventajas del RAIS, por lo cual hizo uso de aportes voluntarios por dicha información incompleta, ya que la jurisprudencia señala que se deben exponer las características de ambos regímenes, sin que los traslado de AFP sea prueba de que se cumplió tal deber. Afirmó que los jueces están sometidos al imperio de la Ley, por tanto, no pueden interpretar la jurisprudencia, ya que si se sienta una doctrina debe proceder de conformidad<sup>1</sup> (28:08 cd fl. 423).

---

<sup>1</sup> Me permito presentar recurso de apelación en los siguientes términos. De ante mano solicito al Tribunal Superior revocar la presente decisión con base en lo siguiente. Sí bien el Despacho hizo referencia a las sentencias que son línea jurisprudencial en este momento para declarar o no la ineficacia del traslado de régimen pensional, manifestando y aseverando que se hace un análisis del caso concreto y haciendo referencia al salvamento de voto que existe respecto de la sentencia 1452 de 2019, es pertinente hacer las siguientes precisiones. Lo primero es que si bien el argumento de su señoría para descartar o no tener en cuenta las pretensiones de la demanda fue el hecho de que la demandante utilizó un beneficio del RAIS y que con ello se subsanó el deber de información de las entidades administradoras de fondos privados, es pertinente resaltar que la jurisprudencia que existe actualmente y en la ley que existe actualmente no se establece que tales condiciones o aseveraciones permitan descartar o quitar la obligación de la AFP de su deber de información, tan es así que desde la misma jurisprudencia se exige que las AFP al momento de recibir un afiliado deben mostrar las características y deben instruir al afiliado las posibles características que se tienen en un régimen y otro. En este sentido, como bien lo expuso su Señoría al momento de tomar su decisión, efectivamente hubo manifestaciones por parte de las AFP donde hicieron referencia solo a las ventajas que se tenían en este régimen, que claramente son diferentes a las del RPM y si bien es cierto que se hacen aportes voluntarios y que la señora MARÍA MERCEDES usó tal beneficio, todo eso fue fruto de la información limitada e incompleta que se dio de las AFP, y la jurisprudencia ha sido enfática en indicar que no basta con indicar los beneficios del régimen pensional, porque debe aclararse que características me representa uno y el otro para definir si tengo o no más beneficios en el uno u otro, razón por la cual no basta con el solo hecho de que yo como afiliado me haya beneficiado de unas de las características del régimen para que se subsane el error y la falta del deber de información en el que incurrió el Fondo, por tanto, no se comparte con este Despacho la posición respecto de la subsanación que se hizo a través del tiempo respecto de la falta de información, porque reitero, el deber legal y como bien lo manifestó el Despacho existe desde el nacimiento de las AFP, que se ha consolidado con el tiempo pero ya existía y no por el hecho de que yo como afiliado teniendo una información limitada, una información equívoca, que resulta en estos asuntos toda vez que no tengo claro mis características y beneficios eventuales, no se puede entender que con el hecho del pasar del tiempo, realizar el paso o estar en varias AFP dentro del RAIS se puede entender que ya entendí cuáles son los beneficios. Ahora bien, la demandante es abogada titulada, pero es pertinente resaltar como bien

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó declarar nulo o ineficaz el traslado de régimen, por ausencia de prueba del cumplimiento del deber de información y asesoría. Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., identificada con NIT 900.336.004, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIÉRREZ ORTIZ, identificada con CC 31.486.436 y portadora de la TP 303.924 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó absolver de las pretensiones, por cuanto la afiliación a la AFP cumplió los requisitos legales. En el mismo sentido, el apoderado principal de **COLFONDOS** sustituyó poder al Dr. Francias Jose Molano Achury, identificado con CC 1.023.929.755 y portador de la TP 313.751 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó absolver de las pretensiones, alegando que no se cumplen los requisitos para su retorno al RPM en cualquier tiempo, se cumplieron los requisitos de validez del negocio jurídico, el cual se efectuó conforme la jurisprudencia y legislación vigente y prescripción. La demandada **PORVENIR** otorgó poder especial a la Dra. Yesenia Tabares Correa, identificada con CC 1.037.608.320 y portadora de la TP 242.706 del C.S.J., a quien se

---

lo menciona el Despacho, las diferentes ramas de esta profesión no acreditan que por ser abogado se tenga que a saber al respecto, eso lo dijo el Despacho pero quiero hacer énfasis que en este caso estaba no solo la intervención de los asesores de los Fondos, asesorando y malinformando a los potenciales afiliados, sino que también estaba el dicho que el ISS se iba a acabar, razón que genero inestabilidad, inseguridad respecto de las pensiones y, obviamente no fue ella la única que procedió al traslado del régimen pensional y ello la llevó a tomar la decisión, razón por la cual no se comparte por esta apoderada el hecho de la subsanación, que como reitero no se ve por ninguna parte dentro de la legislación ni dentro de la jurisprudencia, más aún, dentro de la misma jurisprudencia por las sentencias arquimédicas que mencionó el señor Juez, se hace referencia que no por el hecho de que una persona haya estado en varias AFP se entienda que se informó, no, realmente lo que sucedió fue que el deber de información y eso es lo que hoy la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral le enrostra a las AFP. De igual manera, conviene resaltar en este momento que si bien hay una jurisprudencia y una línea jurisprudencial sobre la nulidad o ineficacia del traslado, en este sentido, los jueces están sometidos al imperio de la Ley, por tanto, si bien existe un salvamento de voto, lo importante es la parte considerativa y la resolución de las sentencias arquimédicas que menciona el Despacho sobre como se debe interpretar y como debe procederse, aquí no se vale, reitero, hacer un análisis del caso concreto y entendiendo una subsanación con el paso del tiempo por ser beneficiario de unas características del régimen, no, aquí lo importante es que los jueces, como quiera que están sometidos al imperio de la Ley no tienen la posibilidad de interpretar la jurisprudencia, porque la doctrina sienta una doctrina, un precedente que dice claramente como se debe proceder en los casos concreto. Por lo anterior, reitero mi solicitud al Tribunal Superior de Bogotá para que se revoque la presente decisión y se concedan las pretensiones. Muchas gracias.

reconoce como apoderada principal de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia, por cuanto sus asesores están capacitados para brindar asesorías, siendo prudente aplicar la carga dinámica de la prueba, a fin de no crear una situación desventajosa a la AFP y para considerar que el deber de información tuvo etapas, en la cual la primera solo obligaba a suministrar información, sin que se exigiera dejar por escrito algún documento referente a dicha asesoría verbal, por lo cual no se puede concluir que no se brindó sin pruebas del demandante, en todo caso, de forma subsidiaria, solicitó no ordenar la devolución de los gastos de administración. Finalmente, **OLD MUTUAL** general a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., identificada con NIT 830.515-294, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, en cuya representación actuó el Dr. JORGE ENRIQUE VIVIEL GONZÁLEZ, identificado con CC 1.014.225.303 y portador de la TP 277.946 del C.S.J., quien solicitó confirmar la sentencia, por cuanto indicó que no es aplicable el precedente jurisprudencial de la H. CSJ, no se acreditaron vicio del consentimiento, el traslado se realizó conforme las normas vigentes de dicho entonces, se ratificó la permanencia con tres traslados de AFP, en todo caso, solicitó de forma subsidiaria abstenerse de condenar a la devolución de los gastos de administración.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **MARÍA MERCEDES APARICIO LOZADA** nació el 21 de noviembre de 1960 (fl. 18 a 19); **ii)** la demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 02 de diciembre de 1988 hasta el 30 de junio de 1999, acumulando 441,43 semanas (cd. fl. 179); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **COLFONDOS** el 1° de octubre de 1998 (fl. 333), el cual se hizo efectivo el 1° de diciembre de 1998 (fl. 334); **iv)** la demandante se trasladó de AFP al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 03 de agosto de 2001 (fl. 358), el cual se hizo efectivo el 1° de octubre de 2001 (fl. 359); **v)** la demandante se trasladó de AFP al suscribir formulario de afiliación a **OLD MUTUAL** el 12 de octubre de 2012 (fl. 276), donde permanece actualmente afiliada y donde a abril de 2018 acumulaba 1357 semanas cotizadas (fl. 297).

**- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del

mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, 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.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen

pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia absolvió a las demandadas y condenó en costas a la demandante.

