



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 32 2018 00742 01
Demandante: JOSÉ ALEJANDRO RIBÓN BAQUERO
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por extremos demandados, en contra de la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *José Alejandro Ribón Baquero*, promovió demanda ordinaria en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que efectuara ante *Porvenir S.A.*, al no haberle proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado.

Por consiguiente, se condene a *Porvenir S.A.* a trasladar sus aportes cotizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con destino a *Colpensiones*, y a su vez a esta última aceptarlos y registrarlos como su afiliado sin solución de continuidad.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que se afilió al antiguo Instituto de Seguros Sociales el día 1 de junio de 1984, aportando un total de 340.14 semanas.

Que se afilió Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado en su caso por *Porvenir S.A.* el día 9 de octubre de 1996, administradora pensiones donde en la actualidad se encuentra afiliado.



Puntualizó que, el funcionario de la AFP que lo asesoró en su momento para su afiliación, no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en *Colpensiones*, no le elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada pensional, y le señaló que el antiguo Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar.

Asimismo, se le indicó que se podría pensionar a cualquier edad, sin explicarle la afectación que aquello tendría sobre su mesada pensional y bono pensiona, no se le expuso las desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, entre varios factores más.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones adujo en su contestación que el traslado realizado por el demandante se encuentra ajustado a derecho, y se realizó de forma libre y voluntaria, por lo que deberá probarse el vicio del consentimiento que se alude para efectos de determinar si es válido el traslado.

Formuló las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe de *Colpensiones*, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la denominada innominada o genérica.

Porvenir S.A. expuso en su contestación que la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez, ya que el demandante tuvo toda la información requerida sobre las características, ventajas y diferencias de los dos regímenes pensionales creados por el sistema general de pensiones regulado en la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones denominadas prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado del demandante ante el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en su caso administrado por *Porvenir S.A.*, condenándola a trasladar con destino a *Colpensiones* la totalidad del capital acumulado



en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, cobros y gastos de administración, así como el bono pensional si a ello hubiere lugar.

A su vez, condenó a *Colpensiones* a recibir al actor como afiliado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que declaró ineficaz.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era deber de *Porvenir S.A.* demostrar que al momento del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del demandante, suministró la información necesaria sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, y lo referente todos los aspectos legales que conllevaban al traslado, aspectos que no fueron acreditados por la encartada y por tal motivo, existe una ineficacia en el traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. inconforme con la decisión la apeló. Adujo que, se está desconociendo el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual establece que para el traslado entre cualquiera de los dos regímenes la manifestación debe ser por escrito, aspecto que a su vez se acompasa con lo preceptuado en el Decreto 692 de 1994, de ahí que con la suscripción del formulario de afiliación se entiende que el demandante fue debidamente asesorado, máxime si el formulario fue debidamente avalado por la Superintendencia Financiera.

Que al declararse la ineficacia del traslado del demandante, se está desconociendo la seguridad jurídica en tanto para el momento de la afiliación del demandante, no existía la obligación legal de dejar las respectivas constancias de la información suministrada.

Argumentó igualmente que no es correcto que se le deba condenar por concepto de gastos de administración, más aún si el demandante no solicitó la devolución de dichos gastos sin que tampoco se haya esbozado en las consideraciones de la sentencia la razón del pago de tal condena.

Colpensiones manifestó en su alzada que, al declararse ineficaz el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se está viendo afectada la sostenibilidad financiera, por lo que en caso de que el actor ostente requisitos pensionales, deberá ser *Porvenir S.A.* quien responda por la prestación, máxime si la ineficacia del acto jurídico, recae en cabeza de la AFP privada.

IV. CONSIDERACIONES:



a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la



afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que



recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 9 de octubre de 1997 a *Porvenir S.A.*, (Fls. 33), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, aspecto que se acompasa con lo indicado con la representante legal de *Porvenir S.A.* en el interrogatorio de parte, ya que dijo no tener conocimiento de tipo de asesoría que se dio en su momento.

Por lo tanto, al no haberse acreditado por la AFP el cumplimiento del deber de información, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la



ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también*



el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

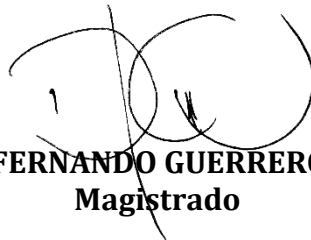
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

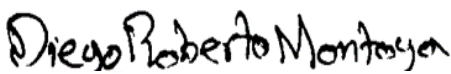
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 23 2019 00090 01
Demandante: FERNANDO ALARCÓN ZAPATA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
 COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones, Porvenir S.A y Old Mutual S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Fernando Alarcón Zapata* formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante la omisión de *Horizonte Pensiones y Cesantías S.A*, hoy *Porvenir S.A* del deber de información, ordenar el traslado y afiliación del demandante a *Colpensiones*, ordenar a *Old Mutual S.A* devolver a *Colpensiones* todos los dineros recibidos por motivo de la afiliación del demandante, que en caso de que la AFP le haya reconocido la pensión de vejez continúe cancelando la misma hasta tanto sean trasladados todos los fondos a *Colpensiones*, condenó a la demandada al pago de las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones expuso que fue afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el 16 de noviembre de 1977, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1° de noviembre de 1996, afiliación que fue realizada a *Horizonte Pensiones y Cesantías S.A*, hoy *Porvenir S.A*, entidad que le brindó la correspondiente información, no le entregó la proyección de su pensión, ni la información correspondiente al capital que debía reunir, y posteriormente, se trasladó a *Old Mutual S.A*.

Que solicitó a las AFP la nulidad del traslado, lo que fue denegado, y aunque ha solicitado su afiliación a *Colpensiones*, no ha sido posible efectuar la misma.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio*, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que la afiliación cuenta con plena validez y obra como soporte de ella las cotizaciones efectuadas por el demandante.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, compensación y la genérica.

Por su parte, *Old Mutual S.A* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que no intervino de manera directa o indirecta en el traslado de régimen.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

Porvenir S.A se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que la afiliación tiene plena validez, toda vez que no se configuró vicio del consentimiento.

Presentó como medios exceptivos los de prescripción, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 3 de marzo de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y en consecuencia condenó a *Porvenir S.A.* y *Old Mutual S.A.* a devolver a *Colpensiones* todos los valores que se hubieren recibido con motivo de la afiliación junto con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno por administración ni por mesadas pensionales; declaró que el demandante se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones* y condenó en costas a la demandada.

Lo anterior por cuanto consideró que, al demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 1604 del C.C., por cuanto es deber de las Administradoras de Pensiones brindar la información completa, suficiente y necesaria sobre las ventajas, desventajas, implicaciones y consecuencias que conllevaría el traslado de régimen pensional; al no cumplir la AFP accionada con la carga probatoria que le exige la ley y la jurisprudencia, pues la simple suscripción del formulario de afiliación es insuficiente; y que es procedente la ineficacia del traslado independientemente de que el promotor de la Litis no sea beneficiario del régimen de transición, ni tenga un derecho consolidado ni estar próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica es frente a la validez del acto jurídico de traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión adoptada *Porvenir S.A.* presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se encuentra inconforme frente a la devolución de los gastos de administración, en tanto se causaron acorde con lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, por lo cual la orden emitida genera perjuicios a la AFP, máxime que dicho concepto incluye el porcentaje cancelado a la aseguradora, además de ser utilizados para realizar la correspondiente administración de los fondos y su sostenimiento para generar los respectivos rendimientos.



Por su parte *Old Mutual S.A* presenta recurso de apelación aduciendo de igual manera que los gastos de administración tienen un fundamento legal, siendo en la práctica es imposible su devolución, dado que sirvieron para sufragar las posibles contingencias de las cuales ha disfrutado el demandante, y en ese orden de ideas, los dineros no se encuentran en las arcas de la entidad. Luego se hace necesario vincular a las aseguradoras, además se hace una mención extensa a la jurisprudencia aplicable, refiriendo que los supuestos fácticos de este proceso son distintos a los enunciados en las sentencias.

De otra parte *Colpensiones*, en su recurso de alzada aduce que es importante manifestar que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento, toda vez que no existía una expectativa pensional legítima por parte del demandante, además no era beneficiario del régimen de transición y por ende debe estarse a las disposiciones legales de traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; además, que no se evidencia que cuando realizó el traslado lo haya efectuado con fundamento en un engaño, por lo tanto no se demuestra una información equivocada o falaz, máxime que el demandante manifiesta en el interrogatorio de parte que tenía conocimiento de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ha realizado aportes voluntarios.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

VI.- CONSIDERACIONES:

a. Tramite de segunda instancia.

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración



completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un*



derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Horizonte Pensiones y Cesantías*, hoy *Porvenir S.A* del 1º de noviembre de 1996 (Fl 392), y a *Skandia*, hoy *Old Mutual S.A* del 25 de febrero de 1999 (Fl 317) en los cuales si bien refiere que la decisión se adoptó libre y



voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin que tomara una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, pues se limitó a indicar que el traslado se dio porque en su momento le explicaron que obtendría una mejor pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además que el Instituto de Seguros Sociales estaba en proceso o con tendencias a desaparecer.

Por ende no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, aportes voluntarios, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019:

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.



Cabe señalar que, al no acreditarse por parte de la AFP *Porvenir S.A.*, que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

En lo que respecta a la carga probatoria, justo resulta tener en cuenta lo expresado por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452-2019 en donde trae a colación su tesis que indica que las AFP tienen el deber de proporcionar la información completa y comprensible en materias de alta complejidad y no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, en los siguientes términos:

“Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

“Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control



de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.”

En cuanto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad, al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3464 Radicación 76.284 de fecha 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

Es así como las AFP tienen el deber de devolver al sistema todo los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se



hubieran causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, respecto de la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que los fondos privados no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.



Como quiera que el presente proceso se analiza en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, en lo atinente a la excepción de prescripción, se recuerda que tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual la excepción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V.- DECISIÓN:

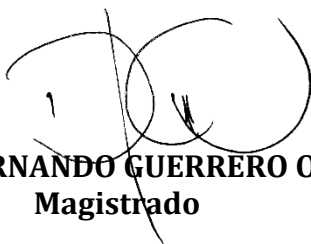
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

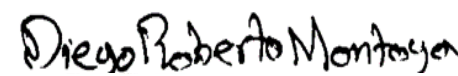
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de marzo del 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 31 201900450 01
Demandante: ANA DOLORES MOLINA VARGAS
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *Alida del Pilar Mateus García*, identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, la sentencia proferida el 6 de marzo del 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Ana Dolores Molina Vargas* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, a efectos que se condene a la demandada a rectificar la historia laboral de la demandante, reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 22 de marzo del 2017, más las mesadas adicionales, los intereses moratorios,



subsidiariamente al pago de todas las sumas adeudadas debidamente indexadas, las costas y agencias en derecho, junto con aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, explicó que se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el 19 de febrero de 1986, realizando el pago de los aportes hasta el 30 de septiembre del 2017.

Precisa que laboró para el señor *Héctor Manuel Galindo Reina* del 23 de agosto de 1991 al 30 de julio del 2008, quien omitió el pago de los aportes para los ciclos de febrero de 1999, octubre a diciembre de 1999, febrero a junio del 2000 y febrero de 2004; por lo que solicitó a *Colpensiones* la liquidación del valor de los aportes con omisión, frente a lo cual dicha entidad procedió a informarle al empleador el valor del respectivo cálculo actuarial, pero a la fecha no ha realizado el respectivo pago.

Destaca que el 22 de marzo del 2017 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pero la misma le fue negada mediante la Resolución No SUB 79441 del 26 de mayo del 2017; finalmente, que el 21 de septiembre del 2017 solicita nuevamente su pensión de vejez y esta es negada con la Resolución No SUB 265013 del 23 de noviembre del 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que a la fecha no se ha probado el pago del cálculo actuarial al cual hace referencia y los actos administrativos expedidos a la fecha, se encuentran ajustados a derecho.



Formula como medios exceptivos los que denomino prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; compensación; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria; no configuración del derecho al pago del I.P.C, ni indexación o reajuste alguno; buena fe y la genérica.

En audiencia surtida el 2 de septiembre del 2019, se dispuso la vinculación del señor *Héctor Manuel Galindo Reina*, a quien se le tuvo por no contestada la demanda por auto del 5 de diciembre del 2019.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 marzo del 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente a partir del 1° de octubre del 2017; condenó a la demandada al pago del retroactivo pensional liquidado entre el 1° de octubre del 2017 y el 29 de febrero del 2020 en cuantía de \$25.628.128, suma de la cual se pueden descontar los aportes a salud; al pago de los intereses moratorios; condenó al llamado a integrar la litis *Héctor Manuel Galindo Reina* a realizar el pago de los aportes de febrero de 1999 y febrero a junio del 2000, tomando como IBL el salario mínimo legal mensual vigente y al pago de las agencias en derecho.

Como sustento de su decisión indicó que se aportaron diversas historias laborales, en las cuales se evidencia que *Colpensiones* certifica número de semanas disímiles, lo cual se evidencia incluso en los actos administrativos que ha expedido, conducto que no es de recibo, en tanto afecta la confianza depositada el afiliado en su gestión.



De otra parte, que al confrontar la información que aparece en la documental obrante en el plenario, se corrobora que muchos de los periodos que están en 0 en la historia laboral, fueron tenidos en cuenta en la Resolución SUB 79441 del 26 de mayo del año 2017 y aparece constancia de pago dentro del plenario.

Así, se tiene que se acreditó una vinculación con el empleador *Héctor Manuel Galindo* del 23 de agosto de 1991 al 31 de julio del año 2008, demostrándose el pago de todas las semanas, salvo febrero de 1999, y febrero, marzo abril mayo y junio del año 2000.

Así las cosas, *Colpensiones* no tuvo en cuenta 489.73 semanas en la última historia laboral del 16 de noviembre del año 2018, y al existir afiliación por parte del empleador, y no advertirse novedad de retiro, la accionada tenía la obligación de realizar el cobro coactivo de los aportes en mora, conforme aparece establecido en la normatividad vigente, y se reitera en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicación No. 48381 del 20 de octubre de 2015.

Señaló además que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición; de otra parte, que nació el 25 de junio de 1958, por lo que cumplió 57 años en el 2016, acumulando 1357 semanas al momento del retiro, esto es, 30 de septiembre de 2017, por lo que la pensión se concede a partir del 1º de octubre de 2017, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

Frente al reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estimó que deben reconocerse a partir del 1º de febrero del 2018.



Frente al llamado a integrar la litis, el señor *Galindo Reina Héctor Manuel*, refirió que deberá realizar el pago de los aportes correspondientes a los meses de febrero de 1999, febrero, marzo, abril, mayo y junio del año 2000. Tomando como salario base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente, liquidación que deberá realizar *Colpensiones*.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte promotora inconforme con la decisión de primera instancia, interpuso recurso de apelación en el que en suma indicó que no se encuentra conforme con la fecha de causación de la pensión ni con la fecha de causación de los intereses, pues si bien la última cotización fue el 30 de septiembre de 2017, no es menos que para el año 2016 tenía una densidad de 1357 semanas e hizo la solicitud el 23 de marzo del 2017, fecha para la cual ya tenía adquirido el derecho a la pensión, no solamente por la edad sino por las cotizaciones. De tal suerte que ante la negativa de la pensión de vejez, por el desorden administrativo, debió continuar cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; por lo tanto, se debe dar la pensión a partir del 23 de marzo de 2017, fecha en la cual hizo la solicitud y calenda para la cual ya contaba con los requisitos exigidos por el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003; luego, al cambiar la fecha de exigibilidad de la pensión necesariamente tendría que variar la fecha de la condena en intereses, que no sería desde el 1° de febrero de 2018, sino a partir de junio del 2017.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. En caso afirmativo, establecer a partir de cuando tiene derecho a la misma y al pago de los intereses moratorios.

c. Del caso en concreto:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que la demandante perdió el régimen de transición por no contar a 2005, con las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo del 2005, pues así lo encontró probado el fallador de primera instancia y no fue debatido por ninguna de las partes en la alzada.

Siendo ello así, atendiendo al grado jurisdiccional de consulta, le compete a la Corporación esclarecer si en efecto la libelista cumple con los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Así, resulta imperioso acotar que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, prevé a partir del año 2014 que tendrán derecho a la pensión, las mujeres que cuenten con más de 57 años y los hombres con más de 62, además de haber acreditado una densidad superior a las 1300 semanas.



En lo atinente a la edad, se corrobora con la copia de la cédula de ciudadanía militante a folio 56 que la data de natalicio de la libelista, lo fue el 25 de junio de 1958, por manera que arribó a los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2015, cumpliendo así con el primero de los requisitos previstos en la norma en cita.

Ahora, en lo que respecta a la densidad de semanas cotizadas, constata la Sala que en efecto *Colpensiones* para el caso en particular ha expedido diversas historias laborales y resoluciones, contentivas de información totalmente disímil.

Es así, como en el resumen de semanas cotizadas expedido el 23 de noviembre del 2016 certificó que la demandante había cotizado 1277 semanas (Fl 11), el 3 de febrero del 2017 un total de 1293, 57 semanas (Fl 17-20), el 16 de noviembre del 2017 un total de 1174,14 semanas cotizadas (Fls 21-23), el 21 de agosto del 2018 un total de 871,48 semanas (Fls 26-32) y el 29 de octubre del 2018 un total de 863,29 semanas (Fls 33-39).

Asimismo, se constata que en la Resolución No SUB 79441 del 26 de mayo del 2017, aparecen registradas un total de 1279 semanas (Fls 46-48), mientras en la Resolución No SUB 265013 del 23 de noviembre del 2017 aparece un registro de 1174 (Fls50-53).

Ante tal disparidad de información, justo resulta recordar que la H. Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de indicar que cuando al Administradora de Pensiones expide un resumen de semanas cotizadas, la información vertida en la misma se presume cierta y veraz, por manera que no es posible para la entidad modificar la información contenida en la misma sin que exista una explicación razonable. Puntualmente en sentencia SL-5170 del 2019, indicó:



“En tal contexto, cuando Colpensiones expide un resumen de semanas de cotizaciones, la información así plasmada se presume cierta y veraz, a la vez que es vinculante. Por ello, no es posible para la entidad emisora proferir posteriormente y sin dar explicaciones razonables, otra historia laboral con información distinta a la inicialmente certificada. De hacerlo, transgrede la confianza depositada por los miles de afiliados en su gestión, sobre todo en temas tan sensibles para el tejido social como lo son las pensiones, compromiso que exige un tratamiento bastante riguroso de los archivos y bases de datos.”