La apoderada de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que la jurisprudencia y legislación no establecen que el uso de un beneficio del RAIS excuse a la AFP del cumplimiento de la obligación de información, deber que implica exponer las características de ambos regímenes, cuya omisión no se convalida con los traslados de AFP. Así mismo, indicó que los Jueces al estar sometidos al imperio de la Ley debe proceder de conformidad a lo ordenado en la jurisprudencia.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS por la afiliación a **COLFONDOS** el 1° de octubre de 1998 (fl. 333) y sus posteriores traslado de AFP hacia **PORVENIR** el 03 de agosto de 2001 (fl. 358) y **OLD MUTUAL** el 12 de octubre de 2012 (fl. 276), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, sin que el cumplimiento diligente del deber de asesoría pueda acreditarse solo con el formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP no demostraron que cumplieron con dicha obligación.

No desconoce la Sala que la demandante, durante su interrogatorio, brindó respuesta que dejan entrever su conocimiento sobre la existencia de una cuenta individual de ahorro pensional y que reconoció el uso de aportes voluntarios, sin embargo, de tales manifestaciones no se puede inferir, de forma cierta y contundente, que la demandante recibió una asesoría de forma completa y comprensible acerca de las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

No se trata, como indicó la apoderada de la demandante, que los Jueces se encuentre sometidos estrictamente a aplicar, sin contradicción alguna, el precedente jurisprudencial, por cuanto es válido que se aparten del mismo cuando se exponen razones objetivas y razonables para ello, sin embargo, en el presente asunto no se puede inferir, de los elementos de prueba allegados, que se acredita el cumplimiento completo y oportuno del deber de información y asesoría de las AFP.

Así las cosas, esta Sala revocará la decisión en primera instancia y en su lugar declarará la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **OLD MUTUAL** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se declarará la ineficacia del traslado de régimen pensional, respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **COLFONDOS, PORVENIR** y **OLD MUTUAL**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de las AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.



De otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia se está conociendo en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES** y con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, conforme lo establece el artículo 48 constitucional, la Sala declarará que la citada entidad podrá obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Costas de primera instancia a cargo de las AFP, porque se declara la ineficacia del traslado toda vez que dichas AFP no acreditaron el cumplimiento del deber de información con la demandante. Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del RAIS al RPM y de los subsecuentes traslados de AFP que realizó la demandante **MARÍA MERCEDES APARICIO LOZADA**, conforme la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, **CONDENAR** a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la

totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos; así mismo **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

**TERCERO: CONDENAR** a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los gastos de administración, debidamente indexados, que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos

**CUARTO: DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**QUINTO:** costas de primera instancia a cargo de **COLFONDOS, PORVENIR** y **OLD MUTUAL**. sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado.**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**S03-00147-2020**

**Radicado N° 39 2019 00101 01**

Bogotá treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 2 de junio de 2020, por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a la demandada a pagar un saldo insoluto por concepto de indemnización sustitutiva.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**ROSABEL MATEUS PÉREZ**, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes con fundamento en lo previsto en el Decreto 758 de 1990, por la muerte

de su compañero permanente, Guillermo Rojas Forero, a partir del 11 de enero de 2007, junto con las mesadas adicionales a que hubiere lugar, e intereses moratorios según lo establecido en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Subsidiariamente solicita que se le reconozca la indemnización sustitutiva y se condene a Colpensiones a cancelar las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en que convivió con Guillermo Rojas Forero, desde el año de 1975, hasta la fecha de su fallecimiento que ocurrió el 11 de enero de 2007; que convivieron bajo el mismo techo, y compartieron lecho y mesa durante todo el tiempo que duro el vínculo; que de esa unión procrearon seis hijos que responden a los nombres de Fabio Nelson Rojas Mateus, Adriana María Rojas Mateus, Claudia Rojas Mateus, Juan Guillermo Rojas Mateus y Diego Orlando Rojas Mateus, todos en la actualidad mayores de edad; que ella se dedicaba al hogar y dependía económicamente del causante; que el 11 de enero de 2007, el causante falleció por causa de origen no profesional, que a la fecha del fallecimiento contaba con un total de 771,57 semanas de cotización, las cuales realizó entre el 3 de noviembre de 1980 y el 31 de octubre de 1998; que el 27 de abril de 2007, solicitó al ISS hoy Colpensiones el reconocimiento de la pensión en calidad de compañera supérstite, que mediante Resolución No.26663 del 29 de junio de 2007, el ISS negó el reconocimiento de la pensión y le concedió indemnización sustitutiva.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con el número de semanas cotizadas por el causante y los actos administrativos expedidos. Como excepciones propuso las de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación (fls. 27 a 33).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá al que le correspondió tramitar la primera instancia mediante sentencia del 2 de junio de 2020, negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y condenó a COLPENSIONES a reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en la suma de \$2.221.513, debidamente indexada. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** DECLARAR probada la excepción de carencia de causa para demandar frente a las pretensiones principales de la demanda y en consecuencia denegar estas pretensiones a favor de COLPENSIONES. **SEGUNDO:** DECLARAR probada la excepción de compensación frente a la indemnización sustitutiva conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO:** CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a ROSABEL MATEUS PÉREZ el saldo insoluto por concepto de indemnización sustitutiva aplicando la compensación por el valor de \$2'221.513,67. **CUARTO:** CONDENAR a COLPENSIONES al pago de la indexación del anterior valor desde agosto del 2007 hasta la fecha en que se efectúe el pago, valor que al día de hoy asciende a la suma de \$3.557.437,81. **QUINTO:** CONDENAR en costas a la parte demandada entre las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$300.000. **SEXTO:** CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a COLPENSIONES”.

La Juez definió el problema jurídico en establecer si se cumplen los requisitos necesarios para otorgar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante. Para resolverlo estimó improcedente el reconocimiento del derecho con el Acuerdo 049 de 1990, conforme el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, pues la muerte del causante ocurrió en vigencia de la ley 797 de 2003, y solo se podría aplicar la

teoría de la condición más beneficiosa frente a la norma anterior, esto es, la Ley 100 de 1993 sin modificaciones. Frente a las pretensiones subsidiarias realizó las operaciones aritméticas para definir el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes y obtuvo una suma superior a la reconocida por la entidad.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se reconozca la pensión de sobrevivientes en favor de la actora. Para el efecto aduce que se debe aplicar el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional definido en la sentencia SU 005 de 2018, el cual tiene fuerza vinculante y debe ser acatado por los funcionarios judiciales, pues es la interpretación más favorable a quien es, además, una persona en condiciones de vulnerabilidad<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Gracias su señoría, de manera muy respetuosa presento, interpongo y sustento el recurso de apelación en contra de la sentencia que fue proferida en precedencia y contra todo lo que fue adverso a mi poderdante, fundamento y argumento mi recurso de apelación en los siguientes fundamentos, argumentos. Fue objeto o el sustento jurídico acogido por parte de la juez de instancia, de primera instancia... a objeto con la cual fundamentó la negativa de la resolución favorable de las pretensiones principales radica básicamente en la prevalencia que se le da a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la aplicación inmediata del principio de condición más beneficiosa, esto es, que solamente se permite acudir al régimen pensional inmediatamente anterior al cual estaba vigente al momento del fallecimiento. Sin embargo, de manera muy respetuosa manifiesto que ese es el criterio más desfavorable o el criterio que no se acompasa con los principios constitucionales garantizados de manera permanente y de manera asidua y es dable por parte de la Corte Constitucional concretamente entre otros, la sentencia SU 005 del 2018 en la que la Corte Constitucional haciendo una referencia al criterio jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia menciona que este resulta desproporcionado y contrario a los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas cuando la persona que pretende solicitar o acceder a la pensión de sobreviviente es una persona vulnerable como lo menciona la señora Juez. En el caso presente, es un hecho notorio y adicionalmente fue demostrado en la instancia procesal pertinente que la señora Rosabel Mateul Pérez no labora de manera permanente, no tiene un ingreso estable y que durante el transcurso de vida que vivió con su compañero permanente fallecido el señor Guillermo Rojas, básicamente se dedicó al cuidado del hogar y al de sus cinco hijos procreados y concebidos junto con su pareja. De tal manera que por la edad actual de la señora Rosabel, la condición socioeconómica en la cual vive y la labor, la labor activa o económica a la que se ha dedicado durante su vida laboral, pues se evidencia que efectivamente es una persona en condiciones de vulnerabilidad a la cual le permite o con lo cual se supera el test de proporcionalidad que la sentencia SU 005 del 2018 hace referencia, de tal manera, que si se permite o que si se evidencia la viabilidad razonable de que se aplique en este caso las disposiciones contenidas en el decreto 758 de 1990. Adicionalmente, teniendo en cuenta la viabilidad de este criterio jurisprudencial traigo también a colación las sentencias, entre otras, la sentencia SU 069 del 2018 donde la Corte Constitucional también, esta sentencia con carácter vinculante para todos los jueces de la república menciona que el precedente constitucional o el precedente de la Corte Constitucional por ser la autoridad encargada de la guarda e integridad y supremacía de la Constitución debe acatarse por los funcionarios judiciales con prevalencia al fijado por las demás autoridades judiciales. Este mismo criterio se repite y se mantiene en la sentencia SU 113 del 2018, donde también se establece que en el caso