De cara a lo enunciado, la Sala procedió a verificar el caudal de pruebas recaudado logrando constatar que las semanas cotizadas, respecto de las cuales existen serias discrepancias, corresponden a los periodos laborados por el demandante para el señor *Héctor Manuel Galindo Reina*, que según la certificación de folio 54 datan del 23 de agosto de 1991 al 27 de junio del 2008, lapso de tiempo durante el cual, algunos ciclos no fueron tenidos en cuenta por la Administradora de Pensiones por existir como novedad *“aporte por estar vinculado a Colfondos”* – *“Aporte Devuelto”*, y los ciclos de febrero de 1999 y febrero a junio del 2000, en los cuales no aparece pago alguno.

Con todo, al analizar las autoliquidaciones de aportes que reposan a folios 95 a 271 se puede constatar sin asomo de duda que los ciclos que aparecen con la novedad de *“Aporte Devuelto”* fueron debidamente cancelados por el señor *Héctor Manuel Galindo Reina*, quedando pendientes de cancelar exclusivamente los ciclos de febrero de 1999 y febrero a junio del 2000.

Ante lo ya explicado, encuentra acertado la Sala que el *a-quo* condenara al señor *Héctor Manuel Galindo Reina* a cancelar los aportes a pensión, cuyo pago se echa de menos, máxime cuando reposa en el *sub-lite* una certificación laboral expedida por el mismo, en la cual consta que durante dichos periodos el libelista laboró para este (Fl 56).



Dimana de lo referido en líneas precedentes que en efecto la demandante logró cotizar un caudal de 1357 semanas, como en efecto fue determinado por el fallador de primera instancia y con cargo a las mismas, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión anhelada.

Ahora, en lo que respecta a la fecha de disfrute se tiene que la tesis del Juzgado consiste en que con arreglo a lo reglado en el artículo 35 del Decreto 758 de 1990, para el reconocimiento pensional se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada, la cual vino a ser el 30 de septiembre del 2017 y por ende, es patente que la pensión sea concedida desde el 1° de octubre del 2017.

No obstante, discrepa el libelista de dicha apreciación, pues estima que la promotora continuó cotizando ante la negativa de la pasiva de conceder el derecho pensional. Es así, como se tiene que la demandante solicitó inicialmente el reconocimiento y pago de la pensión el 22 de marzo del 2017 y está vino a ser denegada con la Resolución No SUB 79441 del 26 de mayo del 2017 (Fls 45-49), pedimento en el que insiste el 21 de septiembre del 2017 y que se deniega con la Resolución No SUB 265013 del 23 de noviembre del 2017 (Fls. 50-53). Destacando que, para el 22 de marzo del 2017, data de radicación de la solicitud primigenia, la libelista ya contaba con más de las 1300 semanas requeridas para acceder al derecho pensional deprecado.

Ante los supuestos de facto previamente aludidos, debe recordar esta Corporación que de vieja data se tiene establecido que en materia pensional la fecha de causación de la pensión difiere de la fecha de disfrute de la misma, tratándose la primera, de la calenda en la cual el afiliado acredita los requisitos de edad y densidad de semanas exigidos por el legislador para acceder al derecho pensional y la segunda, del momento a partir del cual tiene derecho a entrar a percibir dicho monto, como quiera que para ello se requiere tener en cuenta hasta



la última semana de cotización, como en efecto lo determinó el fallador de primera instancia.

Al margen de lo enunciado, también debe recordar la Sala que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, de vieja data tiene puntualizado que la fecha de disfrute puede ser anterior al momento en el cual se efectuó la última cotización, en aquellos casos en que se logre corroborar que el afiliado continuó realizando el pago de los aportes por un error de la Administradoras, ante la negativa de conceder el derecho pensional. Criterio, vertido entre otros en sentencia SL-5603 del 2016, indicó:

“El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

“Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación. No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

“Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

“También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ



SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

“En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

“Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

“En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

“Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).”



Bajo este contexto, con ocasión al parámetro jurisprudencial previamente aludido, e igualmente, con arreglo a los supuestos de facto ya enunciados, para la Sala es claro que cuando la demandante radicó la solicitud pensional primigenia el 22 de marzo del 2017 demostró su clara intención de obtener la pensión anhelada y al ser evidente que las cotizaciones efectuadas con posterioridad se realizaron en atención a la negativa de Colpensiones, es palpable que el reconocimiento pensional se dé a partir del 23 de marzo del 2017 y por ende, habrá de ser modificado en este sentido la providencia apelada.

En lo que respecta a la cuantía del derecho pensional, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, se tiene que el monto de la pensión, en efecto debe ser igual al salario mínimo legal mensual vigente.

d. De los intereses moratorios:

Respecto a los intereses se debe señalar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió *“En caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”* Imposición que, en todo caso, debe respetar el término de gracia de 4 meses previsto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 tratándose de la pensión de vejez.

Por manera que al haberse presentado la respectiva reclamación administrativa el 22 de marzo del 2017, fecha para la cual, *se itera* la demandante ya cumplía la densidad de semanas cotizadas (FI 45), diáfano resulta colegir que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los respectivos intereses moratorios reclamados a partir del 23 de julio del 2017, termino en el cual se modificará la providencia de primera instancia.



e. Prescripción:

Finalmente, en la medida en que la presente providencia se analiza en el grado jurisdiccional de consulta, recuerda la Sala que por disposición del artículo 151 del C.P.T y la S.S, en material laboral el termino de prescripción en trienal, siendo dable interrumpirlo por una única vez, mediante la respectiva reclamación.

De cara a lo indicado, al haber sido presentada la reclamación primigenia el 22 de marzo del 2017, la cual fue desatada con la Resolución SUB 79441 del 26 de mayo del 2017 (Fl 45), procediendo a radicar la presente demanda el 9 de julio del 2017 (Fl 58) resulta lógico afirmar que no alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción.

Efectuado el análisis precedente, se tiene que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado desde el 23 de marzo del 2017 hasta la calenda en la cual se proceda a cancelar a la demandante la pensión reclamada. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 6 de marzo del 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso de



la referencia, en el sentido de precisar que la pensión de vejez de la demandante debe ser concedida a partir del 23 de marzo del año 2017.

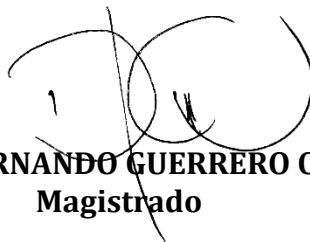
SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia apelada, señalando que Colpensiones debe cancelar a la libelista como retroactivo pensional, el valor de las mesadas pensionales causadas desde el 23 de marzo del 2017, hasta la data en la cual se inicie a cancelar a la demandante la pensión de vejez concedida mediante el presente fallo.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la providencia impugnada, señalando que los intereses moratorios deberán ser liquidados y pagados desde el 23 de julio del 2017

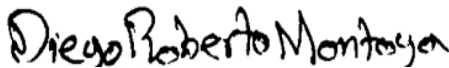
CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de análisis por esta Corporación.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 32 2019 00154 01
Demandante: GLORIA ELVIRA VILLAMIL PAIPA
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Se reconoce personería a la abogada Olga Bibiana Hernández Téllez, identificada con cédula de ciudadanía 52.532.969 y T.P. 228.020 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de Protección S.A. en los términos y facultades del poder conferido mediante escritura pública.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 23 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Gloria Elvira Villamil Paipa*, promovió demanda ordinaria en contra *Colpensiones, Protección S.A* y *Colfondos S.A*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Colfondos S.A* el 1º de diciembre de 1998.

Por consiguiente, se condene a *Protección S.A* a trasladar a *Colpensiones* los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, junto con toda la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes y que constituye su historia laboral, ordenándole a su vez a *Colpensiones* a recibirlo nuevamente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que se vinculó al antiguo Instituto de Seguros Sociales el 10 de febrero de 1988, suscribiendo formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin recibir una información y asesoría necesarias en lo que concierne a las explicaciones de los diferentes regímenes pensionales, como lo es las ventajas y desventajas, los requisitos para acceder a la pensión de vejez, entre otros aspectos.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones expuso en su contestación que el traslado de régimen efectuado por la actora se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma voluntaria, por lo que la señora *Gloria Elvira Villamil Paipa* deberá probar el vicio del consentimiento que se alude para efectos de determinar si procede el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Formuló las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la denominada innominada o genérica.

Protección S.A. adujo que la afiliación de la demandante ante sus dependencias fue plenamente válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, lo cual se exterioriza a través de la suscripción del formulario de afiliación, el que además, cumple con los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que no existe razón para que el traslado se declare nulo, por cuanto no existió vicio del consentimiento, ni causal de ineficacia alguna.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

Colfondos S.A relató que a la demandante se le brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, informándole acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el



Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 26 de octubre de 1998 por intermedio de *Colfondos S.A.*, por lo que condenó a esta última a trasladar con destino a *Colpensiones* la totalidad de los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando a su vez a *Colpensiones* recibir a la señora *Gloria Elvira Villamil Paipa* como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que de conformidad con los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a la AFP acreditar el cumplimiento del deber legal de información y asesoría, sin que dentro del presente asunto *Colfondos S.A.* hubiese logrado acreditar dicha situación, máxime si en la actualidad la demandante no cuenta con el capital necesario para financiar su pensión de vejez, lo que conlleva que en caso de acceder a una pensión sería sobre el S.M.L.M.V.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones. inconforme con la decisión la apeló. Adujo que no participó en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP con la cual suscribió el formulario de traslado, por lo que no existiría razón alguna que implique el retorno de la actora en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, toda vez que dicha situación afectaría ostensiblemente la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar



el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en dentro del plenario, se aportó el formulario de afiliación que suscribiera el demandante ante *Colfondos S.A.* el día 26 de octubre de 1998, el que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la debida información, ni se aportó prueba alguna que acredite que la AFP haya cumplido con el deber de información imperante para la época del traslado.



Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».



“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no existe razón de que se vea afectado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



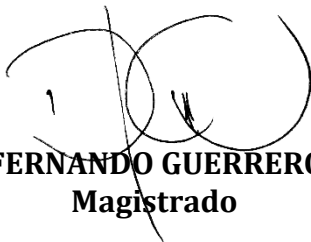
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

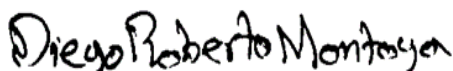
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por el Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar ineficaz la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 23 201900355 01
Demandante: FABIO NELSON DIAZ CLAVIJO
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 12 de marzo del 2020 proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Fabio Nelson Diaz Clavijo*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.*, a efectos de que se declare que entre las partes existió un único contrato de trabajo a término indefinido del 1° de diciembre del 2013 al 2 de mayo del 2017; se declare la categoría de trabajador oficial y la responsabilidad en el pago de todas y cada una de las condenas impuestas al Hospital Meissen II Nivel E.S.E, hoy *Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E*; en consecuencia, se condene a la demandada a cancelar al actor las diferencias salariales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 del C.S.T y la Convención Colectiva de Trabajo, existentes entre los trabajadores de planta y las pagadas al demandante en el cargo de Camillero del 1° de diciembre del 2013 al 2 de mayo del 2017, debidamente indexadas; al reconocimiento y pago del trabajo suplementario; el pago de los recargos



dominicales y festivos, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, prima de antigüedad con fundamento en lo dispuesto en los Acuerdos 8 de 1985 y 6 de 1986, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios legal, compensación en dinero de las vacaciones, a realizar la afiliación patronal para efectuar el pago de las cotizaciones durante todo el tiempo laborado; la devolución de los importes cancelados por concepto de salud, pensión y riesgos profesionales; la devolución indexada del importe total de los descuentos realizados por concepto de retención en la fuente debidamente indexados; el auxilio de transporte; el auxilio de alimentación, la indemnización extralegal por despido injusto; a emitir la correspondiente certificación laboral para que los tiempos sean computados par efectos pensionales; la indemnización de que trata el artículo 1° del Decreto 797 de 1949; la indemnización contemplada en la Ley 224 de 1995 y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la sanción moratoria por no consignación de las cesantías; la indemnización prevista en el párrafo 1° del artículo 29 de la ley 789 del 2002, todo beneficio convencional derivado de la Convención Colectiva de Trabajo y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, adujo que laboró de forma constante e ininterrumpida para el Hospital Meissen II Nivel E.S.E hoy denominada *Sub Red Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E*, del 1° de diciembre de 2013 al 2 de mayo del 2017, en el cargo de Camillero; que la vinculación fue a través de contratos de arrendamiento de servicios y prestación de servicios sucesivos habituales y sin ninguna interrupción, devengando como último salario la suma de \$1.200.000, en un horario de 7:00 p.m a 7:00 a.m, que tenía carné de identificación, no le hicieron anticipos, ni le fueron otorgadas las vacaciones.

Precisa que existían compañeros de trabajo demandante que se encontraban vinculados directamente como trabajadores de planta de personal de la institución; igualmente aduce que para el desarrollo de su labor, suscribió varios contratos de



arrendamiento de forma sucesiva, le hacían llamados de atención y recibía ordenes exclusivas de la accionada, además no le era dable delegar funciones, siempre utilizó las herramientas suministradas por el Hospital; finalmente, que el 5 de octubre del 2017 presentó reclamación para el pago de las prestaciones sociales, pero la pasiva suministró respuesta negativa ante dicha reclamación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que entre las partes no existió una relación laboral, por cuanto entre las partes solo existió una relación contractual regida por las normas del derecho privado civil y comercial, conforme el artículo 195 del numeral 6° de la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones previas de falta de jurisdicción y competencia, prescripción, como de fondo las de inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, inexistencia de la obligación y del derecho, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 marzo del 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Como sustento de su decisión indicó que de la jurisprudencia se colige que labor que el demandante desarrolló a favor de la parte demandada no puede catalogarse como de servicios generales y destinada al mantenimiento de la planta física y era obligatorio que la parte actora hubiese acreditado encontrarse dentro de la excepción a la mentada regla general de la situación legal y reglamentaria que opera en las Empresas Sociales



del Estado, esto es, haber demostrado la calidad de trabajador oficial, en aplicación del principio de la carga de la prueba artículo 167 del C.G.P.

Adicionalmente, precisa que el hecho que los camilleros con los que cuenta la entidad demandada, se encuentren vinculados a la misma como trabajadores oficiales, tal y como lo señala el representante en su informe juramentado y en las certificaciones expedidas, ello *per se* no implica estimar que ostente el estatus administrativo laboral de trabajador oficial, dado que la Ley y la Constitución es la única que establece la calidad de quienes se vinculan a estas entidades públicas sin que ello pueda ser definido por las partes.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte promotora inconforme con la decisión de primera instancia interpuso recurso de apelación en el que en suma indicó que el Despacho se basa en la sentencia SL 1334 proferida por la Corte Suprema de Justicia, la cual hace referencia a actividades de conducción de ambulancia, sin que sea dable equipararlo a las funciones de camillero.

De otra parte, la entidad demandada certifica que los camilleros vinculados a la institución, son trabajadores oficiales con el Código 5150 grado 4º, pertenecen a servicios generales, y además se les aplica la Convención Colectiva de Trabajo, siendo vinculados por medio de un contrato de trabajo, lo cual además también se consigna en el concepto emitido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital del 2 de enero de 2020, lo cual se compagina con las disposiciones de la Ley 10 de 1900, el Acuerdo 17 de 1991, Resolución 9279 de 1993 el Acuerdo 641 del 2016, emitido por el Concejo de Bogotá, y el Decreto 1083 del 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector de función pública.

De otra parte, que en el Decreto el 1083 del 2015, se consagra que son funciones del nivel asistencial “5. *Realizar labores propias de los servicios generales que demanda la*



institución. [...] 7. Las demás que le sean asignadas por autoridad competente de acuerdo con el área de desempeño y la naturaleza del empleo”, siendo que en el presente proceso las labores principales eran el traslado de pacientes dentro de la misma institución, lo cual además no implica conocimientos especializados, ni realizar actividades de primeros auxilios.

Refiere igualmente que el Ministerio de Salud en la Circular No. 12 del 6 de febrero de 1991, fijó pautas para la aplicación del parágrafo 26 de la Ley 10 de 1990, y sobre la clasificación de los trabajadores oficiales del sector salud, señalando que desempeñan actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo general y las propias del servicio doméstico, entre otras. Finalmente, hace alusión a la sentencia T-1058 del 2005.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, es del resorte de la Sala proceder a establecer si entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo, ostentando el estatus administrativo laboral de trabajador oficial; en caso afirmativo, si el demandante tiene derecho a los derechos laborales reclamados.



c. Del Vínculo laboral:

Teniendo en cuenta la calidad que ostenta la *Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.* debe indicarse que las Empresas Sociales del Estado fueron implementadas por la Ley 100 de 1993 como parte integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para que a través de ellas la Nación y las entidades territoriales presten directamente los servicios que correspondan a su naturaleza. En lo que respecta a la naturaleza jurídica el numeral 5º del artículo 195 de la ley 100 de 1993, reza:

“Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

“[...]

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990”.

A su vez, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, en cuanto a la organización y prestación de los servicios de salud, señaló la clasificación de los empleos en la estructura administrativa de La Nación, de sus entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, determinando que serían de libre nombramiento y remoción o de carrera y en el párrafo se indicó que: *“Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones [...]”.*

Sin embargo, la entidad demandada tiene la facultad de acudir a la contratación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, contratos que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no se puedan realizar con personal de planta o se requieran conocimiento especial, de conformidad con la Ley 80 de 1993 artículo 32, modificado por el artículo 2º del Decreto Ley 165 de 1997. Esta última normativa previó en su párrafo:



“PARAGRAFO 1o. A los contratos de consultoría, de prestación de servicios o de asesoría de cualquier clase, deberá anexarse certificación expedida por el jefe de la entidad, acerca de la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar.”

Ahora, en punto de la naturaleza jurídica de la pasiva, debe memorarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que por regla general, las personas que laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, atados por una relación legal y reglamentaria, por vía de excepción, son trabajadores oficiales, unidos por contrato de trabajo, aquellos servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

También ha precisado que solo es posible catalogar a un servidor público de una Empresa Social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, que su labor está relacionada con el mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos. La ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor público sea catalogado como empleado público, merced a la regla general.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente jurisprudencia, más exactamente en la sentencia SL1125-2020, Radicación No. 71175 del 20 de abril de 2020, rememora lo dispuesto en incisos anteriores de estas consideraciones e indicó:

“Además, teniendo en cuenta los conceptos fijados por esta Sala sobre qué debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales», en sentencia CSJ SL18413 -2017, reiterada en CSJ SL1334 -2018, la Corte expresó:

“Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales». Jurisprudencialmente, esta Sala en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. n.º 22324, explicó lo siguiente:

“«...los ‘servicios generales’ dentro de una institución gubernamental,



esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran».

“Posteriormente, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. n.º 36668, respecto al mismo tema señaló:

“El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

“Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa. (Las subrayas no son del texto)

“En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 22 de jun. 2006, rad. T-485/06, razonó:

“No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, “aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían (ii) servicios generales, “aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria.” (...) “Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual.” Dentro tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería.

“Las anteriores definiciones coinciden exactamente con las pautas fijadas por el Ministerio de Salud, mediante Circular No 12 del 6 de febrero de 1991, para la aplicación del parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre la clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector de la Salud.

“Mantenimiento de la planta física hospitalaria.

“Son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o



restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, que no impliquen dirección y confianza del personal que labore en dichas obras, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

“Servicios generales.

“Son aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, entre otras”.

En el presente caso, el *a-quo* encontró demostrado que el actor, a pesar de haberse vinculado mediante sendos contratos de prestación de servicios, la labor que ejecutó no permitiría catalogarlo como trabajador oficial, predicándose su calidad de empleado público.

Ahora bien, en el *sub-examine*, obra prueba que el actor fue contratado para desarrollar las labores de Camillero, conforme se desprende del objeto del contrato según la certificación que milita a folio 66.

Asimismo, se tiene que las testigos *Flor Parra* y *Miriam Mercedes Parra Díaz*, quienes expresan fueron compañeras de trabajo del demandante, y por tanto les consta que el demandante trabajó en el Hospital realizando labores de camillero, las cuales correspondían al transporte de pacientes en camilla, llevar los laboratorios y transportarlos, actividades que desarrollaba por turnos, cumpliendo las órdenes que le fueran impartidas por sus superiores, quienes eran personal de planta.

Una vez determinado lo anterior, es patente que se encuentra acreditada la prestación personal del servicio, lo que da lugar a activar la presunción de existencia del contrato contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, y si bien por pasiva se aduce la existencia de una relación atada a los contratos de prestación de servicios y la ausencia de los elementos propios de una relación laboral, lo cierto es que acreditada la



prestación personal del servicio, le incumbía a la parte convocada a juicio derruir la presunción legal de existencia del vínculo laboral, carga probatoria con la cual no cumplió, *contrario sensu*, los testimonios vertidos en el proceso dieron clara cuenta de la ejecución de las labores a cargo del demandante, bajo una continua subordinación, evidenciada en el cumplimiento de órdenes y los horarios implementados por la pasiva.

Por tanto, dimanando de lo aludido, la incuestionable existencia de una relación laboral entre las partes, dentro de la cual el actor desarrolló las funciones propias de un trabajador oficial.

Destacando que contrario a la tesis aludida por el Juzgado de origen, es patente que, dado que la labor de camillero implicaba el traslado de pacientes y laboratorios, resulta lógico colegir que dicha actividad si es propia de un trabajador oficial respecto de las E.S.E., acorde lo aludido en la sentencia previamente citada.

En lo atinente a los extremos temporales de la vinculación, se deduce que, si bien la actividad fue ejecutada a razón de 15 contratos de prestación de servicios, los mismos fueron ejecutados de forma continua e ininterrumpida por el periodo comprendido del 9 de diciembre del 2013 al 30 de abril del 2017, tal como se advierte con la documental allegada al plenario.

Establecido lo anterior y previó a analizar el valor de las obligaciones laborales adeudadas al libelista, resulta imperioso analizar si respecto de las mismas ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

b. De la prescripción

En materia laboral los derechos laborales se encuentra sujetos a un término de prescripción trienal, el cual se cuenta desde la fecha de causación y exigibilidad del derecho y es susceptible de interrupción, por una única vez mediante la



correspondiente reclamación, acorde lo disponen los artículos 488 y 489 del C.S.T, en concordancia con lo reglado por el artículo 151 del C.P.T y la S.S.

En tal sentir como quiera que el vínculo laboral que hoy nos atañe se extendió del 9 de diciembre del 2013 al 30 de abril del 2017, al haberse presentado la respectiva reclamación administrativa el 8 de mayo del 2017 (Fl 52) y quedar radicada la presente demanda el 27 de mayo de la misma anualidad (Fl 95), siendo notificada dentro del año siguiente, deviene lógico afirmar que quedaron prescritas todas las acreencias laborales causadas con antelación al 8 de mayo del 2014, a excepción del auxilio de cesantías, aportes a pensión y compensación de vacaciones.

d. De la nivelación salarial:

Solicita el demandante el pago de las diferencias salariales existentes entre los trabajadores de planta y las pagadas al demandante en el cargo de camillero, desde el 1º de diciembre del 2013 hasta el 2 de mayo del 2017.

No obstante lo anterior, resulta precario el respaldo probatorio allegado como sustento de dicha afirmación, pues más allá de lo indicado por los testigos al afirmar que habían compañeros de planta que realizaban las mismas funciones, realmente tras analizar la Resolución No 012 de enero del 2012 en la cual se describe el cargo de Auxiliar Técnico como Camillero de Planta (FL 64), se corrobora por un lado que no existe en el plenario prueba alguna que permita inferir que el demandante realizó todas las funciones allí descritas, sino únicamente las de transporte de pacientes, medicamentos y laboratorio, pero en el referido documento se alude a otro tipo de labores como llevar el registro de traslado de pacientes, reclamar y trasladar los medicamentos de acuerdo a las fórmulas expedidas por el médico para servicios hospitalarios y traslado de historias clínicas, luego no podemos afirmar que se trate de idénticas funciones.



Bajo esta perspectiva, atendiendo al monto de los contratos según lo indicado en la certificación de folio 66, la Sala procedió a calcular el monto del salario promedio percibido por el demandante, el cual ascendió a las siguientes sumas:

2013	\$ 1.764.456
2014	\$ 965.521
2015	\$ 1.013.873
2016	\$ 1.098.061
2017	\$ 1.210.714

e. Trabajo Suplementario:

Valga recordar que es criterio pacífico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que para que proceda la condena por concepto de horas extras, dominicales o festivos, es necesaria la demostración clara y precisa de los interregnos que asegura haber laborado de forma adicional a la jornada ordinaria, al punto que, *“en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”*, así se precisó en sentencia de la CSJ SL7578 del 17 de junio de 2015, que cita la de radicado 31637 del 15 de julio de 2008.

En tal sentir, dado que tampoco reposa en el paginario prueba alguna, capaz de acreditar de forma fehaciente cuales fueron las horas extra laboradas por el actor, o los días en que se pudo causar el derecho a recargos por trabajo suplementarios, resulta lógico que tal orfandad probatoria redunde en la absolución de la pasiva respecto de este punto, por el incumplimiento de la carga probatoria a cargo de la parte convocante a juicio.

f. Beneficios de la Convención:



En lo que atañe a la calidad de beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por SINTRASALUD, AGRECONDUCTORES y SINDISTRITALES con los Hospitales de nivel I, II y III adscritos a la Secretaría Distrital de Salud, se corrobora en la referida Convención (Fls 218-223) que en la misma quedó definido que su aplicación se haría extensiva a todos los Trabajadores Oficiales de las referidas entidades.

Luego, al quedar acreditada la calidad de Trabajador Oficial del demandante respecto de la *Sub Red Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E*, salta de bulto que el libelista es beneficiario de la mentada Convención.

g. Auxilio de Cesantías:

Esta prestación social se encuentra regulada para el sector oficial en el artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, artículo 13 de la Ley 344 de 1996, artículo 17, literal a) de la Ley 6ª de 1945¹. Efectuadas las operaciones aritméticas, conforme con los salarios demostrados, se tiene que las cesantías de la demandante en el interregno laboral que se declaró ascienden a la suma de \$3.583.953.

Cabe destacar que, las cesantías no se encuentran prescritas, pues nuestro máximo órgano de cierre ha adoctrinado de manera reiterada y pacífica que la cesantía es una prestación social exigible a la terminación del contrato de trabajo (CSJ SL 34393, CSJ SL 41522, 14 agosto 2012, CSJ SL8936-2015, CSJ SL2967-2018 y SL2885-2019), cuya prescripción se configura desde ese momento conforme lo disponen los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS y como quiera que en el presente caso el contrato terminó el 5 de febrero de 2014 y la demanda se radicó el 26 de julio de 2016, no transcurrió el término trienal.

h. Intereses de Cesantías y Sanción por su falta de pago

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia rad. 34116 de 2009.



Peticiona el actor el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías, previstos en el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968 y el artículo 12 de la ley 432 de 1998. Así como la sanción moratoria por la falta de pago, prevista en la ley 52 de 1975 su Decreto reglamentario 116 de 1976 y la ley 50 de 1990.

No obstante, ninguna de las normas aludidas contempla el pago de los intereses a las cesantías a favor de trabajadores oficiales, por cuanto del Decreto 3118 de 1968 lo único que establece en la forma de calcular los intereses en tratándose de trabajadores afiliados al FNA y la Ley 432 de 1998, contempla la reorganización de la misma entidad.

Así mismo se recuerda que la Ley 50 de 1990, no resulta aplicable a los trabajadores oficiales, acorde lo dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Rad.45390 del 8 de febrero del 2017, en cuanto se precisó:

“Por lo mismo, no hay lugar a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que por demás se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales, lo que hace impertinente esta pretensión”.

Por lo anterior, no prospera en este aspecto la apelación de la parte demandante.

i. De las primas de antigüedad:

Anhela el promotor el reconocimiento y pago de la Prima de Antigüedad con fundamento en lo dispuesto en los Acuerdos 8 de 1985 y 6 de 1986; no obstante, ninguna de las mentadas disposiciones normativas resulta aplicables a los trabajadores de las E.S.E, por lo que no se podrá acceder a este pedimento.

j. Prima de Vacaciones:



Solicita el promotor la prima de vacaciones, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 1045 de 1978 norma que si bien consagra esta prestación, no le es aplicable a los trabajadores de las Empresas Sociales del Estado, pues su campo aplicación determinado en el artículo 2° se contrae a los empleados y trabajadores oficiales del orden nacional, como según lo refiere la misma norma la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas Especiales.

Luego, se cae de su peso que la presente prestación, no puede ser concedida al hoy demandante, como en efecto se determinó en primera instancia.

k. Prima de Navidad:

Solicita el demandante el reconocimiento y pago de la prima de navidad contemplada en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978.

Ahora bien, el Decreto 1045 de 1978, está dirigido de forma exclusiva a empleados públicos y trabajadores oficiales del Sector Nacional, por tanto, no resultaría aplicable al *sub-examine* por tratarse de trabajadores oficiales del distrito.

No obstante, no existe ningún impedimento de orden legal que impida se fulmine la condena de dicha prestación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1978, por tanto, como quiera que esta corresponde a 30 días de salario por cada año laborado, procedió la Sala a realizar los cálculos aritméticos de rigor estableciendo como monto de la misma la suma de **\$2.868.682.**

l. Prima de Servicios Legal

Frente a este punto, se tiene que no existe norma que consagre esta prestación ya que la norma que la consagra, esto es, el Decreto 1042 de 1978, cobija únicamente a los



empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas del orden Nacional. Por ende, no se encuentra llamada a regir el presente caso por cuanto la demandada es una entidad del orden distrital.

m. Compensación en Dinero de las Vacaciones:

Como el actor no disfrutó de vacaciones durante la ejecución del contrato de trabajo, tiene derecho a su compensación en dinero conforme a lo reglado en el literal e) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, modificado por el artículo 5º de la Ley 64 de 1946, atinente a *“Quince días continuos de vacaciones remuneradas, por cada año de servicio que se preste” [...] “La época de vacaciones será señalada por el patrono, a más tardar dentro del año subsiguiente”*, destacando que el término de prescripción en tratándose de las mismas se cuentan transcurridos 3 años una vez transcurra el año siguiente, por manera que en este caso particular, no habría alcanzado a operar el fenómeno jurídico de la prescripción sobre las mismas.

Así las cosas, realizados los cálculos aritméticos de rigor se tiene que el actor tiene derecho al pago de **\$1.791.976** a título de compensación en dinero de las vacaciones.

n. Aportes a Seguridad Social y Devolución de Aportes:

Este punto solicita el actor la devolución de los aportes que canceló por concepto de aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales; no obstante, dicho pedimento carece de vocación de prosperidad absoluta, en tanto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3009-2017, Radicación No. 47044 del 15 de febrero de 2017, manifestó:

“En relación con esta temática, la Sala ha considerado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no



efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.

“Lo anterior significa, que los aportes en salud y riesgos laborales implicaban que la correspondiente EPS y ARL asumiera los pagos propios del subsistema de salud y de riesgos laborales en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el sub lite no se invocó ni acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante por estos conceptos, se impone absolver por esta súplica”.

No obstante, lo precedente y dado que en el escrito introductorio igualmente se solicitó la afiliación y consecuente pago de los aportes a seguridad social, es patente indicar que con cargo a las obligaciones previstas por la Ley 100 de 1993 a cargo del empleador, este si debe asumir por lo menos el reconocimiento y pago de los aportes a Pensiones, por todo el periodo laborado, por manera que se condenara a la pasiva a afiliar al demandante a la Administradora de Pensiones que este escoja y realizar el pago de los aportes dejados de cancelar durante la vigencia de toda la relación laboral, teniendo en cuenta los salarios probados en la presente litis, como quiera que dada la naturaleza de los mismos, esta obligación no se ve afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción por ser imprescriptible, como bien se explica en la sentencia SL 807, Radicación No. 39010 proferida por la SL CSJ del 13 de noviembre de 2013 M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, al resolver el recurso extraordinario de casación en un caso de similares connotaciones, en donde se concluyó que la devolución del porcentaje de cotización al trabajador que le correspondía efectuar al empleador no se afecta por el fenómeno de la prescripción:

“...Por tanto, se fulminará condena en contra del Instituto en el valor correspondiente al porcentaje de las cotizaciones que le concierne como empleador, es decir, el 75% con arreglo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, equivalente a la suma de \$847.872,00, durante el tiempo que le prestó servicios y



*que fueron probadas, por cuanto esta obligación por ser atinente a derechos pensionales, **no está afectada por el fenómeno de la prescripción...*** (Negrillas fuera de texto)

Con todo no sucede lo mismo respecto a los aportes a seguridad social en salud y riesgos profesionales, dado que a través de su pago se pretende obtener la cobertura durante los periodos laborados y, por tanto, tan solo procedería de ser el caso el pago de los perjuicios que acredite el empleado se generaron por la falta de afiliación. Así lo explicó la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, entre otras en sentencia SL-3009 del 2017, al explicar:

“-Salud y riesgos laborales. En relación con esta temática, la Sala ha considerado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.”

o. Devolución Retención en la Fuente

De otra parte, exige el demandante el reconocimiento y pago de los dineros que le fueron descontados a título de Retención en la Fuente. Sin embargo, tal pedimento no puede ser atendido por la Sala de forma favorable, habida consideración que se encuentra adoctrinado que de haberse realizado los mismos y estar debidamente acreditados en el proceso, deben ser reclamados directamente a la DIAN, por cuanto los mismos debieron ser cancelados a dicha entidad. Criterio que fuere expuesto en la sentencia SL-2973 del 2018, en la que indicó nuestra máxima corporación de cierre dentro de la jurisdicción ordinaria laboral, lo siguiente:

“En cuanto a la reclamación por devolución de pagos realizados por concepto de «pólizas de cumplimiento y retención en la fuente» la Sala no accede a estas



pretensiones, de un lado, la demandante no acreditó haber realizado pagos como tomadora de las denominadas pólizas de cumplimiento en favor de la demandada, aunado al hecho de que aún si hubiesen sido acreditado, dichos rubros correrían la misma suerte prescriptiva y, de otro lado, las sumas retenidas en la fuente por el Instituto de Seguros Sociales fueron entregadas a la DIAN, y su reclamo debe adelantarse ante esta entidad y por vía diferente al trámite procesal ordinario de carácter laboral.

Por manera que la pasiva, será absuelta del reconocimiento y pago de este emolumento.

p. Auxilio de Transporte y de Alimentación

Ahora en lo que respecta al Auxilio de Alimentación y al Auxilio de Transporte solicitados con arreglo a lo establecido en los Decretos 1042 y 1045 de 1978, se reitera que las referidas normas no resultan aplicables a la hoy demandada.

De otra parte, aunque se hace alusión a los mismos, en los artículos 2º y 3º de la Convención Colectiva de Trabajo, basta indicar que resulta imposible fulminar condena por cualquiera de estos conceptos, en tanto para ambos derechos lo que establece la norma convencional es un incremento del 7% para el 2007 respecto de los niveles acordados por las partes e igualmente procede a determinar los montos en que se incrementaran por los años 2008 a 2011.

Implica lo antes enunciado que, para poder acceder a dichos petitum, se requería probar el monto de los niveles acordados por las partes para el año 2007 respecto de dichos emolumentos, los cuales sea del paso precisar, no fueron acreditados en el presente juicio. Aunado a lo anterior, lo cierto es que la norma convencional se establece, frente a anualidades disimiles a las que comportan los extremos temporales de la relación laboral que hoy nos ocupa. Supuestos que redundan en la inminente absolución respecto de dichos tópicos.

q. Otros Beneficios Convencionales:



Finalmente, en lo que a este punto del debate respecta debe indicar la Sala que sí aun en gracia de discusión se analizaran todos los beneficios convencionales consagrados en la norma convencional de folios 124 a 128, con fundamento en la pretensión encaminada a que se declare a favor del actor todo tipo de beneficio convencional, lo cierto es que en la misma no se evidencia la consagración cualquier otro beneficio que le resultara aplicable al demandante y de hecho no contempla ningún tipo de prima, ni cualquier otro tipo de derecho que pudiese resultar aplicable al *sub lite*.

r. Indemnización Despido Injusto

Frente al particular, basta indicar que cuando quiera que al trabajador reclame el pago de la indemnización por despido injusto, le corresponde acreditar si quiera el hecho del despido y al empleador la justa causa invocada en el mismo, de ser el caso. Carga probatoria con la cual, no cumplió el demandante en la medida en que dentro del presente proceso no se allegó ningún medio probatorio que diera cuenta del hecho del despido, más allá de los testimonios en los que se expresó que para todos se dio por terminado el contrato al mismo tiempo, declaración que resulta insuficiente para dar por acreditado el despido alegado.

s. Indemnización Moratoria:

En primer lugar, precisa la Sala, que la condena por esta indemnización no se produce automáticamente, pues está sujeta al análisis que haga el juez respecto de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, de tal manera que si se encuentra que la conducta fue de mala fe al no pagarle las prestaciones que le correspondían hay lugar a su imposición; en el caso contrario, se absolverá.