Por su parte el apoderado de la demandada solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la demandante no presentó reclamación sobre la reliquidación de la indemnización sustitutiva, que no es procedente sumar semanas a las ya tenidas en cuenta para la liquidación de esta prestación y que lo pretendido por la demandante genera un detrimento patrimonial a la entidad.<sup>2</sup>

---

*del precedente constitucional la jurisprudencia de esta corporación ha establecido que tanto los fallos establecidos en control abstracto como en concreto están amparados por la fuerza vinculante debido a que determina el contenido y el alcance de la normatividad superior al punto que su desconocimiento significaría una violación a la constitución, de tal manera que al existir disposiciones jurisprudenciales y esto también en referencia a las disposiciones constitucionales, legales constitucionales o de órgano o de nivel superior constitucional pues da cuenta de que la inobservancia de la sentencia SU 005 del 2018 genera una vulneración directa y protegible inclusive mediante la acción de tutela de los derechos fundamentales de la señora Rosabel Mateus, en ese sentido solicito de manera muy respetuosa ante la Sala de decisión del Tribunal Superior de Bogotá que se revoque la sentencia que fue proferida en precedencia y que fuera desfavorable para la señora Rosabel, desconociendo por tanto las pretensiones principales obteniendo el reconocimiento pensional y las pretensiones accesorias a estas como los intereses moratorios y/o la indexación que se hubiera causado. En esos términos dejo expuesto y presentada mi recurso de apelación.*

<sup>2</sup> *Muchas gracias su señoría, si presento frente a la decisión emitida por el despacho mi recurso de apelación, con el fin de que sea conocido por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral solicitándole a los honorables magistrados se revoque la decisión emitida por el a quo, en el sentido de que se absuelva a mi representada de la condena impuesta en cuanto a la reliquidación de la indemnización sustitutiva y se tenga en cuenta que, ya se efectuó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva conforme se evidenció en la Resolución No. 026663 de 2007 conforme el pedimento o reclamación presentada el 27 de abril de 2007 por la demandante y, como quiera que en dicha oportunidad no se presentó o posteriormente no se presentó ninguna reclamación manifestando que existía la posibilidad de o que existían unas semanas adicionales a las que ... a las cuales se reliquidó la indemnización sustitutiva inicial resultaría improcedente acceder al mismo toda vez que pues no se agotó la vía judicial correspondiente, no se agotaron los medios administrativos correspondientes conforme lo dispone el artículo 6 del Código Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, en el cual se estipula que las acciones contra las entidades de derecho público y administrativas o sociales se deberán presentar previamente se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente, de este modo la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo sexto del Código Procesal del Trabajo cuando se pretende demandar ante la jurisdicción ordinaria laboral a una entidad de derecho público, a una entidad administrativa autónoma o a una entidad de derecho social se deberá presentar reclamación directa a la administración y el agotamiento de la misma es factor de competencia para el Juez Laboral tal como se evidenció en la sentencia SL 1054 del 11 de abril de 2018, cabe de igual forma manifestar que la demandante al evidenciar que tenía la posibilidad de realizar una reliquidación de la indemnización debía haberlo presentado por vía administrativa y adicionalmente pues en este caso se evidencia que se presentó no de manera principal sino de manera subsidiaria, lo cual pues genera un desgaste judicial y administrativo ya que las cuentas a pagar de las condenas judiciales tienen incluso una moratoria superior a la de las cuentas propias del Régimen de Prima Media, generando de esta forma un caos presupuestal y un perjuicio incluso para el demandante toda vez que pues el presupuesto pasado en diciembre de 2019, la ley de presupuesto se cuenta con 10 meses para la ... el cumplimiento de las sentencias judiciales haciendo pues esto más amplio y más gravosa la situación de la demandante ya que por medio de una reclamación administrativa solamente se hubiera reconocido en un término aproximado de 4 meses, por tanto, ruego a los honorables magistrados se revoque la decisión y en su lugar se absuelva a mi representada en todas y cada una de las pretensiones ya que pues esto generaría un detrimento al presupuesto de la entidad, muchas gracias”*



#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la Dra. LILIAN PATRICIA GARCIA GONZALEZ, identificada con C.C. 52.199.648 y portadora de la T.P. 221.228 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderado sustituta de dicha entidad.

La referida apoderada, presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

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

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de Colpensiones.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. En caso de que ello no sea así, determinar el monto de la indemnización sustitutiva.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

No fue objeto de controversia que **i)** GUILLERMO ROJAS FORERO falleció el 11 de enero de 2007 (folio 14). **ii)** Tampoco se discutió, en el recurso, la condición de beneficiaria de una eventual pensión de

ROSABEL MATEUS PÉREZ en calidad de compañera permanente del causante, reconocida en la sentencia apelada. Así lo aceptó - además- COLPENSIONES en la Resolución 26663 del 29 de junio de 2007 al ordenar en su favor el pago de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes (ver folios 10 y 11, y lo prueba la documental aportada al expediente (CD1), dos declaraciones extra juicio (de CLARA INÉS VELOZA SILVA y OFELIA LÓPEZ DÍAZ), y dos testimonios (MARIA HOLANDA MATEUS PÉREZ y SENOVIA ESTEPA NIÑO – vídeos 1 y 2 de la audiencia virtual, contenidos en el CD 1), de los cuales se deduce que la demandante y el causante convivieron de manera ininterrumpida dentro de los 5 años anterior al fallecimiento.

- **Pensión de Sobrevivientes**

El apoderado de la parte demandante solicita en el recurso, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que se reclama en este proceso.

Sobre este principio, es pertinente señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido en reiterada jurisprudencia (SL 379-2020, SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016), que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, se acepta la aplicación ultractiva de normas derogadas como excepción a la regla general, referida a que la norma que gobierna la situación pensional en un caso específico es la vigente al momento del fallecimiento del causante o la fecha de estructuración del estado de invalidez. Ha dicho la Corte que en aplicación de este principio solo es posible estudiar si el afiliado cumplía los requisitos definidos en la ley inmediatamente anterior a la vigente al momento del hecho que causa el derecho (fallecimiento o invalidez), y que en virtud de ésta el juzgador no puede realizar un estudio histórico de las normas anteriores para encontrar la que se ajusta a la situación o condiciones particulares del caso.

Así las cosas, atendiendo que el causante falleció el 11 de enero de 2007 (fl. 14), la norma que regula su situación por aplicación del principio de la condición más beneficiosa, es la contenida en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, sin las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Esta norma define el derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del afiliado que ha cotizado por lo menos 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento (por no encontrarse cotizando al momento del deceso).

Revisadas las pruebas aportadas al expediente, se advierte que la causante no cotizó ninguna semana dentro del año anterior a su fallecimiento, pues la última cotización realizada al sistema de pensiones, según lo acredita la historia laboral aportada al expediente en folio 12, fue el 31 de octubre de 1998.

Para responder el argumento de apelación referido a que por aplicación del principio de la condición más beneficiosa es posible definir el derecho a la luz del Acuerdo 049 de 1990, lo cierto es que en aplicación del criterio definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, no es procedente hacer un recuento histórico de normas para encontrar la que se ajusta a la situación del afiliado y así ordenar el reconocimiento de la prestación.

Como el juez de primera instancia llegó a la misma conclusión se confirmará en lo pertinente su decisión.