En el estudio de esa conducta debe recordarse que la entidad cuenta con 90 días, posteriores a la finalización del vínculo, para pagar las acreencias laborales acorde a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 797 de 1949, pues de lo contrario se haría



acreedora al pago de la misma a partir del día 91, y hasta tanto solucione lo adeudado por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, tal como se precisó en sentencia SL 2764 de 1017 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En el presente caso, la Sala considera que no existieron razones atendibles para que la entidad hubiera desconocido la naturaleza de la relación laboral, por lo que su renuencia a reconocer la verdadera naturaleza contractual subordinada es indicativa de la mala fe en su actuar que justifican la imposición de esta condena.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 26 de octubre de 2016, radicación 47870, señaló en un caso similar al presente que: *“los contratos aportados y la certificación del ISS sobre la vigencia de los mismos, en este asunto no pueden tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe; ya que los mismos no acreditan más que una indebida actitud del ISS carente de buena fe, al acudir a iterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la citada Ley 80 de 1993, con desconocimiento reiterado del predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda de que la entidad era conocedora de estar desarrollando con el actor un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole”*.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que en reciente pronunciamiento realizado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia SL- 981 del 2019, se precisó que los 90 días con los que cuenta la entidad son calendario y no hábiles, dicha indemnización procede desde el 1º de agosto de 2017 hasta la data en que se cancele de forma absoluta el valor de las prestaciones sociales adeudadas, por un valor igual a un día de salario por cada día de retardo, precisando que atendiendo a que el último salario percibido por el actor ascendió a la suma de \$1.210.714, la pasiva deberá cancelar por cada día de retardo la suma de \$40.357.



Aclarando que debido a que esta sanción tan solo opera por la mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales, se ordenará el pago de las demás acreencias laborales debidamente indexadas.

t. La indemnización prevista en el párrafo 1° del artículo 29 de la ley 789 del 2002:

De otra parte, solicita el libelista el pago de la indemnización prevista en el párrafo 1° del artículo 29 de la ley 789, normativa que sea del caso indicar modificó el artículo 65 del C.S.T y que no resulta aplicable en tratándose de trabajadores oficiales como el hoy demandante, a quienes se les aplica a título de sanción moratoria la previamente estudiada, pero con fundamento en los parámetros legales ya enunciados.

En este orden de ideas, resulta diáfano advertir que la demandada será absuelta del reconocimiento y pago de este pedimento.

u. La indemnización por no consignación de las cesantías de que trata la ley 224 de 1995, 1071 del 2006 y el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Frente al particular lo primero que debe indicar la Sala es que la sanción por no consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990, no resulta aplicable a los trabajadores oficiales como el presente, como bien lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, entre otras en sentencia SL-3255 del 2020, cuando se explicó:

“En lo referente a esta aspiración, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la parte actora sostiene en su escrito de apelación que debe reconocerse. No obstante, la Sala encuentra que tal condena no es procedente porque dicha sanción cubija a los trabajadores del sector privado y no a los oficiales (sentencia CSJ SL981-2019). En efecto: «La indemnización moratoria anual del numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no tiene aplicación a los contratos de trabajo del sector oficial, como que la dicha ley fue expedida para introducir reformas al



*Código Sustantivo del Trabajo» (providencia CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 30086).
Razón por la cual lo pedido se torna improcedente.”*

En claro lo precedente, debe agregar la Sala que la ley 225 de 1995, modificada y adicionada por la ley 1071 de 2006 tampoco estipula en forma alguna ninguna tipo de sanción por no consignación de las cesantías, en términos iguales o semejantes a los establecidos en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, así como tampoco existe ninguna otra norma en el ordenamiento jurídico que contemple tal prerrogativa a favor de los trabajadores oficial, por lo que dicho pedimento será despachado de forma desfavorable.

v. Certificado Laboral

Peticiona el extremo actor que la demandada sea condenada a expedir una certificación laboral para efectos pensionales. Sobre este punto, basta indicar que no existe ninguna previsión normativa que contemple como requisito para acceder al derecho pensional, la expedición de una certificación laboral, en tratándose de tiempos laborados con posterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993, así pues, no existe soporte normativo alguno que imponga a la pasiva la obligación de expedir una certificación laboral para fines pensionales en los términos rogados por el actor.

Siendo del caso aclarar que la única obligación en materia pensional que recae sobre la pasiva consiste en el reconocimiento y pago de los aportes a pensión, conforme lo dispuesto en la ley 100 de 1993, obligación frente a la cual se fulminó la condena respectiva.

De cara a lo indicado, resulta inane ordenar a la pasiva que expida la certificación laboral anhelada en los términos requeridos por el actor.

Finalmente, se debe referir que atendiendo a las resultas del presente juicio la Sala se releva del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por la pasiva.



SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera correrán a cargo de la parte convocada al presente juicio.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de marzo del 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del presente proceso, para en su lugar, declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el señor *Fabio Nelson Diaz Clavijo* y la *Subred Integrada de Servicios de Salud SUR ESE* por el periodo comprendido del 9 de diciembre del 2013 al 30 de abril del 2017, en virtud del cual el demandante se desempeñó como Trabajador Oficial en el cargo de Camillero, percibiendo como última remuneración salarial la suma de \$1.210.714.

SEGUNDO: CONDENAR a la *Subred Integrada de Servicios de Salud SUR ESE* a cancelar al demandante:

- 1- \$3.583.953 por concepto de Auxilio de Cesantías.
- 2- \$2.8868.682 por concepto de Prima de Navidad.
- 3- \$1.791.976 por concepto de Vacaciones debidamente indexada a la fecha de su pago.
- 4- A cancelar a título de sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo desde el 1° de agosto del 2017, hasta la data en que se realice el pago efectivo de las prestaciones sociales adeudadas, en cuantía igual a \$40.357 diarios.



5- A afiliar al demandante a la Administradora de Pensiones que este escoja y proceder a cancelar los aportes a seguridad social en pensiones, previo cálculo actuarial, por el periodo durante el cual se extendió la relación laboral, teniendo en cuenta para el efecto los salario que se encontraron acreditados en el presente juicio, acorde lo expresado en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de todas y cada una de las acreencias laborales causadas con antelación al 8 de mayo del 2014.

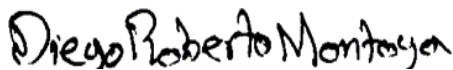
CUARTO: ABSOLVER a la entidad demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera correrán a cargo de la parte convocada al presente juicio.

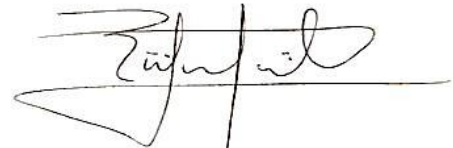
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 03 2019 00591 01
Demandante: MARTHA JEANNETTE HERRERA REYES
Demandado: COLPENSIONE y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder de sustitución.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, con ocasión de la sentencia proferida el 28 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Jeannette Herrera Reyes*, promovió demanda ordinaria en contra de *Colpensiones* y *Colfondos S.A.*, con la finalidad que se declare que el radicado No. 193597 del 25 de septiembre de 2009 presentado ante el Instituto de Seguros Sociales, es la manifestación de voluntad de traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual se dio dentro de los términos legales.

En tal sentido, ordenar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*, teniendo como fecha de manifestación de la voluntad el 25 de septiembre de 2009, y a *Colfondos S.A* trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, junto con aportes y rendimientos.

Como pretensiones subsidiarias, solicita que se declare que el radicado No. 030755 del 28 de marzo de 2011, con el cual se completó la información requerida por el antiguo Instituto de Seguros Sociales, es la manifestación de voluntad de traslado del Régimen



de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual se realizó dentro de los términos legales, por lo que las solicitudes posteriores obedecen a temas de índole procedimental, motivos que no son legalmente válidos para negar el traslado.

Por ello, se ordene el traslado de régimen del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*, teniendo como fecha de manifestación de la voluntad el 25 de septiembre de 2009, ordenándosele a su vez a *Colfondos S.A* trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual con aportes y rendimientos.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 30 de septiembre de 1965, laborando en diferentes entidades de carácter público y privado.

Que el 20 de diciembre de 1990 se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en su caso administrado por *Colpensiones*, y el 8 de agosto de 1998, por no recibir información técnica y adecuada, suscribió formulario de traslado de régimen a través de *Colfondos S.A.*

Adujo que, manteniendo la errada consideración de favorabilidad del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuó traslados dentro del mismo régimen, por lo que el 25 de septiembre de 2009, radicó petición ante el antiguo Instituto de Seguros Sociales, manifestando su voluntad de trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, petición a la que le fue asignado el radicado No. 193597.

Debido al silencio del Instituto de Seguros Sociales, presentó reiteración a la solicitud del traslado el 15 de julio de 2010 bajo el consecutivo No. 154188, para lo cual el Instituto de Seguros Sociales en respuesta adiada el 29 de octubre de 2010, le comunicó que debía allegar cierta documentación, misma que fue aportada el 28 de marzo de 2011 bajo el consecutivo No. 030755, sin que con posterioridad se hubiese obtenido respuesta alguna.

Que ante la liquidación del Instituto de Seguros Sociales, quedó desorientada sobre el proceso a seguir para obtener respuesta del cambio de régimen, por lo que el 14 de septiembre de 2017, presentó formulario de peticiones, quejas, y reclamos ante *Colpensiones* bajo el consecutivo No. 2017_9716266, y a pesar de otras peticiones realizadas, la encartada en respuesta del 13 de febrero de 2018, le indicó que no se evidencia en el sistema traslado alguno, y por lo tanto se hacía necesario allegar copia



de la solicitud a la que se hacía alusión, aspecto que fue aportado el 20 de febrero de 2018.

Puntualizó que *Colpensiones* mediante oficio No. 2018_6606800-1686048 reiteró la imposibilidad de acceder al traslado por no acreditar los requisitos legales, desconociéndose las peticiones que realizó, en especial la del 25 de septiembre de 2009.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la actora manifestó su voluntad de afiliación el 8 de agosto de 1997, sin que se haya probado hasta el momento que no se le suministró una información técnica y adecuada, máxime si efectuó varios traslados a AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buna fe, e innominada o genérica.

Colfondos S.A se allanó a las pretensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 98 del C.G.P., aplicable por remisión analógica según lo dispuesto en el artículo 145 del C.P.T y de la S.S.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de julio de 2020, declaró la nulidad del traslado del régimen que efectuara la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que ordenó a *Colfondos S.A* trasladar a *Colpensiones* la totalidad de sumas de dinero que hubiese recibido por concepto de aportes, junto con los rendimientos e intereses civiles de esas sumas de dinero, sin que sea posible descontar monto alguno por concepto de gastos de administración, sumas de las aseguradoras, entre otros.

A su vez, condenó a *Colpensiones* a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiere trasladado de régimen, absolviendo a las encartadas por concepto de costas y agencias en derecho.



Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar indicó que del caudal probatorio allegado al plenario en concordancia con las prerrogativas dispuestas en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la demandante acreditó que efectuó en reiteradas oportunidades ante *Colpensiones* solicitud de traslado de régimen pensional como lo fue en los años 2009, 2010 y 2011, aspecto más que suficiente para que la encartada hubiese accedido a las súplicas de trasladar a la actora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ya que era notoria la voluntad del retorno.

Sin embargo, la parte demandada alegó como excepción la de prescripción en virtud a que las peticiones se presentaron en los años 2009 a 2011, por lo que la actora al no haber instaurado acciones adicionales podría entenderse que en efecto operó el fenómeno prescriptivo en el sentido de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

No obstante, al encontrarse el Juez Laboral facultado para fallar de manera *extra y ultra petita* siempre y cuando los hechos fuesen planteados en la demanda y debatido en el proceso, como lo fue el hecho 3.4 atinente a que *“el 8 de agosto de 1997, por no recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de traslado del régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, específicamente a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías”*, fue por lo que concluyó que podía realizar el estudio referente a si la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Colfondos S.A* fue nulo o ineficaz, ello también atendiendo la irrenunciabilidad consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política.

Que en tal sentido, conforme se acreditó del formulario de afiliación, la actora lo suscribió el 8 de agosto de 1997, por lo que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era carga probatoria de la AFP *Colfondos S.A.* acreditar que suministró una debida información al momento del traslado de la demandante, aspecto que no se advirtió, máxime si la actora confesó no haber recibido ningún tipo de asesoría y dentro del plenario tan solo obra el formulario de afiliación.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta en favor de *Colpensiones* de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., como quiera que las pretensiones fueron adversas a sus pretensiones.

IV. CONSIDERACIONES:



a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que como lo sostuvo la falladora de instancia, la aquí demandante nació el 30 de septiembre de 1965, por lo que cumpliría la edad de 57 años el mismo mes y día de 2022.

En tal sentido, vale la pena recordar que el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, dispuso:

e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;

Como se puede colegir de la norma comento, es claro que las personeras pueden trasladarse de régimen pensional cada cinco años (5), sin poderse trasladar cuando les faltare diez (10) años o menos o menos para cumplir la edad pensional, que en el caso de la actora su plazo máximo de traslado lo era para el 30 de septiembre de 2012, calenda en la que cumplió 57 años de edad.

Ahora, de las pruebas documentales arrimadas al plenario, se aprecia que la demandante elevó tres solicitudes ante el antiguo Instituto de Seguros Sociales, hoy *Colpensiones*, fechadas el 25 de septiembre de 2009, 14 de julio de 2010 y 28 de marzo de 2011 (Fls. 15 a 16, 21 y 23), donde en términos generales solicitó el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que el mismo se hubiese efectivizado.

A pesar de lo anterior, la *a-quo* estimó que respecto de dichas solicitudes puede entenderse que operó el fenómeno prescriptivo para que la actora efectivizara el



mismo, como quiera que dentro del término trienal consagrado en los artículos 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., además de las solicitudes elevadas no instauró demanda alguna ni los medios adecuados para efectivizarlo, decisión que no es dable revisarla en esta instancia, en tanto el proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*.

A pesar de lo anterior, el estudio de la nulidad y/o ineficacia del traslado la falladora de instancia lo efectuó teniendo en cuenta las facultades *ultra y extra petita* dispuestas en el artículo 50 del Estatuto Procesal del Trabajo. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3850-2020, Radicación No. 23 de septiembre de 2020, rememoró la sentencia SL2808-2018, en la que se efectuó un análisis de dichas facultades:

“Y, en sentencia CSJ SL2808-2018, respecto a las facultades extra y ultra petita establecidas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo de la de Seguridad Social, explicó que:

[...] El artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone que: «el juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

*Así, la facultad extra petita -por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) **hayan sido discutidos en el proceso**, y (ii) **que estén debidamente acreditados**, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.*

Y por su parte, la ultra petita -más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y que (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor.

Dichas facultades radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, y el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia C-968-2003 y tal y como lo ha señalado esta Sala en forma reiterada desde la providencia SL5863-2014. (Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-662-98 del 12 de noviembre de 1998).

Como se acreditó en el proceso, los requisitos para que la *a-quo* hubiese aplicado estas facultades se probaron, ya que el hecho 3.4 relativo a la falta de información técnica y adecuada al momento de la suscripción del formulario de afiliación de la actora en *Colfondos S.A.* fue discutido en el plenario, de ahí que el estudio de fondo realizado se encuentre encuadrado dentro del marco legal de los postulados procesales, por lo que



procede la Sala a realizar el estudio correspondiente que gira en torno a la falta del deber de información de la AFP *Colfondos S.A.*

Sobre el particular, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley



795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 8 de agosto de 1997 a *Colfondos S.A.*, (Fl. 14), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado de manera oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, en torno a la asesoría y modalidades entre uno y otro régimen pensional, atendiendo esto como las modalidades pensionales entre otros aspectos más.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses



como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de sostenibilidad financiera de *Colpensiones* al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.



“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no existe razón de considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera de *Colpensiones*, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de inejecución del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Por último, se deja de presente que de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la inejecución del traslado mas no la nulidad, por lo que, atendiendo los postulados jurisprudenciales ya referenciados, la decisión de primer grado se modificará parcialmente en este puntualísimo aspecto. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 28 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR INEFICAZ** la afiliación efectuada por la demandante señora *Martha Jeannette Herrera Reyes* ante *Colfondos S.A.* el 8 de agosto de 1997, al tenor de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 31 2019 00642 01
Demandante: MARTHA GIL VALDÉS
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Obra memoria donde la apoderada principal de la demandante doctora *Ivonne Rocío Salamanca Niño*, reasume el poder a ella conferida, por lo que se tendrá como tal para todos los efectos legales atendiendo el poder obrante a folio (Fl. 1).

Igualmente se reconoce personería para actuar en representación de *Porvenir S.A.*, al abogado Jhon Jairo Rodríguez Bernal, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.967.487 y T.P. 325589 del C. S. de la J., en atención de la copia de la Escritura Pública No. 65 emanada por la Notaría 65 del Círculo de Bogotá,

Asimismo, se reconoce personería como apoderada sustituta de Colpensiones, a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S de la J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la sentencia proferida el 3 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Gil Valdés*, promovió demanda ordinaria en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que realizara a *Porvenir S.A.*, ante la omisión del deber de información.

A su vez, se ordene el traslado y afiliación a *Colpensiones*, junto con la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación al Régimen de Ahorro



Individual con Solidaridad, como cotizaciones y bonos pensionales junto con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro tipo.