- **Fundamentos Normativos Sobre la Indemnización Sustitutiva y su Liquidación.**

Definido lo anterior pasa la Sala a estudiar el siguiente aspecto de la controversia. Para el efecto el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, dispuso el derecho al pago de una indemnización sustitutiva, para

los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes. Dicha disposición remite al artículo 37 de la misma ley que contempla, que esta indemnización será equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, y que a este resultado se le debe aplicar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Ahora bien, frente a la forma de liquidar esta prestación, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, que reglamentó el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece:

*“Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:  $I = SBC \times SC \times PPC$ . Dónde: SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”.*

En el caso bajo estudio la demandante solicitó la reliquidación de su indemnización sustitutiva, por considerar que le corresponde una suma superior por este concepto. Al efecto, se reitera que no es objeto de controversia que el causante falleció el 11 de enero de 2007 (fl. 14), ni el derecho de la demandante al reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva, reconocido por la entidad demandada mediante Resolución N° 026663 de 2007 (fls. 10 y 11).

Ahora bien, precisa la Sala frente al argumento de apelación que propone la demandada, relacionado con que la demandante no solicitó la reliquidación de la indemnización sustitutiva previamente, que si bien ello es así, no es procedente abstenerse de estudiar las pretensiones subsidiarias de la demanda en cuanto ésta hizo parte del litigio que se fijó en la audiencia de fecha 2 de junio de 2020 y sobre el cual Colpensiones no manifestó oposición, además el derecho a la indemnización sustitutiva resulta subsidiario al derecho a la pensión de sobrevivientes, que fue previamente reclamado. Por ello el Tribunal realizará las operaciones pertinentes para definir el valor der la indemnización sustitutiva.

Así las cosas, revisada la historia laboral obrante en el CD. que contiene el expediente administrativo (fl. 26), se observa que el causante cotizó al sistema de pensiones un total de 775 semanas, las cuales serán tenidas en cuenta para definir el valor de la prestación.

### OPERACIONES

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1980	Noviembre	27	\$ 4.410	1,02	87,87	85,7735	\$ 378.261	\$ 340.435
1980	Diciembre	30	\$ 4.410	1,02	87,87	85,7735	\$ 378.261	\$ 378.261
1981	Enero	30	\$ 5.790	1,29	87,87	68,1530	\$ 394.606	\$ 394.606
1981	Febrero	30	\$ 5.790	1,29	87,87	68,1530	\$ 394.606	\$ 394.606
1981	Marzo	30	\$ 5.790	1,29	87,87	68,1530	\$ 394.606	\$ 394.606
1981	Abril	30	\$ 5.790	1,29	87,87	68,1530	\$ 394.606	\$ 394.606
1981	Mayo	30	\$ 5.790	1,29	87,87	68,1530	\$ 394.606	\$ 394.606
1981	Junio	30	\$ 5.790	1,29	87,87	68,1530	\$ 394.606	\$ 394.606
1981	Julio	30	\$ 5.790	1,29	87,87	68,1530	\$ 394.606	\$ 394.606
1981	Agosto	30	\$ 5.790	1,29	87,87	68,1530	\$ 394.606	\$ 394.606
1981	Septiembre	30	\$ 5.790	1,29	87,87	68,1530	\$ 394.606	\$ 394.606
1981	Octubre	30	\$ 5.790	1,29	87,87	68,1530	\$ 394.606	\$ 394.606
1981	Noviembre	30	\$ 9.480	1,29	87,87	68,1530	\$ 646.090	\$ 646.090
1981	Diciembre	30	\$ 9.480	1,29	87,87	68,1530	\$ 646.090	\$ 646.090
1982	Enero	30	\$ 9.480	1,63	87,87	53,8931	\$ 510.907	\$ 510.907
1982	Febrero	30	\$ 9.480	1,63	87,87	53,8931	\$ 510.907	\$ 510.907
1982	Marzo	30	\$ 9.480	1,63	87,87	53,8931	\$ 510.907	\$ 510.907
1982	Abril	30	\$ 9.480	1,63	87,87	53,8931	\$ 510.907	\$ 510.907
1982	Mayo	30	\$ 9.480	1,63	87,87	53,8931	\$ 510.907	\$ 510.907
1982	Junio	30	\$ 9.480	1,63	87,87	53,8931	\$ 510.907	\$ 510.907
1982	Julio	30	\$ 9.480	1,63	87,87	53,8931	\$ 510.907	\$ 510.907
1982	Agosto	30	\$ 9.480	1,63	87,87	53,8931	\$ 510.907	\$ 510.907

1982	Septiembre	30	\$ 9.480	1,63	87,87	53,8931	\$ 510.907	\$ 510.907
1982	Octubre	30	\$ 9.480	1,63	87,87	53,8931	\$ 510.907	\$ 510.907
1982	Noviembre	30	\$ 9.480	1,63	87,87	53,8931	\$ 510.907	\$ 510.907
1982	Diciembre	30	\$ 9.480	1,63	87,87	53,8931	\$ 510.907	\$ 510.907
1983	Enero	30	\$ 9.480	2,02	87,87	43,4517	\$ 411.922	\$ 411.922
1983	Febrero	30	\$ 9.480	2,02	87,87	43,4517	\$ 411.922	\$ 411.922
1983	Marzo	30	\$ 9.480	2,02	87,87	43,4517	\$ 411.922	\$ 411.922
1983	Abril	30	\$ 9.480	2,02	87,87	43,4517	\$ 411.922	\$ 411.922
1983	Mayo	30	\$ 9.480	2,02	87,87	43,4517	\$ 411.922	\$ 411.922
1983	Junio	30	\$ 9.480	2,02	87,87	43,4517	\$ 411.922	\$ 411.922
1983	Julio	30	\$ 9.480	2,02	87,87	43,4517	\$ 411.922	\$ 411.922
1983	Agosto	30	\$ 9.480	2,02	87,87	43,4517	\$ 411.922	\$ 411.922
1983	Septiembre	30	\$ 9.480	2,02	87,87	43,4517	\$ 411.922	\$ 411.922
1983	Octubre	30	\$ 9.480	2,02	87,87	43,4517	\$ 411.922	\$ 411.922
1983	Noviembre	30	\$ 9.480	2,02	87,87	43,4517	\$ 411.922	\$ 411.922
1983	Diciembre	30	\$ 9.480	2,02	87,87	43,4517	\$ 411.922	\$ 411.922
1984	Enero	30	\$ 11.850	2,36	87,87	37,2536	\$ 441.455	\$ 441.455
1984	Febrero	30	\$ 11.850	2,36	87,87	37,2536	\$ 441.455	\$ 441.455
1984	Marzo	30	\$ 11.850	2,36	87,87	37,2536	\$ 441.455	\$ 441.455
1984	Abril	30	\$ 11.850	2,36	87,87	37,2536	\$ 441.455	\$ 441.455
1984	Mayo	30	\$ 9.480	2,36	87,87	37,2536	\$ 353.164	\$ 353.164
1984	Junio	30	\$ 14.610	2,36	87,87	37,2536	\$ 544.275	\$ 544.275
1984	Julio	30	\$ 14.610	2,36	87,87	37,2536	\$ 544.275	\$ 544.275
1984	Agosto	30	\$ 14.610	2,36	87,87	37,2536	\$ 544.275	\$ 544.275
1984	Septiembre	30	\$ 14.610	2,36	87,87	37,2536	\$ 544.275	\$ 544.275
1984	Octubre	30	\$ 14.610	2,36	87,87	37,2536	\$ 544.275	\$ 544.275
1984	Noviembre	30	\$ 14.610	2,36	87,87	37,2536	\$ 544.275	\$ 544.275
1984	Diciembre	30	\$ 14.610	2,36	87,87	37,2536	\$ 544.275	\$ 544.275
1985	Enero	30	\$ 14.610	2,79	87,87	31,4953	\$ 460.146	\$ 460.146
1985	Febrero	30	\$ 14.610	2,79	87,87	31,4953	\$ 460.146	\$ 460.146
1985	Marzo	30	\$ 14.610	2,79	87,87	31,4953	\$ 460.146	\$ 460.146
1985	Abril	30	\$ 14.610	2,79	87,87	31,4953	\$ 460.146	\$ 460.146
1985	Mayo	30	\$ 14.610	2,79	87,87	31,4953	\$ 460.146	\$ 460.146
1985	Junio	30	\$ 14.610	2,79	87,87	31,4953	\$ 460.146	\$ 460.146
1985	Julio	30	\$ 14.610	2,79	87,87	31,4953	\$ 460.146	\$ 460.146
1985	Agosto	30	\$ 14.610	2,79	87,87	31,4953	\$ 460.146	\$ 460.146
1985	Septiembre	30	\$ 14.610	2,79	87,87	31,4953	\$ 460.146	\$ 460.146
1985	Octubre	30	\$ 14.610	2,79	87,87	31,4953	\$ 460.146	\$ 460.146
1985	Noviembre	30	\$ 14.610	2,79	87,87	31,4953	\$ 460.146	\$ 460.146
1985	Diciembre	30	\$ 17.790	2,79	87,87	31,4953	\$ 560.301	\$ 560.301
1986	Enero	30	\$ 17.790	3,42	87,87	25,7207	\$ 457.572	\$ 457.572
1986	Febrero	30	\$ 17.790	3,42	87,87	25,7207	\$ 457.572	\$ 457.572
1986	Marzo	30	\$ 17.790	3,42	87,87	25,7207	\$ 457.572	\$ 457.572
1986	Abril	30	\$ 17.790	3,42	87,87	25,7207	\$ 457.572	\$ 457.572
1986	Mayo	30	\$ 17.790	3,42	87,87	25,7207	\$ 457.572	\$ 457.572
1986	Junio	30	\$ 17.790	3,42	87,87	25,7207	\$ 457.572	\$ 457.572
1986	Julio	30	\$ 17.790	3,42	87,87	25,7207	\$ 457.572	\$ 457.572
1986	Agosto	30	\$ 17.790	3,42	87,87	25,7207	\$ 457.572	\$ 457.572
1986	Septiembre	30	\$ 17.790	3,42	87,87	25,7207	\$ 457.572	\$ 457.572
1986	Octubre	30	\$ 17.790	3,42	87,87	25,7207	\$ 457.572	\$ 457.572
1986	Noviembre	30	\$ 17.790	3,42	87,87	25,7207	\$ 457.572	\$ 457.572
1986	Diciembre	20	\$ 17.790	3,42	87,87	25,7207	\$ 457.572	\$ 305.048
1987	Marzo	27	\$ 21.420	4,13	87,87	21,2662	\$ 455.522	\$ 409.970
1987	Abril	30	\$ 21.420	4,13	87,87	21,2662	\$ 455.522	\$ 455.522
1987	Mayo	30	\$ 21.420	4,13	87,87	21,2662	\$ 455.522	\$ 455.522
1987	Junio	30	\$ 21.420	4,13	87,87	21,2662	\$ 455.522	\$ 455.522
1987	Julio	30	\$ 21.420	4,13	87,87	21,2662	\$ 455.522	\$ 455.522
1987	Agosto	30	\$ 21.420	4,13	87,87	21,2662	\$ 455.522	\$ 455.522
1987	Septiembre	30	\$ 21.420	4,13	87,87	21,2662	\$ 455.522	\$ 455.522
1987	Octubre	30	\$ 21.420	4,13	87,87	21,2662	\$ 455.522	\$ 455.522
1987	Noviembre	30	\$ 21.420	4,13	87,87	21,2662	\$ 455.522	\$ 455.522
1987	Diciembre	30	\$ 21.420	4,13	87,87	21,2662	\$ 455.522	\$ 455.522
1988	Enero	30	\$ 25.530	5,12	87,87	17,1472	\$ 437.767	\$ 437.767
1988	Febrero	30	\$ 25.530	5,12	87,87	17,1472	\$ 437.767	\$ 437.767
1988	Marzo	30	\$ 25.530	5,12	87,87	17,1472	\$ 437.767	\$ 437.767
1988	Abril	30	\$ 25.530	5,12	87,87	17,1472	\$ 437.767	\$ 437.767