Por último, que se condene a *Porvenir S.A.*, en caso de habersele otorgado previamente pensión al momento de dictarse la sentencia que ponga fin al proceso, a seguir pagando la prestación hasta tanto sean trasladados todos los recursos a *Colpensiones*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que fue afiliada al Sistema General de Seguridad social en pensiones el día 16 de agosto de 1977, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en su caso administrado por *Porvenir S.A.* el día 27 de mayo de 1999.

Que al momento de la afiliación a *Porvenir S.A.*, el asesor de se limitó a diligenciar un formulario preestablecido, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las pretensiones económicas y beneficios que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con relación de las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado.

Seguidamente adujo que *Porvenir S.A.* no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en ambos regímenes, no le indicó cuál tabla de mortalidad de rentistas se estaba utilizando para realizar la proyección de la pensión, no le suministró información hasta que edad debía cotizar en el fondo privado de pensiones y con que salarios, para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que tampoco le fue entregada información indicándole cuánto capital ahorrado se exige para tener una pensión de salario mínimo en el fondo privado, no se le informó que si quería pensionarse en el fondo privado antes de la edad requerida en forma anticipada debía negociar el fondo pensional que entregaba la entidad pública en la que estaba afiliado, que esa situación traía como resultado la disminución del valor de su pensión, entre otros aspectos más.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la afiliación realizada por el actor ante *Porvenir S.A.*, cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma, por lo que no procede la declaratoria de nulidad.



Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público, buena fe, e innominada o genérica.

Porvenir S.A., adujo en su contestación que cumplió con la obligación de informar a la demandante las condiciones de causación de la pensión de vejez, así como las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que se encuentran claramente descritas en la Ley 100 de 1993, de libre consulta y acceso público, razón por la cual, la actora de manera consiente, libre y sin ningún tipo de presiones optó por trasladarse.

Otro aspecto que resaltó es que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las administradoras pensionales.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de agosto de 2020, dispuso absolver a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó en primer lugar que, de las probanzas arrojadas al plenario, se puede colegir que en efecto la actora en la actualidad se encuentra afiliada a *Porvenir S.A.*

Que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta al deber de información por parte de las AFP privadas, se logró acreditar lo respectivo, de una parte por cuanto la demandante efectuó dos afiliaciones a *Porvenir S.A.*, que fueron en el año de 1999 como dependiente y luego en el año 2002 como independiente, así como que de lo confesado por la demandante en su interrogatorio de parte, la misma indicó que conocía las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



La parte demandante impugnó la decisión. Para lo de su cargo manifestó que, *Porvenir S.A.* al momento del traslado, no le suministró una información veraz, completa y suficiente, respecto a las consecuencias y ventajas y desventajas que tenía cada régimen pensional, sin que la falladora de instancia hubiese dado cumplimiento a los parámetros jurisprudenciales de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo



estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y*



oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 27 de mayo de 1999 a *Porvenir S.A.*, (Fls. 216), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte



Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte surtido por la accionante, contrario del análisis efectuado por la falladora de instancia, la Sala puede colegir que si bien manifestó que el asesor de *Porvenir S.A.* al momento del traslado le informó que se podría pensionar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a una edad más temprana que la regulada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que después de un tiempo determinado en la afiliación la demandada le suministró extractos, efectuándose un comparativo de la pensión en los dos regímenes aproximadamente en el año 2017, así como una explicación superflua de los aportes voluntarios, situaciones todas que a las luz de las reglas jurisprudenciales, los aspectos relatados por la actora no se pueden entender como una asesoría integral, de ahí que no se pueda entender una conexión de debida información.

En efecto, si bien confiesa le fueron informados algunas características del régimen pensional, se echan de menos aspecto trascendentales para el momento del primer traslado, tales como los montos de capital que debería ostentar en la cuenta de ahorro individual, los requisitos puntuales para acceder a una pensión anticipada, entre otros.

Otro tópico a resaltar es que si bien obra un segundo formulario de afiliación de la demandante ante *Porvenir S.A.* adiado el 9 de septiembre de 2002 (Fl. 220), donde eleva la solicitud de efectuar aportes como independiente, tal actuar en nada desvirtúa el deber de información que debía demostrar *Porvenir S.A.*, que se itera, no se logró probar, por lo que la sentencia de primer grado habrá de revocarse, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.



“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la



persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

Por lo anterior, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Por último, se deja de presente que si bien el *petitum* se circunscribe a declarar la nulidad de la afiliación, tal aspecto no es procedente, sino la ineficacia del traslado al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, la sentencia de primer grado habrá de revocarse.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primer grado correrán a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 3 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora *MARTHA GIL VALDÉS*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 27 de mayo de 1999, tramitado por *PORVENIR S.A.*

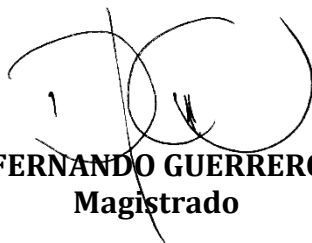
TERCERO: CONDENAR a *PROVENIR S.A* a trasladar a *COLPENSIONES* la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras y cualquier otro emolumento que se haya generado durante su vinculación hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que le sea factible descontar suma alguna de dinero por ningún concepto.

CUARTO: CONDENAR a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *MARTHA GIL VALDÉS*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

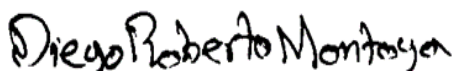
QUINTO: DECLARAR como no probada la excepción de prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

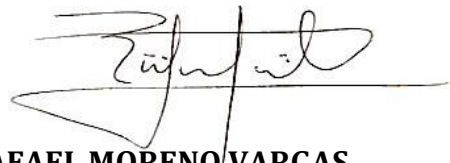
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 31 2019 00775 01
Demandante: MARTHA JANETH PINTO FIGUEROA
Demandado: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la sentencia proferida el 17 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Janeth Pinto Figueroa*, promovió demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Colfondos S.A.*, con el fin que se declare que la afiliación realizada a *Colfondos S.A.* fue inducida a error por parte del asesor comercial de su entonces, omitiendo así su deber de información al momento del traslado, sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

Por consiguiente, se ordene su retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en su caso administrado por *Colpensiones*, reactivando su afiliación. Asimismo, se le ordene a *Colfondos S.A.* retorne al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores que hubiere recibido en condición de última administradora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, así como todos los frutos e intereses en los términos del artículo 1746 del Código Civil, junto con la pensión de vejez desde la fecha que acreditó los requisitos mínimos para acceder a la misma en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, las mesadas adicionales pagadas y no causadas en forma retroactiva, indexación, e intereses moratorios.

1.1 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones, adujo que nació el día 25 de septiembre de 1962, afiliándose al antiguo ISS desde el mes de febrero de 1981, cotizando de manera ininterrumpida hasta el 29 de diciembre de 1995.

Que para el mes de diciembre de 1995, asesores de *Colfondos S.A.*, le ofrecieron la opción de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, asegurándole que contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, así como que se le manifestó que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad le permitiría a las personas que se trasladaran, acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista por el entonces Instituto de Seguros Sociales, y en cuantía superior a la que podría generar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Igualmente, que se le manifestó que el *Instituto de Seguros Sociales* sería liquidado y que los requisitos pensionales por vejez serían incrementados, además que se reduciría ostensiblemente la tasa de reemplazo para cuantificar la prestación, se omitió realizar una proyección pensional entre ambos regímenes, no se le explicó las implicaciones de filiarse al Régimen de Ahorro Individual Solidaridad, cuál era el capital mínimo requerido para causar una pensión siquiera por el salario mínimo legal en esa época, menos aún el esfuerzo de aportes que debía asumir para lograr acumular dicho ingreso, entre varios factores más.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que dentro del plenario no se prueba la existencia de una falta de información clara y completa, pues la demandante pertenece al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera voluntaria, por lo que no hay lugar a la pérdida de condiciones más favorables para pensionarse.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para reclamar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, y la denominada innominada o genérica.

Colfondos S.A. se allanó a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 98 del C.G.P., aplicable por analogía al procedimiento laboral según los preceptos del artículo 145 del C.P.T y de la S.S.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de julio de 2020, dispuso absolver a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que aplicando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo que concierne al deber de información de las AFP, la actora recibió debidamente dicha información en forma clara, veraz, completa y comprensible como así lo confesó en el interrogatorio de parte rendido, donde expuso que conocía las características de los regímenes pensionales, tuvo la posibilidad de realizar preguntas en la reunión en donde se le explicó previamente a su afiliación cómo funcionaba cada uno, pues indicó claramente que podía tener una mejor pensión, que podía proyectar su propia pensión a tal punto, que confrontada su historia laboral, hay un salto desmesurado en las cotizaciones en las que su aporte se incrementaba hasta diez veces, y de su historia laboral se reflejan realización de aportes voluntarios.

Que la demandante conocía que el porcentaje o el salario base de cotización incidía posteriormente en el reconocimiento pensional, que incrementó según su dicho en su empresa familiar el salario que devengaba, de ahí que tuviera conocimiento de cómo se conformaba el capital para proyectar su propia pensión, tanto así que expuso que podía retirar dinero para pagar sus deudas, máxime si era la Directora Administrativa de su empresa familiar, situación óbice para que conociera el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante expuso en el recurso de alzada que, debe tenerse en cuenta que es la propia AFP *Colfondos S.A.* quien se allana a las pretensiones de la demanda sin realizar ninguna manifestación en la sentencia, situación que no es otra que aceptar todas y cada una de las pretensiones de la demanda en lo que le corresponde a su responsabilidad, incluyendo los hechos de la acción.

Que el análisis realizado por la *a-quo* al interrogatorio de parte, se aparta de la sana crítica reglada en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., dándole un alcance erróneo e indebido a lo que se expresó en su interrogatorio de parte, por el contrario, de las manifestaciones se puede corroborar que nunca se recibió una asesoría, por lo que *Colfondos S.A.* no logró demostrar que hubiese suministrado una debida información al momento de la afiliación conforme a los lineamientos de la carga de la prueba que le asiste conforme lo ha adocinado la jurisprudencia.



Que el saldo desmesurado en las cotizaciones sustentado por la falladora de instancia no es un aspecto que se deba tener como base del conocimiento de las circunstancias en que funcionaban los dos regímenes pensionales, máxime si el traslado sucedió en el año de 1995 cuando era trabajadora del IDU, época en la que tenía que recibir la asesoría en el grado que le correspondiera como así se extrajo del interrogatorio de parte.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Inicialmente, debe acotarse que la parte demandante encuentra inconformidad en el hecho que la demandada *Colfondos S.A* se allanó a las pretensiones de la demanda en los términos de que trata el artículo 98 del C.G.P., aplicable por analogía al proceso laboral según lo dispuesto por el artículo 145 del C.G.P.

Tal argumento se cae de peso, como quiera que frente al caso que nos ocupa, nos encontramos frente a la figura de litisconsorcio necesario, en el que también interviene *Colpensiones*, por lo que el allanamiento sería próspero si la última referida también lo hubiese manifestado, situación que no sucedió.

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.



Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente*



al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del



deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en dentro del plenario, en medio magnético se aportó el formulario de afiliación que suscribiera la demandante ante *Colfondos S.A.* el día 29 de noviembre de 1995, formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

A pesar de lo anterior, debe denotarse que en el transcurrir del trámite procesal, se recaudó el interrogatorio de la señora *Martha Yaneth Pinto Figueroa*, quien manifestó que por lo menos al momento de la declaración se dedica al hogar y que no trabaja.

Que es cónyuge del señor *Nelson Orlando Espitia Camargo*, quien es comerciante y tiene una empresa de aseo, también siendo su empleador cuando ella dejó de laborar en el IDU.

Seguidamente, indicó que la empresa era familiar y su cargo era el de Gerente Administrativa, manejaba roles de secretaría, facturación, entre otras actividades. Que se muestran incrementos abruptos en el salario cotizado con su empleador y esposo para el año 2014, pues en inicio fue en la suma de \$616.000, luego en \$1.232.000, y con posterioridad en \$6.444.000, en razón a que venía desempeñando ciertas funciones y después se encargó de la parte administrativa, de la coordinación de metas, y en general al control de la empresa, situaciones todas que pueden ser soportadas ante la DIAN.

Que suscribió el formulario de afiliación a *Colfondos S.A.* cuando estaba trabajando en el IDU, porque se le informó que la Caja de Previsión del Distrito, la que era la encargada de las pensiones, se iba a terminar, por lo que se debía afiliar a un fondo privado, de ahí que hubiesen llegado asesores de diferentes fondos, quienes le explicaron que era mejor estar afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aunado a ello que el *Instituto de Seguros Sociales* iba a desaparecer y por consiguiente, su pensión no se le garantizaría.



Destacó que tuvo una afiliación personalizada por parte de *Colfondos S.A.*, en la que le preguntó a la asesora cómo era la afiliación; y como consecuencia de ello, se le informó que podría pensionarse anticipadamente a la edad legal, así como que podría tener una mejor pensión, ya que ella como afiliada podía proyectar su prestación, y que para la fecha de la afiliación había cotizado un promedio de 14 años.

Que como consecuencia de lo anterior, fue que aceptó las condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por haber considerado que eran mejores que las del antiguo Instituto de Seguros Sociales, aclarando además que la empresa le hizo aportes voluntarios a pensión, dinero que tiene entendido que lo puede retirar al momento de pensionarse, o pagar deudas y comprar inmuebles.

Que el motivo por el que pretende retornar a *Colpensiones* es porque cumplió 57 años y esa entidad le hizo una proyección en la que se dio cuenta que su pensión sería superior en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En lo que respecta al empleador IDU, mencionó que ingresó a laborar en el año de 1981 en el cargo de mensajera, y a los dos años obtuvo el cargo de mecanógrafa, el cual desempeñó hasta la fecha del retiro de la entidad.

Refirió que hace aproximadamente 2 años, el fondo de pensiones le informó que tenía un bono pensional de \$200.000.000, y con lo que tenía ahorrado en su cuenta se podría pensionar con un monto considerable para su mesada, pero al año siguiente se le indicó que su bono tan solo ascendía a un valor de \$100.000.000, lo que conllevaba a que su mesada pensional sería de un S.M.L.M.V.

Por último, adujo que *Colfondos S.A.* le emitió historia pensional año tras año de lo que tenía ahorrado, mas no del bono pensional.

En este especialísimo asunto, se puede colegir que si bien a parte del formulario de afiliación allegado por *Colfondos S.A.* no obra prueba determinante para que la AFP hubiese logrado desvirtuar la carga probatoria del deber de información que le asistía conforme los postulados anteriormente por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la *a-quo* concluyó que del interrogatorio de parte rendido por la señora *Martha Yaneth Pinto Figueroa*, se puede advertir que la misma confesó haber conocido de las características de los regímenes pensionales.

Respecto de dicho medio de convicción, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2372-2018, Radicación No. 45041, del 23 de mayo de 2018, señaló:



“La confesión está imbuida de ciertos principios probatorios, entre ellos --que es el que interesa al caso-- el de indivisibilidad, consistente, en términos del legislador, en que la confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe; pero cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente (artículo 200 C.P.C.).

“De lo antes anotado es dado sostener que la confesión judicial, que es de la que se habla en este caso, debe verse como una unidad inescindible; por tanto, cuando el reconocimiento en ella contenido es categórico y asertivo del hecho confesado, o sea, sin adición alguna, estamos frente a lo que ha dado en llamarse confesión “pura y simple”; cuando además del reconocimiento del hecho se agregan por el confesante expresiones que modifican, aclaran o explican el hecho, se tiene una confesión calificada, no susceptible de ser dividida, pues el legislador entiende que aquí se conserva la unidad de la confesión, en tanto que el hecho confesado se debe tomar en los términos precisados por el confesante por vía de explicación, modificación, corrección o aclaración, situación que conlleva, necesariamente, a que si se acepta tal confesión, se acepten sin necesidad de prueba las adiciones que modifican, aclaran o explican el hecho confesado, salvo, obviamente, cuando exista prueba que desvirtúe tales agregados. (Negrillas fuera de texto original).

“Pero también es posible inferir de la norma antedicha que, aparte del hecho confesado, el declarante puede adicionar a su dicho hechos distintos al confesado, en tal caso, tales hechos, para que hagan parte de la unidad de la confesión, esto es, para que de aceptarse lo confesado se acepte lo adicionado, pues de lo contrario podrán separarse y de ellos esperarse su respectiva prueba para tenerlos por acreditados, deberán tener íntima conexidad con el hecho confesado, es decir, deberán mantener con el hecho confesado una ligazón necesaria, de tal naturaleza que, de abstraerse el hecho confesado desaparecerá el hecho adicionado y viceversa. En otros términos, la existencia de uno de los hechos expresados por el confesante dependerá de la del otro, por manera que, a pesar de la diferencia entre hecho confesado y hecho adicionado, el uno no podrá entenderse sin que se considere al otro. Entre ambos deberá, entonces, evidenciarse una unidad lógica y natural, pues de no aparecer ella podemos distinguir en el dicho del confesante, por una parte, una confesión y, por otra, una alegación, por tanto, susceptibles de separar o dividir.

Pero si los hechos agregados son susceptibles de separar del hecho confesado, por contar con identidad y autonomía propias, como cuando también se adicionan por el confesante otros totalmente diversos y heterogéneos al confesado, la división de tal dicho resulta absoluta y físicamente visible, en tal caso, a dicha confesión se ha dado en llamar en la doctrina confesión ‘compuesta’, en otras palabras, una confesión pura y simple más una alegación que debe ser probada.

En el presente evento, si bien se confiesa que se recibió una asesoría personalizada, y se incluyen incluso algunos aspectos propios de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se debe perder de vista que también mencionó aspectos que distan del cumplimiento del deber de información, tal como señalar que el traslado le resulta beneficioso por cuanto tendría inconvenientes para acceder a la pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida ante la liquidación de las entidades administradoras, de igual manera que el en Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podría proyectar una mejor mesada pensional, no obstante no se confiesa los pormenores de dicha situación, lo cual debe incluir aspectos tan relevantes,



como el capital que requería ostentar en la cuenta de ahorro individual para tal menester, máxime cuando llevaba 14 años cotizando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

De otra parte, el comportamiento atiente a incrementar la base de cotización o el realizar aportes voluntarios, en manera alguna acredita el cumplimiento del deber de información para el año 1995.

Ahora bien, lo anterior implica declarar la ineficacia del traslado y apareja además como consecuencia la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de



Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, *Colfondos S.A.*, por ser el fondo pensional donde en la actualidad se encuentra afiliado la demandante, tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.



Del reconocimiento de la pensión de vejez.

Pretende la demandante que una vez sea válidamente trasladada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se condene a *Colpensiones* al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del cumplimiento de los requisitos mínimos de la exigibilidad de la prestación que alude causó desde el 25 de septiembre de 2019, junto con el pago de los intereses moratorios.

Al respecto, debe mencionarse que según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, nació el 25 de septiembre de 1962 (Fl. 94), lo que conlleva a concluirse sin dubitación alguna que no era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto, para el 31 de diciembre de 2014, interregno máximo para adquirir este beneficio siempre y cuando la afiliada tuviese 750 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005 según lo reglado en el Acto Legislativo 01 de 2005, no contaba con 55 años de edad para acceder a prerrogativas anteriores.

Por tal motivo, el derecho pensional debe estudiarse a la luz de lo asentado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que dispone:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

*A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.
(....)”*

Como ya se refirió, la demandante al haber nacido el 25 de septiembre de 1962, cumplió 55 años de edad el mismo día y mes del año 2017.

En cuanto al monto de semanas, por haber acreditado la edad exigida en el año 2015, debió ostentar un mínimo de 1300. Sobre este tópico, resalta la Sala que conforme se



desprende del documento denominado “*Resumen de Historia Laboral*” que emitiera *Colfondos S.A.* (Fl. 95), la actora cotizó un total de 1579 semanas, dentro de ellas 774 cotizadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en su entonces, efectuando su última cotización en el mes de septiembre de 2019; circunstancia por la cual, la demandante es merecedora de la pensión de vejez en los términos ya expuestos.

Ahora bien, para el disfrute de la pensión es necesaria la desafiliación del sistema, presupuesto que la actora no demostró; circunstancia por la cual, el derecho pensional queda supeditado hasta que se realice tal requisito, dejando de presente además que en virtud a que la demandante acreditó más de 1250 semanas de aportes sufragados a sistema, *Colpensiones* deberá liquidar la pensión con el promedio del IBL cotizado en los últimos diez años o el de toda la vida laboral, para que el cálculo más favorable que resulte le sea aplicado.

Por último, frente al pago de intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no habrá lugar a los mismos, pues de una parte considera la Sala que no se le puede endilgar responsabilidad alguna a *Colpensiones* por esta pretensión, ya que el derecho pensional se reconoce precisamente con esta decisión y con ocasión de asentamientos jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y de otra, al no acreditar el requisito de la desafiliación o retiro del sistema en los términos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Atendiendo lo expuesto, la sentencia de primera instancia habrá de revocarse en su integridad. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora *MARTHA JANETH PINTO FIGUEROA*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 29 de noviembre de 1995, tramitado por *COLFONDOS S.A.*

TERCERO: CONDENAR a *COLFONDOS S.A* a trasladar a *COLPENSIONES* la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras y cualquier otro emolumento que se haya generado durante su vinculación hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que les sea factible descontar suma alguna de dinero por ningún concepto.

CUARTO: CONDENAR a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *MARTHA JANETH PINTO FIGUEROA*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

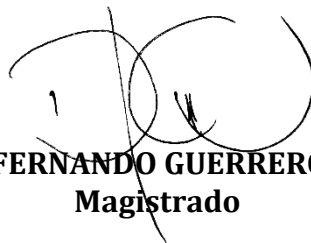
QUINTO: CONDENAR a *COLPENSIONES* al reconocimiento pago de la pensión de vejez a favor de la señora *MARTHA JANETH PINTO FIGUEROA* regulada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, prestación que quedará supeditada al retiro del sistema de la actora conforme lo regula el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, prestación que deberá ser liquidada con el IBL promediado en los diez últimos años laborados o el de toda la vida, según le sea más favorable a la demandante según disposición del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, todo de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones formuladas por la parte demandante.

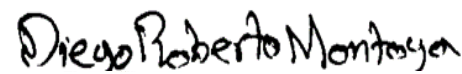
SÉPTIMO: DECLARAR como no probada la excepción de prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

OCTAVO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

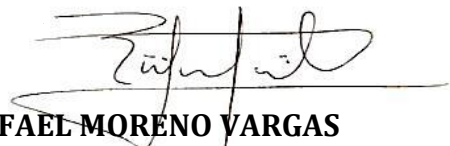
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 11001310 50 02 2017 00270 01
Demandante: ALBA LIVIA BARON
Demandado: COLPENSIONES Y MARITZA CECILIA SALAMANCA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *Mónica Esperanza Tasco Muñoz*, identificada con C.C No 1.018.451.024 y T.P No 302.509.

SENTENCIA:

Procede la sala a estudiar el recurso de apelación elevado por *Colpensiones*, así como a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la pasiva y de la tercera *Ad Excludendum Maritza Cecilia Salamanca Sastoque*, la sentencia proferida el 13 de febrero del 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1. DE LA DEMANDA:

La señora *Alba Livia Barón* instauro demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* a efectos de que se declare que la demandante tiene derecho al pago de la sustitución pensional a partir del 31 de agosto del 2016 y en consecuencia, se condene a *Colpensiones* a su reconocimiento y pago, más el retroactivo y lo que legalmente se cause a partir del 31 de agosto del 2016.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como sustento de sus pretensiones, indicó que el entonces *Instituto de Seguros Sociales*, mediante la Resolución No. 25750 del 1° de septiembre del 2004 le concedió la pensión de vejez al señor *Jorge Octavio Redondo Solano* a partir del 1° de junio del 2003; aduce que nació el 8 de agosto de 1994 y tras el fallecimiento del señor *Jorge Octavio Redondo Solano*, el 30 de agosto del 2016, quedó sin sustento diario.

El 15 de septiembre del 2016, solicitó la sustitución pensional a *Colpensiones*, no obstante, la misma le fue denegada mediante la Resolución No 329888 del 8 de noviembre del 2016; ante lo cual, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la citada resolución, la cual fue desatada mediante la Resolución No GNR 376058 del 9 de diciembre del 2016.

Precisa que vivió en unión marital de hecho con el señor *Jorge Octavio Redondo Solano*, cohabitando de forma permanente e ininterrumpida desde el 16 de agosto de 1968 hasta la fecha de fallecimiento del causante, procreando 4 hijos, todos mayores de edad, al lado de quienes falleció el causante.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que la demandante no reúne los requisitos legales para acceder a la pensión alegada, en los términos previstos en la Ley 797 del 2003, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como medio exceptivo previo el que denominó falta de integración del contradictorio o integración del litis consorcio necesario artículo 100, numeral 9° del C.G.P y como de mérito o de fondo las de inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

En audiencia surtida el 1° de febrero del 2020, se dispuso la integración del contradictorio con la Interviniente *Ad Excludendum* con *Maritza Cecilia Salamanca Sastoque*.

La señora *Maritza Cecilia Salamanca Sastoque* a su turno presentó escrito de demanda frente a la libelista y la demandada en la que solicitó se condenara a



Colpensiones a reconocerle la pensión de sobrevivientes, ordenar el pago de las mesadas pensionales causadas desde la presentación de la demanda y a futuro, así como las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones narró que *Colpensiones* mediante la Resolución No 25750 del 1° de septiembre del 2004, le reconoció al causante la pensión de vejez desde el 1° de junio del 2003, quien falleció el 30 de agosto del 2016, que ostentó la calidad de compañera permanente y por ende quedó sin sustento a la fecha de su fallecimiento. Razón por la cual, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero la misma le fue negada.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia surtida el 13 de febrero del 2020 condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante *Alba Livia Barón* en calidad de compañera permanente el 100% del valor de la pensión del causante a partir del 30 de agosto del 2016, junto con los aumentos legales, mesadas adicionales, descontando del retroactivo el valor de los aportes a seguridad social en salud; absolvió a *Colpensiones* de todas y cada una de las pretensiones incoadas por *Maritza Cecilia Salamanca Sastoque* y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Como sustento de su decisión indicó que no se acreditó el requisito de la convivencia con el causante por parte de la señora *Maritza Cecilia Salamanca Sastoque*, toda vez que en el escrito de demanda, pese a que señala haber sido compañera permanente, refiere que compartía con el causante dado que atendía su condición su embriaguez habitual, y que una vez estaba en condiciones de sano juicio, ella lo llevaba a su casa de habitación ubicada en la calle 72 A #78 A – 18 barrio Tabora; por otra parte, se evidencia contradicción entre lo referido por los deponentes y la versión dada por la tercera *ad excludendum*, pues los primeros afirman que la convivencia se dio desde 1989 hasta el 30 de agosto de 2016, fecha de su fallecimiento y la propia demandante manifestó que aquella fue desde 1991 hasta el 17 de mayo de 2016, fecha en la cual se le prohibió la entrada a la casa donde habitaba el causante.



En lo que respecta a la señora *Alba Libia Barón*, que analizado el acervo probatorio se acreditó la convivencia por espacio de más de cinco (5) años con el causante toda vez que los testigos indicaron constarles la permanencia en el hogar, que era la persona que asumía todos los gastos familiares y que la actora fue la persona que lo atendió en su salud hasta el día de su deceso.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, *Colpensiones* refiere que se debe revocar la condena en costas, toda vez que al existir reclamación de reconocimiento pensional por dos eventuales beneficiarias, debía suspenderse el trámite administrativo, sin que le haya sido factible dirimir el conflicto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico

Conforme a los argumentos expuestos en el recurso de alzada, el objeto del presente debate se centra en establecer si la demandante y o la tercera *ad excludendum* tienen derecho a la sustitución pensional del causante; así como establecer si *Colpensiones* debe proceder a responder por el pago de las costas procesales impuestas en primera instancia.

c. De la calidad de pensionado del causante:

No existe debate alguno en torno a que el señor *Jorge Octavio Redondo Solano* obtuvo el reconocimiento y pago de la pensión de vejez mediante Resolución No. 25750 del 1° de septiembre del 2004, por cuanto dicho supuesto de facto no fue objeto de debate en la litis, a más de encontrarse plenamente acreditado con la documental del folio 9 y vuelto.



d. De la sustitución pensional:

En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe precisar la Sala es que acorde el criterio jurisprudencial, la pensión de sobrevivientes debe ser analizada a la luz de la norma vigente para la fecha de fallecimiento del causante. En tal media, como quiera que el señor *Jorge Octavio Redondo Solano* falleció el 30 de agosto del 2016 (Fl 19), no cabe duda que la norma llamada a gobernar el presente juicio no es otra distinta a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 del 2003.

e. De los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional:

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un 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”.



En igual sentido, se tiene la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL- 1730 del 2020, señaló que el mentado requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años, resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”.

f. Del caso en concreto:

En el *sub-lite*, las señoras *Alba Livia Barón y Maritza Cecilia Salamanca Sastoque*, solicitan el reconocimiento y pago de la sustitución pensional del señor *Jorge Octavio Redondo Solano*, ambas alegando la calidad de compañera permanente del causante, quienes además ostentan más de 30 años de edad.

Así las cosas, en aras de desatar el conflicto jurídico que hoy nos convoca procede la Sala a efectuar un análisis del caudal de medios probatorios arrojados al proceso, verificando dentro de los mismos que la hoy demandante en aras de acreditar la convivencia exigida por el legislador, aportó: el registro civil de nacimiento de los hijos que tuvo con el causante, *Luz Mary Redondo Barón, Jorge Octavio Redondo Barón, Heidy Angelica Redondo Barón y Alba Alejandra Redondo Barón* (Fls 24 a 27), junto con las declaraciones extra juicio de *María Ubaldina Galindo de Linares, José Isiniano Linares Garzón y Nohemy Amparo Villegas Veloza*, quienes refieren conocer a la pareja hace más de 45 años y por tanto, les consta que la pareja convivió de forma permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa se extendió del 16 de agosto de 1968 hasta la fecha de deceso del causante, procreando 4 hijos, precisando que la hoy demandante siempre dependió económicamente del causante y que este último no hizo vida marital con ninguna persona distinta (Fls 29-31).

Asimismo, aportó la historia clínica del causante (Fls 32 a 40), junto con copia de una escritura en la que se deja constancia de la entrega de un monto por parte de ICOLLANTAS al causante y la demandante para las mejoras de su inmueble (Fls.41 a 47), extractos bancarios y correspondencia del causante, de la cual se desprende que su domicilio fue la calle 72 A No 78A – 18 (Fls 53 a 63), junto con registro

fotográfico de diversos momentos familiares en los cuales compartió la pareja durante su convivencia (Fls 64-70).

De igual manera fue evacuado el interrogatorio de parte de la demandante en el curso del cual admitió que antes de la muerte del causante si vio a la señora *Maritza Cecilia Salamanca Sastoque*, pero solo sabía que ella en ocasiones ingería bebidas alcohólicas con el causante, pero aclara que él siempre vivió en su casa y jamás salió de ella, por cuanto convivió con el causante desde 1968 hasta su deceso.

Igualmente, fueron evacuados los testimonios de *María Ubaldina Galindo de Linares* quien relata que fue vecina de la demandante y por tanto, le consta que desde que arribó al barrio Tabora, conoció a la familia conformada por la demandante, el causante y sus hijos; que siempre los vio conviviendo por espacio de 52 años, siendo la demandante quien estuvo con el causante hasta la fecha de su deceso, asistiéndolo hasta que falleció; que la demandante jamás laboró y se dedicaba al hogar y por tanto quien se encargaba de los gastos del hogar era el causante.

Igualmente, rindió su testimonio el señor *Luis Eduardo Roza Muñoz*, amigo y vecino de la familia, quien refiere que vive en el barrio desde el 2008 y tiene una droguería, en la cual le tomaba la tensión al causante; le consta que la señora *Alba Barón* fue quien lo asistió hasta la fecha de su deceso, pues ese día ella lo buscó en la droguería para que la ayudara; que la demandante no trabajaba y que conoció el hogar porque lo visitaba cada vez que el causante se enfermaba, precisando que siempre lo vio en dicho hogar.

Acervo probatorio que conduce a colegir que en efecto al demandante fungió como compañera permanente del demandante desde 1968 hasta la data de su deceso, conviviendo con el mismo de forma ininterrumpida durante dicho interregno de tiempo, con el claro ánimo de conformar un hogar y brindarse un apoyo mutuo, propio de quienes desean conformar una familia. Por tanto, es dable colegir que la promotora en efecto acreditó el cumplimiento del requisito de convivencia exigido por el legislador a efectos de hacerse merecedor del reconocimiento y pago de la sustitución pensional anhelada.



En otro giro, respecto de la tercera ad excludendum *Maritza Cecilia Salamanca Sastoque*, se constata que en el escrito de contestación de la demanda la misma aduce que mantuvo una unión marital con el causante por el espacio comprendido entre 1989 al 2016, asimismo se puede leer en el escrito de demanda, que era la persona que lo atendía en su embriaguez habitual, en su domicilio y residencia, pero una vez el causante estaba en sano juicio, lo llevaba a la casa ubicada en la Calle 72A No 78A-18, pero que no pudo verlo en los días anteriores a su deceso debido a que la hoy demandante le prohibió el ingreso a la casa, por manera que solo se lo dejaron ver un breve instante minutos antes de sepultarlo.

Como soporte de sus manifestaciones allegó la declaración extrajuicio del causante suscrita el 3 de febrero del 2005, en la que sostiene que convive en unión libre y bajo el mismo techo con la señora *Maritza Cecilia Salamanca Sastoque* desde hace 12 años (Fl 117), una fotografía de la pareja (Fl 120) y las declaraciones extrajuicio de *Aurelio Alfonso Arias* y *Wilmar Ernesto Ramírez* (Fls 121-123) en los cuales aducen que les consta que la pareja hizo vida marital desde 1989 hasta la data de deceso del causante; también aportó una constancia expedida por el señor *Edgar Antonio Torres Garzón*, en la que indica que le arrendó a la pareja un inmueble ubicado en la calle 73 No 82-52 por el periodo comprendido de febrero de 1996 y mayo de 1997 (Fl 43).

De lo hasta aquí expuesto se corrobora con meridiana claridad que, pese lo que se indica en las declaraciones extrajuicio aportadas por la señora *Maritza Cecilia Salamanca*, lo cierto es que conforme se sigue de su propia declaración la misma jamás convivió con el demandante, pues como ella misma lo afirma era simplemente quien le lidiaba cuando estaba en estado de alicoramiento, al punto que una vez se encontraba en sano juicio lo llevaba a su domicilio ubicado en la Calle 72A No 78A-18, dirección en la que convivió de forma ininterrumpida con la hoy demandante.

Así las cosas, si bien no puede desconocer la Sala que entre la señor *Maritza Cecilia Salamanca* y el causante, pudo llegar a existir una relación de carácter sentimental, las pruebas vertidas en el proceso distan mucho de poder precisar que la misma se dio en el seno de un hogar, en el cual hayan podido convivir, brindándose el socorro y ayuda mutua, con la vocación de permanencia, al punto que solo compartían según del dicho de la señora *Salamanca* durante el tiempo en



que el demandante se encontraba bajo los efectos del alcohol, pues luego de ello, la misma lo conducía al seno de su hogar con la hoy demandante, actos que no son propios de quien pretende la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia.

Luego, mal podría referirse que para la fecha de su deceso ostentaba la calidad de compañera permanente, ni mucho menos que estuviera conviviendo con el mismo por el término de cinco (5) años hasta la fecha del deceso exigido por el legislador. Máxime, cuando ella misma admite que luego de su enfermedad, el causante estuvo en su hogar y no pudo verlo, lo que ratifica lo dicho por los testimonios rendidos en el curso del proceso, quienes pudieron dar fe de que la demandante *Alba Barón* fue quien brindó, socorro, ayuda y acompañamiento al causante hasta la data del deceso.

Se sigue de lo enunciado en líneas precedentes que la señora *Maritza Cecilia Salamanca*, en efecto no logró acreditar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para alcanzar el derecho pensional pretendido en el presente juicio.

Con fundamento a los presupuestos de orden fáctico y jurídicos, previamente descritos, se debe afirmar que la hoy demandante *Alba Livia Barón*, en efecto tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional reclamada en un 100% desde el 30 de agosto del 2016.