1988	Mayo	30	\$ 39.310	5,12	87,87	17,1472	\$ 674.055	\$ 674.055
1988	Junio	30	\$ 39.310	5,12	87,87	17,1472	\$ 674.055	\$ 674.055
1988	Julio	30	\$ 39.310	5,12	87,87	17,1472	\$ 674.055	\$ 674.055
1988	Agosto	30	\$ 39.310	5,12	87,87	17,1472	\$ 674.055	\$ 674.055
1988	Septiembre	30	\$ 39.310	5,12	87,87	17,1472	\$ 674.055	\$ 674.055
1988	Octubre	30	\$ 39.310	5,12	87,87	17,1472	\$ 674.055	\$ 674.055
1988	Noviembre	30	\$ 39.310	5,12	87,87	17,1472	\$ 674.055	\$ 674.055
1988	Diciembre	30	\$ 39.310	5,12	87,87	17,1472	\$ 674.055	\$ 674.055
1989	Enero	30	\$ 39.310	6,57	87,87	13,3832	\$ 526.094	\$ 526.094
1989	Febrero	30	\$ 39.310	6,57	87,87	13,3832	\$ 526.094	\$ 526.094
1989	Marzo	30	\$ 39.310	6,57	87,87	13,3832	\$ 526.094	\$ 526.094
1989	Abril	30	\$ 39.310	6,57	87,87	13,3832	\$ 526.094	\$ 526.094
1989	Mayo	30	\$ 39.310	6,57	87,87	13,3832	\$ 526.094	\$ 526.094
1989	Junio	30	\$ 47.370	6,57	87,87	13,3832	\$ 633.963	\$ 633.963
1989	Julio	30	\$ 47.370	6,57	87,87	13,3832	\$ 633.963	\$ 633.963
1989	Agosto	30	\$ 47.370	6,57	87,87	13,3832	\$ 633.963	\$ 633.963
1989	Septiembre	30	\$ 47.370	6,57	87,87	13,3832	\$ 633.963	\$ 633.963
1989	Octubre	30	\$ 47.370	6,57	87,87	13,3832	\$ 633.963	\$ 633.963
1989	Noviembre	30	\$ 47.370	6,57	87,87	13,3832	\$ 633.963	\$ 633.963
1989	Diciembre	30	\$ 47.370	6,57	87,87	13,3832	\$ 633.963	\$ 633.963
1990	Enero	30	\$ 47.370	8,28	87,87	10,6112	\$ 502.655	\$ 502.655
1990	Febrero	30	\$ 47.370	8,28	87,87	10,6112	\$ 502.655	\$ 502.655
1990	Marzo	30	\$ 47.370	8,28	87,87	10,6112	\$ 502.655	\$ 502.655
1990	Abril	30	\$ 47.370	8,28	87,87	10,6112	\$ 502.655	\$ 502.655
1990	Mayo	30	\$ 47.370	8,28	87,87	10,6112	\$ 502.655	\$ 502.655
1990	Junio	30	\$ 47.370	8,28	87,87	10,6112	\$ 502.655	\$ 502.655
1990	Julio	30	\$ 47.370	8,28	87,87	10,6112	\$ 502.655	\$ 502.655
1990	Agosto	30	\$ 61.950	8,28	87,87	10,6112	\$ 657.367	\$ 657.367
1990	Septiembre	30	\$ 61.950	8,28	87,87	10,6112	\$ 657.367	\$ 657.367
1990	Octubre	30	\$ 61.950	8,28	87,87	10,6112	\$ 657.367	\$ 657.367
1990	Noviembre	30	\$ 61.950	8,28	87,87	10,6112	\$ 657.367	\$ 657.367
1990	Diciembre	30	\$ 61.950	8,28	87,87	10,6112	\$ 657.367	\$ 657.367
1991	Enero	30	\$ 61.950	10,96	87,87	8,0165	\$ 496.622	\$ 496.622
1991	Febrero	30	\$ 61.950	10,96	87,87	8,0165	\$ 496.622	\$ 496.622
1991	Marzo	30	\$ 61.950	10,96	87,87	8,0165	\$ 496.622	\$ 496.622
1991	Abril	30	\$ 61.950	10,96	87,87	8,0165	\$ 496.622	\$ 496.622
1991	Mayo	30	\$ 61.950	10,96	87,87	8,0165	\$ 496.622	\$ 496.622
1991	Junio	30	\$ 61.950	10,96	87,87	8,0165	\$ 496.622	\$ 496.622
1991	Julio	30	\$ 61.950	10,96	87,87	8,0165	\$ 496.622	\$ 496.622
1991	Agosto	30	\$ 79.290	10,96	87,87	8,0165	\$ 635.628	\$ 635.628
1991	Septiembre	30	\$ 79.290	10,96	87,87	8,0165	\$ 635.628	\$ 635.628
1991	Octubre	11	\$ 79.290	10,96	87,87	8,0165	\$ 635.628	\$ 233.064
1992	Enero	20	\$ 70.260	13,90	87,87	6,3210	\$ 444.111	\$ 296.074
1992	Febrero	30	\$ 70.260	13,90	87,87	6,3210	\$ 444.111	\$ 444.111
1992	Marzo	30	\$ 70.260	13,90	87,87	6,3210	\$ 444.111	\$ 444.111
1992	Abril	30	\$ 70.260	13,90	87,87	6,3210	\$ 444.111	\$ 444.111
1992	Mayo	30	\$ 70.260	13,90	87,87	6,3210	\$ 444.111	\$ 444.111
1992	Julio	21	\$ 70.260	13,90	87,87	6,3210	\$ 444.111	\$ 310.878
1992	Agosto	30	\$ 70.260	13,90	87,87	6,3210	\$ 444.111	\$ 444.111
1992	Septiembre	30	\$ 70.260	13,90	87,87	6,3210	\$ 444.111	\$ 444.111
1992	Octubre	30	\$ 70.260	13,90	87,87	6,3210	\$ 444.111	\$ 444.111
1992	Noviembre	30	\$ 70.260	13,90	87,87	6,3210	\$ 444.111	\$ 444.111
1992	Diciembre	1	\$ 70.260	13,90	87,87	6,3210	\$ 444.111	\$ 14.804
1993	Febrero	30	\$ 89.070	17,40	87,87	5,0514	\$ 449.926	\$ 449.926
1993	Marzo	30	\$ 89.070	17,40	87,87	5,0514	\$ 449.926	\$ 449.926
1993	Abril	30	\$ 89.070	17,40	87,87	5,0514	\$ 449.926	\$ 449.926
1993	Mayo	23	\$ 89.070	17,40	87,87	5,0514	\$ 449.926	\$ 344.943
1993	Julio	24	\$ 89.070	17,40	87,87	5,0514	\$ 449.926	\$ 359.941
1993	Agosto	30	\$ 89.070	17,40	87,87	5,0514	\$ 449.926	\$ 449.926
1993	Septiembre	30	\$ 89.070	17,40	87,87	5,0514	\$ 449.926	\$ 449.926
1993	Octubre	30	\$ 89.070	17,40	87,87	5,0514	\$ 449.926	\$ 449.926
1993	Noviembre	30	\$ 89.070	17,40	87,87	5,0514	\$ 449.926	\$ 449.926
1993	Diciembre	14	\$ 89.070	17,40	87,87	5,0514	\$ 449.926	\$ 209.965
1994	Marzo	15	\$ 114.829	21,33	87,87	4,1199	\$ 473.088	\$ 236.544
1994	Abril	30	\$ 154.117	21,33	87,87	4,1199	\$ 634.952	\$ 634.952
1994	Junio	1	\$ 115.377	21,33	87,87	4,1199	\$ 475.346	\$ 15.845