En otro giro, como quiera que la presente demanda se analiza en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, resulta indispensable aludir a la excepción e prescripción propuesta por la referida entidad, indicando en lo que a la misma respecta que adolece de vocación de prosperidad, por cuanto en autos no alcanzó a operar el término trienal exigido por el legislador (Art. 151 del C.P.T y la S.S), por cuanto la libelista elevó la respectiva reclamación ante la demandada *Colpensiones* el 15 de septiembre del 2016 (Fls. 16-17), misma que vino a ser desatada de forma definitiva mediante la Resolución No GNR 376058 del 9 de diciembre del 2016 (Fls. 13-15), debidamente notificada el 2 de febrero del 2017 (Fl 12), procediendo a radicar la presente demanda el 12 de mayo del 2017 (Fl 72), quedando debidamente notificado el auto admisorio dentro del año siguiente (Fl 82) que establece el artículo 94 del C.G.P.



g. De las costas procesales:

En lo que a este punto respecta debe precisar la Corporación que las costas operan de forma objetiva con fundamento en lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P, acorde al cual será la parte vencida en juicio quien deba asumir el monto de las costas procesales.

En tal sentir, se sigue de lo enunciado que al haberse fulminado condena en contra de la pasiva es esta quien debe asumir el monto de las costas procesales. Destacando que si bien dicha entidad alega en su apelación que no concedió el derecho pensional por existir otra solicitud pensional frente al mismo derecho, lo cierto es que este no fue el argumento principal que expuso en su escrito de contestación de la demanda, pues en el mismo se negó a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que la demandante no contaba con los requisitos exigidos por los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por la ley 797 del 2003 y solo luego de expuesto el mismo, es que aludió a que además existía otras solicitud pensional sobre el mismo derecho.

Luego no puede hoy alegar que ser absuelta de la condena en costas, con fundamento en dicho argumento, cuando lo cierto es que fueron otros los razonamientos por los que se opuso a la prosperidad de la demanda.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia. Se confirman las de primera instancia

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de febrero del 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 11001310 50 10201700087 01
Demandante: HILDA MARITZA RAMIREZ PAEZ
Demandado: AFP PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la sala a estudiar el recurso de apelación elevado por la parte actora, contra la sentencia proferida el 28 de febrero del 2020 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA:

La señora *Hilda Maritza Ramírez Páez* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Porvenir S.A*, a efectos de que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 11 de marzo del 2011, data en la cual falleció el señor *Luis Edigson Suárez Ladino*.

En consecuencia, solicita se condene a la AFP demandada a pagarle la pensión sobrevivientes a partir del 13 de marzo del 2011 y acrecentando los porcentajes hasta llegar al 100% de la pensión, desde la data en que los hijos extramatrimoniales del causante *Jordan David Suárez Villamil* y *Jonathan Esneider Suárez Cárdenas* alcanzaron la mayoría de edad; y la fecha de fallecimiento del hijo habido en el matrimonio *Andrés Felipe Suárez Ramírez*, previo los descuentos de lo pagado por el Fondo hasta el mes de mayo del 2016, en cumplimiento a fallo de tutela que había decretado el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en forma provisional; a indexar las condenas decretadas y al pago de lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que el señor *Luís Edigson Suárez Ladino* falleció el 13 de marzo del 2011, mientras cotizaba para *Porvenir S.A*, data para la cual se encontraba casado con la hoy demandante.

Precisa que, de la familia conformada por la pareja, nació *Andrés Felipe Suárez Ramírez* el 2 de mayo del 2001, quien falleció el 9 de septiembre del 2012; relata igualmente que el causante procreó con diferentes madres a los hoy mayores de edad *Jonathan Esneider Suárez Cárdenas*, quien nació el 8 de noviembre de 1993 y *Yordan David Suárez Villamil*, quien nació el 7 de octubre de 1995.

Igualmente, aduce que solicitó la pensión de sobrevivientes, pero la misma le fue negada por parte de *Porvenir S.A*, aduciendo que a la fecha de fallecimiento el causante no reunía las 50 semanas de cotización previstas en el artículo 46 de la Ley 797 del 2003; no obstante, expone que dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento el finado cotizó más de 55 semanas.

Finalmente, alude que, en cumplimiento del fallo de tutela proferido en segunda instancia por el Juzgado Civil del Circuito de Acacias, viene recibiendo el 50% de la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite y el 16.666% por su hijo *Andrés Felipe Suárez Ramírez*.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La AFP *Porvenir S.A* se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, manifestando que según la relación de aportes y el estudio pensional realizado para el análisis de los requisitos de los que trata el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la ley 797 del 2003, se logró establecer que el afiliado causante no acreditó el cumplimiento de las 50 semanas de cotización durante los últimos 3 años anteriores a la muerte.

Propuso como medios exceptivos los que denominó como previos el de integración del litisconsorcio necesario y como de fondo los de inexistencia de la



obligación, ausencia del derecho sustantivo, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

Con auto del 14 de noviembre del 2017, se ordena vincular a *Jonathan Esneider Suárez Cárdenas* y *Jordan David Suárez Villamil*, quienes mediante curador *ad litem*, dieron contestación en la que se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando únicamente excepciones el curador de *Jonathan Esneider Suárez Cárdenas*, las cuales denominó prescripción e inexistencia de la obligación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia surtida el 28 de febrero del 2020 resolvió declarar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación propuesta por *Porvenir S.A.*, y en consecuencia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión el *a-quo* estimó que el causante al momento del deceso no dejó causada la pensión, por cuanto solo había cotizado 48.52 semanas, no siendo dable tener en cuenta cotizaciones simultáneas.

De otra parte, luego de hacer un análisis sobre las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, en torno al tema de la condición más beneficiosa, argumentó que el causante falleció el 13 de marzo de 2011, esto es, en vigencia de la Ley 797 del año 2003, por lo que la norma inmediatamente anterior es la Ley 100 de 1993 en su versión original que exige 26 semanas de cotización en el último año anterior al fallecimiento del causante, de igual manera, con anterioridad a dicha normativa el Acuerdo 049 de 1990 exige 300 semanas en cualquier tiempo o 150 semanas en los últimos tres años.

En ese orden de ideas, estimó que solo se acreditaron 20.85 semanas en el año anterior, por lo cual tampoco cumpliría el requisito de las 26 semanas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora presenta recurso de apelación en el cual indica que los principios constitucionales enunciados artículos 1º, 2º, 4º, 13 y 53 sobre la condición más beneficiosa, a lo que hace alusión la Corte Constitucional en sentencia T-278 de 2016, en la que con base en el principio de la equidad concedió pensión de sobrevivientes a pesar que el causante no había reunido el requisito de las 50 semanas de cotización.

De otra parte, se debe estimar la relevancia de las 2 semanas que hacen falta frente a las 264 semanas que ha cotizado; de otra parte, que con base en la condición más beneficiosa, en esta providencia se dice que debe acudir al Acuerdo 049 de 1990 o a regímenes anteriores como la Ley 100 de 1993, sin tener en cuenta que cotizó a *Porvenir S.A.* entre 34 y 36 semanas, siendo que la Ley 100 de 1993 en su versión original, establecía 26 semanas para tener derecho a la pensión de sobrevivientes.

Señala que si bien no se hizo un estudio sobre los requisitos que estableció la Corte Constitucional para determinar si es una persona vulnerable, se aportó al plenario la documental del SISBEN, en el cual se da cuenta que es madre cabeza de familia, así como certificados de instrumentos públicos en los que consta que el causante no tenía propiedades; adicionalmente padece de afecciones cardíacas; se afecta además si mínimo vital, al depender del causante; finalmente fue diligente al adelantar las acciones legales pertinentes.

V. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico



Conforme a los argumentos expuestos en el recurso de alzada, el objeto del presente debate se centra en establecer si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes anhelada.

c. De la Causación de la Pensión

En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe precisar la Sala es que la pensión de sobrevivientes debe ser analizada a la luz de la norma vigente para la fecha de fallecimiento del causante. En tal media, como quiera que el señor *Luis Edigson Suárez Ladino* falleció el 13 de marzo del 2011, acorde se verifica en el certificado de defunción obrante a folio 6, la norma aplicable es la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificó la ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que respecta a los requisitos para causación de la pensión de sobreviviente se tiene que, en tratándose de afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como en el caso del causante, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, acorde lo prevé el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, serán los establecidos en el artículo 46 de la misma norma, que a su turno, fue modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, estableciendo:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: (...)

“2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)”

Ahora, al descender al caso sub examine, se evidencia en el reporte de semanas de folios 52 a 72 y 227 a 230, que el causante no logró cotizar las 50 semanas dentro del término trienal que exige la disposición normativa en cita, pues en efecto apenas cuenta con 48,52 semanas

Descartada la posibilidad de obtener la pensión de sobrevivientes con base en la Ley 797 del 2003, la Sala estudiará el principio de la condición más beneficiosa tal como lo hizo el *a-quo*, contemplado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del C.S.T., en aras de corroborar si le asiste el derecho a la parte actora.



Con fundamento en el principio señalado, el operador jurídico está facultado para inaplicar la norma nueva al caso concreto y en su lugar aplicar la norma más favorable contenida en la regulación inmediatamente anterior a la que se deja de aplicar, razón por la que corresponde estudiar el reconocimiento de la pensión, con base en la Ley 100 de 1993 en su versión original, conforme al criterio adocinado y zanjado por nuestro máximo órgano de con Radicación No. 32642 de 6 de diciembre de 2008 y en sentencia con Radicación No. 38674 del 25 de junio de 2012, en la cual puntualizó:

*“«Como atrás quedó explicado, para poder aplicar el principio de la condición más beneficiosa de acuerdo con el criterio jurisprudencial que se está fijando, es necesario que **el afiliado cumpla con la densidad de semanas de la norma inmediatamente precedente en las hipótesis que se han señalado**, para este caso en particular el **artículo 39 de la Ley 100 de 1993**, que es la disposición que fue modificada o remplazada por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, no siendo en consecuencia cualquier otra norma anterior. En sentencia del 9 de diciembre de 2008 radicado 32642, al respecto se especificó que “no es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, **sino la que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable** conforme a las reglas generales del derecho»” (resalta la Sala).*

Así mismo, se tiene que mediante sentencias SL2358 del 2017 y SL4350 del mismo año, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, puntualizó que la condición mas beneficiosa solo resultaría aplicable, siempre y cuando el afiliado o pensionado fallezca entre el periodo comprendido del 29 de enero del 2003 al 29 de enero del 2006, con ocasión al tránsito legislativo, postura que fue reiterada en sentencia SL-1663 del 2020, recientemente citada en la providencia SL-4230 del 2020, en la cual expresó:

“Como quedó establecido con anterioridad, el afiliado [...] falleció el 6 de mayo de 2007, es decir, por fuera del límite temporal para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa que ha dispuesto esta Sala de Casación (SL2358-2017 y SL4650-2017), criterio que fue reiterado recientemente, sentencia SL1673-2020, en la que sobre tal aspecto dijo:

“Como se recuerda la condición más beneficiosa es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la



reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal.

“Sin perder de vista lo precedente, y una vez analizada la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, brota espontánea una primera conclusión: el legislador jamás pretendió perpetuar las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que regulan la pensión de sobrevivientes, y si bien con la condición más beneficiosa debe respetarse o mejor resguardarse los hechos denominados por la doctrina foránea «intertemporales» que se generan con personas que tienen una situación jurídica concreta, ello no puede llevar a mantener, per secula seculorum, la protección de «“derechos” que no son derechos», en contra posición de la nueva ley que ha sido proferida honrando la Constitución Política.

“De suerte que, a falta de normatividad expresa, el principio de la condición más beneficiosa emerge como un puente de amparo construido temporalmente para que transiten, entre la anterior y la nueva ley, aquellas personas que, itérese, tienen una situación jurídica concreta, con el único objetivo de que, en la medida que lo recorren, paulatinamente vayan construyendo los «niveles» de cotización que la normativa actual exige.

“Pero ¿cuál es el tiempo de permanencia de esa «zona de paso» entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003? Bueno, para la Corte lo es de tres años, tiempo este que la nueva normativa (Ley 797 de 2003) dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de semanas de cotización-50- y una vez verificada la contingencia de la muerte los causahabientes puedan acceder a la prestación correspondiente.

“Con ese fin, se obtiene un punto de equilibrio y se conserva razonablemente por un lapso determinado- tres años-, los «derechos en curso de adquisición», respetándose así, para determinadas personas, las semanas mínimas establecidas en la Ley 100 de 1993, «con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición», cual es, la muerte.

“Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.



“No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

“Así las cosas, la postura actual de la Sala Laboral de la Corte únicamente admite la aplicación del principio de la condición más beneficiosa respecto de la norma inmediatamente anterior y como se dijo bajo el cumplimiento de una serie de condiciones necesarias.

“Sin embargo, en el presente caso, no se dan las circunstancias para la aplicación de la norma legal anterior, artículo 46 de la Ley 100 de 1993, bajo el principio de la condición más beneficiosa, según el criterio jurisprudencial reseñado, puesto que no es motivo de controversia que el deceso del afiliado ocurrió el 6 de mayo de 2007, esto es, por fuera de la temporalidad máxima establecida en la jurisprudencia atrás citada, para acceder a la pensión de sobrevivientes bajo el referido principio en el tránsito de la Ley 100 de 1993 a la Ley 797 de 2003. En consecuencia, el caso – contrario a lo concluido por el colegiado - estaba regido en un todo por esta última normativa.”

Criterio este que ha sido acogido por la Sala, la cual no encuentra razones suficientes para apartarse de la misma y aplicar la sentencia de tutela citada por el recurrente en la alzada, misma que por demás, únicamente tiene efectos *inter partes*.

Siendo ello así, dado que en el presente juicio el causante falleció el 13 de marzo del 2011 (Fl 6), diáfano resulta colegir que no se dio dentro del interregno de tiempo señalado por la jurisprudencia en cita y por lo tanto, le resulta inaplicable el principio de la condición más beneficioso anhelado.

Argumentos en orden a los cuales se logra establecer que los planteamientos de la censura, no tiene la potestas de quebrar la decisión primigenia.

Por las razones expuestas se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de febrero del 2020, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso de la referencia, pero con fundamento en los argumentos que fueren expuestos por esta Sala dentro de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 05 033 2017 00 801 00
Demandante: ANA ELVIA ROA BECERRA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Sería el caso, entrar a reconocerle personería adjetiva al doctor Iván Darío Blanco Rojas identificado con C.C No 80.221.256 de Bogotá y T.P No 205.113 del C.S.J., de no ser porque constata el despacho que al mismo ya se le reconoció personería jurídica en primera instancia, y viene fungiendo como apoderado de Colpensiones, razón por la cual el despacho no accederá a la solicitud.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Ana Elvia Roa Becerra*, formuló demanda en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de la *AFP PORVENIR*, fundamentada esta pretensión en la falta de información que se le otorgó por parte del fondo privado al momento de hacer el traslado.

Por consiguiente, se ordene a *Porvenir S.A.* trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a su vez, se ordene a *Colpensiones* recibirla sin solución de continuidad en el



Régimen de Prima Media con Prestación Definida, procediendo con la corrección y actualización de su historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo la demandante que nació el 23 de junio de 1960, afiliándose al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por intermedio del antiguo *Instituto de Seguros Sociales* desde el 1 de febrero de 1981 hasta el 30 de septiembre de 1993; en octubre de 1993 y hasta el 8 de octubre de 1995 empieza a cotizar en la Caja Nacional de Previsión; para finalmente, en noviembre de 1995, trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP *Porvenir S.A.*

Con respecto a dicha afiliación, alega la demandante que tiene vicios del consentimiento, puesto que, al momento de trasladarse, no contó con la información suficiente para determinar si le convenía o no afiliarse a la AFP. Señala asimismo, que el 23 de junio de 2017 cumplió el requisito de edad para pensionarse, razón por la cual solicitó una proyección pensional a la AFP *Porvenir S.A.*, en la que se evidenció que la mesada más alta que le puede ofrecer la AFP demandada la lograría cotizando por 4 años adicionales, y ascendería solamente a un monto de \$3'780.000, monto que fue comparado con el valor de la mesada pensional que devengaría si se hubiese mantenido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por *Colpensiones*, el cual asciende a la suma de \$7'960.500; la accionante aduce que al momento de afiliarse a los fondos privados no le comentaron sobre las desventajas de trasladarse de régimen.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Argumenta que la demandante realizó el traslado durante su vinculación a CAJANAL, hoy UGPP, por lo cual es a dicha entidad a la que se le debe solicitar el traslado; asimismo, argumenta que la afiliación a la AFP *Porvenir S.A.*, realizada por la parte actora, fue libre y voluntaria, pues fue ella misma quien decidió firmar el formulario de afiliación y permaneció afiliada en dicho fondo por más de 24 años, lo que se constituye en una manifestación del ánimo de permanencia.

Formuló las excepciones de error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la denominada innominada o genérica.



Porvenir S.A. se opone a la totalidad de las pretensiones; considera que la afiliación realizada por la señora *Ana Elvia Roa* a la AFP no tiene ningún vicio del consentimiento, y, por el contrario, fue libre y voluntaria, pues el acto jurídico de la afiliación cumple con todos los requisitos de ley para que este sea válido, indicando además que todos los asesores encargados de brindar la información a quienes estén interesados en realizar el traslado de régimen, son personas completamente capacitadas y preparadas por la misma AFP con el fin de que brinden información completa a los potenciales afiliados.

Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 20 de noviembre de 1995 a través de *Porvenir S.A.*, por lo que la condenó a remitir a *Colpensiones* el valor de todos los dineros existentes en su cuenta individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, incluidas las comisiones y gastos de administración que se generaron durante dicha afiliación.

Para arribar a dicha conclusión, el juzgador argumenta que la demandada *Porvenir S.A.* no acreditó haber cumplido a cabalidad con el deber de información a la hora de asesorar a la accionante respecto a las implicaciones que tendría trasladarse de régimen, y que el formulario de afiliación por sí solo no constituye un consentimiento informado, siguiendo de esta forma los lineamientos legales y precedentes jurisprudenciales que han tratado este tema ampliamente.

Indicó igualmente, respecto a *Colpensiones*, que si bien la demandante se encontraba afiliada a CAJANAL al momento de realizar el traslado, que las obligaciones de dicha entidad pasaron a estar en cabeza de la UGPP, no puede perderse de vista que la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida pasó en su totalidad a estar a cargo de *Colpensiones*.