1994	Julio	30	\$ 115.377	21,33	87,87	4,1199	\$ 475.346	\$ 475.346
1994	Agosto	30	\$ 130.376	21,33	87,87	4,1199	\$ 537.141	\$ 537.141
1994	Septiembre	30	\$ 130.376	21,33	87,87	4,1199	\$ 537.141	\$ 537.141
1994	Octubre	23	\$ 130.376	21,33	87,87	4,1199	\$ 537.141	\$ 411.808
1994	Diciembre	25	\$ 107.676	21,33	87,87	4,1199	\$ 443.618	\$ 369.682
1995	Marzo	30	\$ 169.846	26,15	87,87	3,3606	\$ 570.782	\$ 570.782
1995	Abril	30	\$ 137.293	26,15	87,87	3,3606	\$ 461.385	\$ 461.385
1995	Mayo	30	\$ 153.019	26,15	87,87	3,3606	\$ 514.233	\$ 514.233
1995	Junio	30	\$ 145.411	26,15	87,87	3,3606	\$ 488.666	\$ 488.666
1996	Marzo	1	\$ 4.738	31,24	87,87	2,8130	\$ 13.328	\$ 444
1996	Abril	30	\$ 190.388	31,24	87,87	2,8130	\$ 535.556	\$ 535.556
1996	Mayo	30	\$ 237.616	31,24	87,87	2,8130	\$ 668.406	\$ 668.406
1996	Junio	15	\$ 150.787	31,24	87,87	2,8130	\$ 424.159	\$ 212.080
1996	Julio	21	\$ 113.699	31,24	87,87	2,8130	\$ 319.832	\$ 223.882
1996	Agosto	30	\$ 123.175	31,24	87,87	2,8130	\$ 346.487	\$ 346.487
1996	Septiembre	30	\$ 142.124	31,24	87,87	2,8130	\$ 399.790	\$ 399.790
1996	Octubre	30	\$ 142.124	31,24	87,87	2,8130	\$ 399.790	\$ 399.790
1996	Noviembre	30	\$ 142.124	31,24	87,87	2,8130	\$ 399.790	\$ 399.790
1996	Diciembre	30	\$ 136.432	31,24	87,87	2,8130	\$ 383.779	\$ 383.779
1997	Enero	30	\$ 103.204	38,00	87,87	2,3126	\$ 238.665	\$ 238.665
1997	Febrero	30	\$ 172.006	38,00	87,87	2,3126	\$ 397.773	\$ 397.773
1997	Marzo	30	\$ 172.006	38,00	87,87	2,3126	\$ 397.773	\$ 397.773
1997	Abril	30	\$ 172.006	38,00	87,87	2,3126	\$ 397.773	\$ 397.773
1997	Mayo	30	\$ 173.350	38,00	87,87	2,3126	\$ 400.881	\$ 400.881
1997	Junio	30	\$ 172.006	38,00	87,87	2,3126	\$ 397.773	\$ 397.773
1997	Julio	30	\$ 175.858	38,00	87,87	2,3126	\$ 406.681	\$ 406.681
1997	Agosto	30	\$ 172.902	38,00	87,87	2,3126	\$ 399.845	\$ 399.845
1997	Septiembre	30	\$ 178.367	38,00	87,87	2,3126	\$ 412.483	\$ 412.483
1997	Octubre	30	\$ 172.006	38,00	87,87	2,3126	\$ 397.773	\$ 397.773
1997	Noviembre	30	\$ 160.539	38,00	87,87	2,3126	\$ 371.255	\$ 371.255
1998	Mayo	3	\$ 20.382	44,72	87,87	1,9651	\$ 40.052	\$ 4.005
1998	Junio	30	\$ 419.032	44,72	87,87	1,9651	\$ 823.419	\$ 823.419
1998	Julio	30	\$ 584.128	44,72	87,87	1,9651	\$ 1.147.841	\$ 1.147.841
1998	Agosto	30	\$ 498.352	44,72	87,87	1,9651	\$ 979.287	\$ 979.287
1998	Septiembre	30	\$ 608.757	44,72	87,87	1,9651	\$ 1.196.238	\$ 1.196.238
1998	Octubre	6	\$ 204.334	44,72	87,87	1,9651	\$ 401.527	\$ 80.305

**Indemnización sustitutiva = SBC x SC x PPC**

SBC= \$115.871

SC= 775

PPC= 8.71%

**\$115.871 X 775 X 8.71% = \$7.825.930**

Teniendo en cuenta que la suma aquí definida es superior a la que tasó el juez de primera instancia, se confirmará en lo pertinente su decisión para no agravar el interés de la entidad, único apelante en este puntual aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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



Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO. En mi criterio se debe otorgar la pensión. El derecho reclamado se regula por el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, pues si bien es cierto que la muerte del causante ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, también lo es que para la fecha en que dicha norma entró en vigencia había cumplido todos los requisitos dispuestos en el Acuerdo 049 de 1990 para causar la prestación reclamada. Según lo dispone claramente el artículo 25 del Decreto 758 de 1990 y por tratarse de un seguro para el cual venía cotizando el afiliado, el derecho de su núcleo familiar a una pensión de sobrevivientes nacía o se causaba cuando -COMILLAS DE LO DICHO EN LA NORMA- “el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para tener derecho a la pensión de invalidez por riesgo común”. Esta densidad la definía el artículo 6° del mismo decreto, en el cual se exigen 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la invalidez (muerte), o 300 semanas en cualquier época anterior a dicho estado. Sobre la materia, el literal del artículo 26 del citado decreto, dice: “la pensión se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o pensionado”. Esta norma hizo una correcta distinción entre el momento en que se causa la prestación –por un lado-, y el momento en que procede el reconocimiento de la primera mesada –por el otro-, asunto de capital importancia en cuanto de su comprensión dependerá la adecuada escogencia de la norma que regula el derecho de cada afiliado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0120-2020**

**Radicado N° 39-2018-00322-01**

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación del demandante **LUÍS ALFONSO SOLÓRZANO SALAZAR** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró al demandante beneficiario de la pensión de sobrevivientes conforme el Decreto 3041 de 1966, condenó al pago indexado del retroactivo pensional desde el 14 de junio de 2015, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó en costas a **COLPENSIONES** (fl. 113 a 116, 01:05:03 cd fl. 112).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 3 a 12).**

**LUÍS ALFONSO SOLÓRZANO SALAZAR** solicitó declarar que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge superstite, en consecuencia, condenar a **COLPENSIONES** al pago del retroactivo pensional desde el 05 de enero de 1983, intereses

moratorios, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que ROSA ELENA PRIETO VERGARA (q.e.p.d.) nació el 08 de enero de 1938, que convivió con la causante desde enero de 1977 y celebraron matrimonio el 31 de diciembre de 1980, quien falleció el 05 de enero de 1983. Afirmó que durante toda la convivencia con la causante residieron en Bogotá y que no procrearon hijos, que ella cotizó 182,43 semanas al extinto ISS y que de forma errónea se consignó en su registro civil de defunción como soltera, yerro que se corrigió mediante escritura pública 311 del 26 de enero de 2011. Indicó que el 03 de agosto de 1984, ante notario, celebró su segundo matrimonio católico con BÁRBARA SIERRA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.) y reconoció como hijo a HAMILTON SOLÓRZANO SIERRA, pese no ser su hijo biológico. Señaló que por desconocimiento de sus derechos, hasta el 23 de julio de 2009 solicitó el reconocimiento pensional con ocasión del fallecimiento de su primera esposa ante el extinto ISS, solicitud que negó **COLPENSIONES** con la Resolución GNR 214480 del 27 de agosto de 2013, alegando inconsistencia por haber procreado un hijo meses antes del fallecimiento de la causante, decisión contra la cual interpuso recursos en sede administrativa, siendo resueltos de forma desfavorable mediante las Resoluciones GNR 43536 del 18 de febrero de 2014 y VPB 45899 del 28 de mayo de 2015, por lo cual el 17 de mayo de 2018 realizó una prueba de paternidad, la cual acreditó que no es el padre biológico de HAMILTON SOLÓRZANO SIERRA, hecho que se niega a reconocer la demandada.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Acepto los hechos relativos al matrimonio entre el demandante y ROSA ELENA PRIETO VERGARA (q.e.p.d.), el número de semanas cotizadas por la causante al extinto ISS, su fallecimiento, la corrección de su registro civil de defunción y que negó la reclamación pensional del demandante. Indicó que el demandante no cumple los requisitos para el reconocimiento de

la pensión de sobrevivientes. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe de **COLPENSIONES**, carencia de causa para demandar, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, indemnización moratoria, pago al IPC, indexación o ajuste alguno, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas por administradoras de seguridad social públicas y la innominada o genérica (fl. 68 a 74, 93).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 113 a 116, 01:05:03 cd fl. 112).**

El 10 de septiembre de 2019, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia, en la cual resolvió:

*“(...) **PRIMERO: DECLARAR** que LUIS ALFONSO SOLÓRZANO SALAZAR es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, reconocida a la luz del Decreto 3041 de 1966, la cual deberá ser pagada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*

***SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES** a pagar a LUIS ALFONSO SOLÓRZANO SALAZAR, de forma vitalicia, las mesadas correspondientes a la pensión de sobrevivientes a partir del 14 de junio de 2015, por prescripción, en cuantía de un salario mínimo, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad, prestación a la que se deberán aplicar los respectivos ajustes anuales, conforme a lo dicho en la parte considerativa.*

***TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES** a pagar a LUIS ALFONSO SOLÓRZANO SALAZAR, el retroactivo de las mesadas pensionales causado desde el 14 de junio de 2015 y hasta la fecha en que se incluya en nómina el presente reconocimiento pensional, valor que a 30 de agosto de 2019 asciende a \$43.890.771,67*

***CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES** a indexar al momento del pago de las mesadas adeudadas al señor LUIS ALFONSO SOLÓRZANO SALAZAR.*

***QUINTO: DECLARAR PROBADA parcialmente** la excepción de prescripción y no probadas las demás.*

***SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada, inclúyase en la respectiva liquidación la suma de \$1.700.000 como agencias en derecho.*

**SÉPTIMO:** *consúltese la presente decisión con el superior por resultar adversa a COLPENSIONES. (...)*”.

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si el demandante tiene derecho o no a la pensión de sobrevivientes por la muerte de ROSA ELENA PRIETO VERGARA (q.e.p.d.) y, en caso afirmativo, determinar la procedencia de los intereses moratorios.

Para resolver indicó que ROSA ELENA PRIETO VERGARA falleció el 05 de enero de 1983 y tenía 182.43 semanas cotizadas de enero de 1979 hasta enero de 1983, por ende, la norma aplicable es el Acuerdo 224 aprobado por el Decreto 3041 de 1966, que consagró en sus artículos 20 y 21 la pensión de sobrevivientes, exigiendo para su causación los requisitos señalados en su artículo 5. El demandante allegó partida de matrimonio, registro civil de matrimonio y el registro civil de defunción que acreditan que el 30 de diciembre de 1980 celebró matrimonio con la causante, así mismo, demostró que no es el padre biológico de HAMILTON SOLÓRZANO SIERRA, por tanto sí cumplió los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, ya que el requisito de convivencia por 3 años de la Ley 90 de 1946 solo aplica si quien pretende el reconocimiento es compañero permanente. Respecto de la investigación administrativa, si bien el demandante contrajo unas segundas nupcias el 31 de diciembre de 1983, ello no desvirtúa su calidad de cónyuge de ROSA ELENA PRIETO al momento de su deceso, sin que las circunstancias posteriores influyan en la causación del derecho, en todo caso, también se demostró que el demandante convivió con la causante desde 1977 hasta 1983. Condenó al reconocimiento de la pensión en cuantía de 1 smlmv porque las cotizaciones fueron por 1 smlmv y en 14 mesada porque el fallecimiento fue anterior al Acto Legislativo 1° de 2005. Absolvió de intereses moratorios ya que la H. CSJ indicó que no proceden para la pensión de sobrevivientes del Decreto 3041 de 1966, por tanto, indexó el retroactivo. Indicó que el 23 de julio de 2009 el demandante solicitó el reconocimiento pensional, solicitud que resolvió la Resolución 39388 del 17 de diciembre de 2010, pero la demanda se presentó el 14 de junio de 2018, sin que la nueva solicitud de 2011 interrumpiera

la prescripción por cuanto ello opera por una sola oportunidad, por lo cual declaró prescritas las mesadas anteriores al 14 de junio de 2015.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **LUÍS ALFONSO SOLÓRZANO SALAZAR** solicitó modificar la fecha de causación del derecho pensional y prescripción de las mesadas, por cuanto indicó que su pago procede desde el 23 de julio de 2006, en virtud de la interrupción de la prescripción porque el extinto ISS tomó más tiempo del señalado en la Ley para resolver los recursos en la vía gubernativa<sup>1</sup> (01:06:51 cd fl. 112).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó ordenar el pago de las mesadas desde el 23 de julio de 2006 por interrupción de la prescripción, así como el pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS SAS, identificada con Nit 900.822.176, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. Lilian Patricia García González, identificada con CC 52.199.648 y portadora de la TP 187.952 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituto de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia, ya que no se acreditó la comunidad de vida entre el demandante y el causante en sus últimos 5 años de vida, más aún cuando su registro civil de defunción no indicó que era casada, tampoco su registro civil de nacimiento.

### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

---

<sup>1</sup> Su Señoría, estoy parcialmente de acuerdo con la decisión de su Despacho, solo interpongo recurso de apelación respecto de la fecha de causación y la de prescripción del derecho pensional. Solicito a los señores magistrados, parcialmente, revoquen la sentencia que ha proferido la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, reconozcan que desde el 23 de julio de 2006 el señor LUÍS ALFONSO SOLÓRZANO tiene derecho a la prestación de pensión de sobrevivientes, causada por el fallecimiento de la señora ROSA ELENA PRIETO VERGARA, como quiera que el señor ha interrumpido desde esa fecha la prescripción por cuanto el ISS y el Seguro Social han tomado más del tiempo que la Ley dice para resolver los recursos del trámite administrativo de la vía gubernativa y la fecha de prescripción se interrumpió desde el 23 de julio de 2006. Muchas gracias.

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

## **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si le asiste derecho no al demandante al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de ROSA ELENA PRIETO VERGARA (q.e.p.d.), en caso afirmativo, establecer la procedencia o no de acceder a las demás pretensiones, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** ROSA ELENA PRIETO VERGARA (q.e.p.d.) falleció el 05 de enero de 1983 (fl. 20).

### **- Sobre la Norma Aplicable a la Pensión de Sobrevivientes.**

Ha sido posición pacífica y reiterada de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicar que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante, tal y como ha señalado en las sentencias SL Rad. 33.210 del 17 de octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de

2017, SL496 de 2018, SL2214 de 2018, SL308 de 2019, SL3526 de 2019, entre otras.

- **Sobre la Pensión de Sobreviviente a Favor del Cónyuge Superstite en Vigencia del Acuerdo 224 de 1966 Aprobado con el Decreto 3041 de 1966 y la Ley 12 de 1975.**

El Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, cuyas condiciones fueron modificadas por la Ley 12 de 1975, consagró el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor del cónyuge superstite por el fallecimiento del afiliado cotizante o pensionado del extinto ISS, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos en los artículos 5 y 20 del precitado Decreto, siendo relevante indicar que en caso de que el causante no fuera pensionado sino cotizante, debe haber cotizado 150 semanas en los 6 años anteriores a su muerte, de las cuales 75 semanas deben corresponder a los últimos 3 años.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró que el demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de ROSA ELENA PRIETO VERGARA (q.e.p.d.) y condenó a **COLPENSIONES** al pago del retroactivo pensional causado desde el 14 de junio de 2015 y a costas.

La apoderada del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó declarar que el demandante tiene derecho al pago del retroactivo pensional desde el 23 de julio de 2006 en virtud de la interrupción de la prescripción.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante que conforme los antecedentes normativos expuestos, la fecha del fallecimiento determina la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes. En el presente asunto, la causante falleció el 05 de enero de 1983 (fl. 20), siendo afiliada cotizante al extinto ISS,



por tanto, la normatividad aplicable es el Acuerdo 224 de 1966, aprobado con el Decreto 3041 de 1966 y la Ley 12 de 1975.

El precitado Decreto estableció como beneficiario de la pensión de sobrevivientes al cónyuge superstite del afiliado pensionado por vejez o invalidez o del asegurado cotizantes que acredite 150 semanas de cotización en los 6 años anteriores a su muerte, de las cuales 75 semanas deben corresponder a los últimos 3 años, conforme sus artículos 5, 20 y 21, sin imponer condicionamiento alguno por periodos de convivencia, por cuanto el periodo de 3 años exigido en el artículo 55 de la Ley 90 de 1946 lo es para el caso de los compañeros permanentes, sin perjuicio de que el artículo 2 de la Ley 12 de 1975 estableció que pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando por culpa del cónyuge superstite no viviere unido al otro al momento de su fallecimiento.

En el presente asunto, el demandante **LUÍS ALFONSO SOLÓRZANO SALAZAR** aportó acta de bautismo de ROSA ELENA PRIETO VERGARA (q.e.p.d.), la cual relacionó como fecha de nacimiento de la causante el 08 de enero de 1938 y que el 31 de diciembre de 1980 contrajo matrimonio con el demandante (fl. 17), matrimonio del que a su vez allegó partida de matrimonio (fl. 19) y copia autentica con sello de la REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL del acta notarial por el cual se registró el mismo a efectos de acreditar dicho acto (fl. 21) y copias auténticas del registro civil de defunción de la causante, con nota de que mediante escritura pública del 26 de enero de 2011 se aclaró que el correcto estado civil de la causante era casada (fl. 18 y 20, 22 a 25).

De las anteriores pruebas documentales, es posible inferir razonablemente que el demandante y la causante celebraron matrimonio católico el 31 de diciembre de 1980, sin que exista anotación alguna que acredite nulidad o divorcio, motivo por el cual el demandante sí acreditó su calidad de cónyuge de ROSA ELENA PRIETO VERGARA (q.e.p.d.) al momento de su deceso.

Así las cosas, al no exigir el Acuerdo 224 de 1966, aprobado con el Decreto 3041 de 1966 y la Ley 12 de 1975 un periodo de convivencia al cónyuge superstite sino simplemente exigir la convivencia el momento del fallecimiento, el demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, por cuanto la causante cotizó 182,43 semanas al extinto ISS entre el 23 de enero de 1979 al 05 de enero de 1983, de las cuales 132,43 semanas se aportaron en los 3 años anteriores a su deceso, cumpliendo los requisitos exigidos en los artículos 5 y 20 del precitado Decreto.

La Sala confirmara el monto y número de mesadas declarado por la Juez de primera instancia, en atención a que la causación del derecho por el fallecimiento de la causante fue anterior a la expedición del Acto Legislativo 1° de 2005, a la vez que el monto de la mesada es de 1 SMLMV por cuanto los aportes se efectuaron sobre dicho monto.

De otra parte, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento respecto de la solicitud de la demandante de condenar al pago de intereses moratorios, por cuanto tal pedimento no fue incluido en el recurso de apelación sino en los posteriores alegatos de segunda instancia, sin que sea dicho momento procesal el oportuno para adicionar nuevos pedimentos en segunda instancia, por cuanto el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS conlleva a que la competencia de esta Corporación se limite a los asuntos elevados en el recurso de apelación.

Frente la prescripción de las mesadas pensionales, los artículos 488 y 489 CST y 151 CPT y de la SS consagraron un término trienal de prescripción, el cual puede ser interrumpido por una sola vez mediante el reclamo escrito del derecho debidamente individualizado.

En el presente asunto, el demandante **LUÍS ALFONSO SOLÓRZANO SALAZAR** solicitó el 23 de julio de 2009 el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, petición que rechazó el extinto ISS mediante Resolución 004646 del 17 de febrero de 2010, a la vez que dispuso oficiar al grupo de investigaciones administrativas (cd fl. 83, 86). Fruto de dicha investigación, el extinto ISS expidió la

Resolución 39388 del 17 de diciembre de 2010 negando por segunda ocasión el reconocimiento de la pensión (cd fl. 83, 86), frente la cual el demandante interpuso el 27 de enero de 2011 un recurso de apelación el 27 de enero de 2011 (cd fl. 86), el cual reiteró mediante derecho de petición del 25 de abril de 2011 (cd fl. 83, 86), el cual no fue resuelto, por lo cual mediante fallo de tutela del 11 de octubre de 2011 se ordenó al ISS resolver de fonda definitiva la solicitud, motivo por el cual **COLPENSIONES** expidió la Resolución GNR 214480 del 27 de agosto de 2013, en la cual negó el reconocimiento pensional (cd fl. 83, 86), contra la cual el demandante interpuso los recursos de reposición y de apelación, los cuales fueron resueltos de forma desfavorable mediante las Resoluciones GNR 43536 del 18 de febrero de 2014 y VPB 45899 del 28 de mayo de 2015 (cd fl. 83 y 86).

De lo anterior se puede inferir, de forma razonable, que mediante la Resolución 004646 del 17 de febrero de 2010 se negó por primera vez el reconocimiento pensional al demandante, sin que pueda considerarse que la Resolución 39388 del 17 de diciembre de 2010 corresponde a una extensión de la solicitud original, toda vez que la primera solicitud se resolvió de fondo en la primera Resolución, sin perjuicio de que el extinto ISS hubiera adelantado una investigación administrativa por su cuenta, motivo por el cual fe en 2010 que se interrumpió la prescripción, acto que solo puede efectuarse por una sola vez, por tanto, al haber sido presentada la demanda el 14 de junio de 2018 las mesadas anteriores al 14 de junio de 2015 están prescritas, tal y como lo indicó la Juez de primera instancia.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.