Si bien en las pretensiones se solicitaba la nulidad del traslado de régimen pensional, el juez declaró su ineficacia, cuyos efectos implicarían determinar que la relación entre la actora, *Ana Elvia Roa*, y la *AFP Porvenir S.A.*, jamás existió.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A inconforme con la decisión, la apeló. Solicitó que se revoque la sentencia en su totalidad, aduciendo que a la accionante no le asiste el derecho al traslado de régimen pensional, toda vez que es una persona plenamente capaz y consciente de que al momento de perfeccionar un acto jurídico, se debe indagar sobre todas las posibles consecuencias de este, además, indica que la señora trabajó con el Grupo Aval, y que, si bien no conoce temas de derecho laboral, sí debería conocer de temas financieros, dentro de los cuales está contemplado todo lo relativo a los regímenes pensionales.

Argumenta también que el hecho de haber permanecido vinculada a la AFP durante todo este tiempo muestra que la actora tenía ánimo de permanecer en este fondo. Que el fallo del *a-quo* constituye una violación al principio de Sostenibilidad Financiera, condenando además a la devolución de los gastos de administración, lo que constituye un enriquecimiento sin causa en favor de la accionante y de *Colpensiones*.

Por otra parte que se debe reevaluar la condena en costas; y, finalmente, que de ser confirmatorio el fallo, se ordene a la parte actora devolver todos los rendimientos, de manera indexada, que se generaron de su cuenta de ahorro individual, a efectos de dispensar las restituciones mutuas.

Colpensiones apeló igualmente la sentencia. Solicita que sea revocada por cuanto no se puede acoger la línea jurisprudencial con respecto a la inversión de la carga de la prueba, en tanto la demandante, no tenía ninguna expectativa legítima ni se encontraba bajo el régimen de transición, y no demostró la demandante ningún vicio de consentimiento o falta de información.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo consagrado tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen



pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela



STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allega a folio 12 del expediente digital el formulario por medio del cual la señora *Ana Elvia Roa* realiza su traslado de régimen a la *AFP Porvenir*, con fecha del 20 de noviembre de 1995; si bien en el formulario se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en que el hecho de que en formulario de afiliación se indique que ésta es libre y espontánea, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber*



de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte, la accionante no confesó que se le haya suministrado la información respectiva; por el contrario, indicó que la información fue insuficiente pues nunca se le informó sobre la posibilidad de que su mesada pensional fuera considerablemente inferior a la mesada que le hubiese reconocido el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, situación que motivó a la demandante a instaurar la demanda; tampoco aportó la AFP prueba alguna que dé cuenta del cumplimiento de tal deber por la misma, motivo por el cual le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Teniendo en cuenta lo anteriormente enunciado, no son de recibo los argumentos del apoderado de *Colpensiones* respecto a que no se evidencia que en el presente caso se pueda dar aplicación de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia relativa a la inversión de la carga probatoria, debido a que, si bien el formulario acredita un consentimiento libre de vicios, no acredita un consentimiento informado.

El apoderado de *Porvenir S.A.* aduce que la señora *Ana Elvia Roa*, con ocasión de su profesión y por el hecho de haber trabajado con el Grupo Aval, debería conocer de temas financieros, dentro de los cuales se contempla todo lo relativo al funcionamiento del Sistema de Seguridad en Pensiones, y que este hecho significa que la accionante sí tenía conocimiento de cómo funcionaba el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; no obstante, y teniendo en cuenta lo anteriormente citado, esta situación no acredita que la AFP demandada haya acatado el deber de información, por lo que dicho argumento no será de recibo para la Sala.

Respecto a la inconformidad de *Porvenir S.A.* con respecto a la devolución de los gastos de administración y los rendimientos financieros, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de



vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la señora *Ana Elvia Roa*.

En igual sentido, estima la Sala que no resulta procedente disponer que sea la parte accionante quien retorne los rendimientos del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual, ello en tanto jamás ha estado en su poner ni es factible trasladar a la afiliada las cargas que provienen del incumplimiento del deber de información por parte de la AFP, quien en todo caso, deberá responder de su patrimonio por los perjuicios irrogados frente a la sumas que señala no puede retornar a *Colpensiones*.

De igual manera, aduce *Porvenir S.A.* que la decisión tomada por el *a-quo* vulnera el principio de sostenibilidad financiera, al respecto, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464 de 2019, ha señalado lo siguiente:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen



ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Así las cosas, no se observa vulneración alguna al principio de sostenibilidad financiera en el fallo de primera instancia, pues la AFP devolverá a Colpensiones todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, teniéndose en cuenta los requisitos de edad y las semanas cotizadas, independientemente de si ha estado cotizando a un fondo público o a un fondo privado; el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado a su fondo provenientes de la afiliación de la señora *Ana Elvia Roa* al Régimen de Prima Media con Prestación Definida emana justamente del hecho de que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación a la AFP *Porvenir* jamás existió.

Ahora bien, con respecto a la prescripción, dicha excepción no es procedente en las acciones de ineficacia de traslado, así lo ha dicho el máximo órgano de cierre en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, “la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Finalmente, debe acotarse que ha de mantenerse en firme la condena en costas impuesta por el *a-quo* a *Porvenir S.A.*, por haber resultado vencida en el proceso, cuyo monto deberá impugnarse en la oportunidad procesal pertinente regulada por el C.G.P.



Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

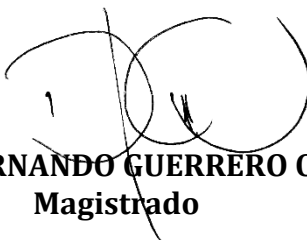
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

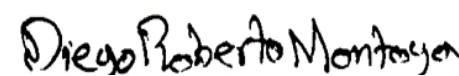
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

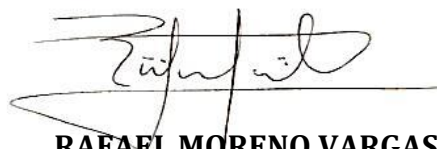
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **14 2018 00509 01**
Demandante: CLARA RITA CUBILLOS CARREÑO
Demandado: MARIA CONSUELO CHIAPE PULIDO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 26 de febrero del 2020 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Clara Rita Cubillos Carreño*, instauró demanda ordinaria en contra de *María Consuelo Chiape Pulido* a efectos de que se declare que entre las partes existió un contrato del 2 de junio de 1977 al 14 de mayo del 2017, última data en la que fue despedida sin justa causa. Como consecuencia de ello, solicita se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto, el auxilio de cesantías, intereses moratorios, prestaciones sociales, compensación de vacaciones, indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, los incrementos salariales, los aportes al Sistema General de Seguridad Social, la indexación de las sumas adeudas, así como las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que fue vinculada de forma verbal como empleada doméstica del 2 de junio de 1977 al 14 de mayo del 2017; cumpliendo un horario de 5:00 a.m a 9:00 p.m, como empleada interna inicialmente, y posteriormente, como empleada doméstica externa de 6:00 a.m a 8:00 p.m, en un horario de lunes a domingos, incluyendo los festivos.



Precisa que entre 1977 y el 2 de junio de 1982 percibió un salario inferior al mínimo legal mensual vigente, con descuentos superiores al 30%; posteriormente, entre el 3 de junio de 1982 y finales del 2016, percibió el salario mínimo legal mensual vigente, y, finalmente, el último salario ascendió a \$1.000.000.

Finalmente, explica que fue despedida sin justa causa el 14 de mayo del 2017, procediendo a citar a la demandada ante el Ministerio de Trabajo, pese a lo cual, la demandada no compareció.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, precisando que, durante el periodo de tiempo enunciado por la demandante, laboró para diferentes empleadores, conforme se acredita en la historia laboral.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, inexistencia de relación laboral y falta de pruebas que demuestren una relación laboral durante el tiempo que se alegue por el demandante.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de febrero del 2020, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo del 31 de diciembre de 1981 al 1° de mayo del 2017; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los derechos causados y no reclamados con anterioridad al 18 de octubre del 2014, salvo el auxilio de cesantías y aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; condenó a la demandada al pago de \$17.146.055,74 por concepto de auxilio de cesantías; \$192.957 por concepto de intereses de cesantías; \$619.322,16 por concepto de prima de servicios; \$1.098.880 por concepto de compensación de vacaciones; una suma diaria de \$24.590,50 desde el 2 de mayo del 2017 y hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales a título de indemnización moratoria; así como a trasladar a *Colpensiones* los aportes correspondientes a la pensión; absolvió a la



demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandada.

El *a-quo* arribó a dicha conclusión, aduciendo que de las manifestaciones de los declarantes se puede concluir que en efecto la señora *Clara Rita Cubillos Carreño* prestó sus servicios personales como empleada doméstica en beneficio de *María Consuelo Chiape Pulido* de manera personal y continua, desarrollando sus labores de cuidado del hogar y de los hijos de la empleadora, servicio que fue permanente y no ocasional.

Situación de la que además dieron fe personas cercanas a su entorno, como el señor *Luis Ernesto Rodríguez Díaz*, quien fungió como conductor de los padres de la demandada desde 1991 hasta el año 2019, al igual que la deponente *Ana Elvira Castellanos Reyes*, quien laboró al servicio de la hermana de la aquí demandada y de manera conjunta con la demandante en el hogar de señora *María Consuelo Chiape* en el año 1993; el señor *Julio Melo Monroy*, cónyuge de la accionante, como quiera que señaló que la recogía en la residencia de la demandada luego de terminar sus labores.

Asimismo, quedó demostrado con las declaraciones del señor *Fernando Gómez Cabal*, cónyuge de la señora *María Consuelo Chiape*, quien además figura como empleador aportante de la demandante en el reporte de cotizaciones emitido por Colpensiones visible a folios 30 a 40, situación que permite deducir que como beneficiario de las labores del hogar en que ejecutaba la demandante, sufragó en retribución del servicio prestado el pago de los aportes en pensiones en los periodos discriminados en el citado reporte, por lo menos mientras estuvo vigente su relación de pareja, según dan cuenta los dichos de los declarantes.

Así entonces, la demandante prestó sus servicios como empleada doméstica en lugar de residencia de la señora *María Consuelo Chiape*, disponiendo las condenas antes esbozadas.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte convocada a juicio en su recurso de alzada expresó que no se dieron los esquemas laborales, no se probó por parte del trabajador de manera individual y



exclusiva el trabajo por parte de la demandante hacia la demandada, por lo que se ratifica en los medios exceptivos.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, atendiendo lo expuesto por la parte promotora en el recurso de alzada, se tiene por sentado que la controversia gira en torno a establecer si entre las partes medio una relación laboral.

a. Del Vínculo Laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga



probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si la labor desarrollada por la demandante empleada doméstica estuvo sujeta a un contrato de trabajo como lo adujo la libelista.

Para tales efectos, procedió la Sala a realizar un análisis integral de los medios probatorios arrojados a la presente litis dentro de los cuales se aporta una publicación efectuada por *María Fernanda Escallón* en la que aparece un agradecimiento a la demandante, registro fotográfico en el que aparece la demandante en el desarrollo de sus labores en el hogar de la demandada (Fls 7 a 10) y un resumen de las semanas cotizadas por la demandante a Colpensiones en el cual se puede verificar que durante el periodo comprendido entre el 2 de junio de 1977 y el 2017, realizó cotizaciones entre 1992 y 2009 a través de Gómez Cabal Cia Ltda, Fernando Gómez Cabal, Coopfuturo 3000 CTA y Tavarua Acquisitions.

Así mismo, fueron evacuados los testimonios de *Luis Ernesto Rodríguez Díaz*, quien fue conductor de los padres de la demandada entre los años 1991 y 2019, por lo que aduce constarle que la demandante laboró todo el tiempo para la demandada *María Consuelo Chiape*, actividad que aduce desarrollaba en el apartamento de la demandada ubicado en la carrera 11 diagonal 109-11, lugar en que le consta que trabajó para la accionada como empleada del servicio doméstico, inicialmente como interna y posteriormente por días, lo que le consta por cuanto acudía regularmente a dicha residencia, en 2 o 3 oportunidades por semana, actividad que aduce desarrolló la promotora hasta el año 2017.

A su turno, la deponente *Ana Elvira Castellanos Reyes* expuso que conoció a la demandante, por cuanto laboró para *María Luisa Chiape*, hermana de la demandante por un interregno de 18 años, desde 1988; y además, laboró un año en la casa de la convocada a juicio durante el año 1993, razón por la cual le consta que la libelista trabajó con la hoy demandada como empleada del servicio doméstico. Precisa que el señor *Fernando Cabal* era el cónyuge de la demandada *María Consuelo Chiape*, y que durante el tiempo que ella laboró, fue afiliada al Sistema Integral de Seguridad Social por intermedio de la empresa.



De otra parte, *Julio Melo Monroy*, quien afirmó ser cónyuge de la accionante *Clara Rita Cubillos*, asevera constarle que la demandante laboró para la pasiva, pues él la acompañaba al tomar el transporte en horas de la mañana, y la recogía en las tardes entre las 4:00 p.m y la 5:00 p.m, aproximadamente desde el año 1985; precisa que el señor *Fernando Cabal* era el cónyuge de la demandada, quien la afilió al Sistema Integral de Seguridad Social durante varias anualidades.

De lo indicado en líneas precedentes, logra corroborar la Sala, sin asomo de duda alguno, que a través de los testimonios vertidos por los señores *Luis Ernesto Rodríguez* y *Ana Elvira Castellanos Reyes*, quedó plenamente demostrado que la demandante prestó de forma personal sus servicios como empleada de servicio doméstico para la señora *María Consuelo Chiape Pulido*, dando lugar a que se activara la presunción legal del vínculo laboral prevista en el artículo 24 del C.S.T, misma que no fue derruida de forma alguna por la parte convocada a juicio.

Siendo del caso aclarar que si bien el argumento central para desacreditar la existencia del contrato de trabajo, recayó en que en la historia laboral de la demandante aparecía reflejado que la promotora había realizado los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones a través de diversos empleadores, lo cierto es que del 5 de octubre de 1992 al 1° de noviembre de 2006, los referidos aportes fueron realizados a través del señor *Fernando Gómez Cabal* y la empresa *Gómez Cabal Cia Ltda.*, quien conforme lo explicado por los testigos, era el cónyuge de la señora *María Consuelo Chiape Pulido*, circunstancia que lejos de desacreditar la subordinación, permite entrever que el cónyuge de la demandada, en virtud de los servicios prestados por la promotora a la familia, realizó el consecuente pago de los aportes a seguridad social, confirmando así el vínculo de la relación laboral.

Ahora, aún si en gracia de discusión se tuviera por acreditado, aunque no lo está, que dichos aportes se generaron con sujeción a otra relación laboral entablada por la demandante con el señor *Fernando Gómez Cabal*, lo cierto es que ello puede acaecer por la coexistencia de contratos de trabajo conforme lo dispuesto en el artículo 26 del C.S.T, luego ninguno de los aportes efectuados mediante dicha persona, ni a través de *Gómez Cabal Cia Ltda.*, *Fernando Gómez Cabal*, *Coopfuturo 3000 CTA* y *Tavarua Acquisitions* tiene la potestad de desvirtuar la existencia de la relación laboral acreditada en el presente juicio.



Dimana de las explicaciones precedentes que, entre las partes en el presente juicio, si existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo entre el 31 de diciembre de 1981 y el 1º de marzo del 2017, extremos laborales no impugnados en la alzada, como de forma acertada fue determinado por el fallador en primera instancia.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

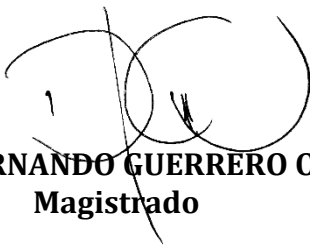
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

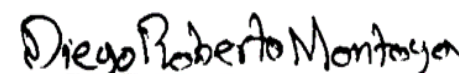
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de febrero del 2020 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

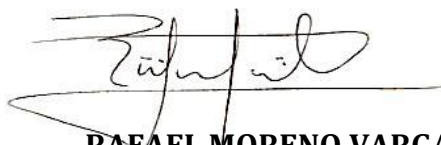
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 30 2018 00271 01
Demandante: HUGO FERNEY CELIS SOTELO
Demandado: COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN SERDÁN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Hugo Ferney Celis Sotelo*, promovió demanda ordinaria en contra de la *Compañía de Servicios de Administración S.A. – SERDÁN S.A.*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo en las siguientes condiciones:

(i) Un primer contrato por duración de la obra o labor contratada por el periodo comprendido entre el 8 de mayo de 2013 y el 2 de agosto de 2015, desempeñando el cargo de *Front Office*, prestando los servicios en misión.

(ii) Un segundo contrato por duración de obra o labor contratada por el periodo comprendido entre el 2 de agosto de 2015 y el 30 de noviembre de 2016, desempeñando el cargo de *Quality*; y

(iii) Un tercer contrato por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2016 y el 2 de febrero de 2018, desempeñando el cargo de *Team Front Office*.

Asimismo, se declare que las condiciones laborales y disponibilidad generaron la obligación del pago y reconocimiento de horas extras laboradas y efectivamente causadas, así como que las condiciones de continuidad debían ser mantenidas en concordancia con el desarrollo de actividades; que las bonificaciones o comisiones pagadas son factor salarial; que las cláusulas contrarias a derecho contenidas en los



contratos laborales emanados por el empleador son ineficaces, y que el contrato fue culminado por la pasiva injustificadamente.

Por consiguiente, se condene a la demandada al pago de horas extras, horas extras nocturnas, horas extras dominicales y festivas para los años 2013 a 2018, el pago de la sanción por despido sin justa causa, reliquidación del salario con inclusión de las horas extras, y al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 8 de mayo de 2013 en el cargo de *Front Office*, cargo que desempeñó hasta el 2 de agosto de 2015 por medio de un contrato por duración de la obra o labor contratada, siendo ascendido desde el 2 de agosto de 2015, hecho que solo fue formalizado hasta el 1º de enero de 2016, desempeñando el cargo de *Quality*.

Que en el mes de mayo, a través de otro sí se le asignó una bonificación mensual, siendo ascendido nuevamente el 30 de noviembre de 2016 en el cargo denominado *Front Office Team Leader*, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre de 2016. Puntualizó que su contrato fue culminado sin justa causa el 2 de febrero de 2018, así como que su último salario fue por valor de \$3.000.000.

Que el salario tuvo una compensación que el empleador denominó variable para todos los contratos, y para el último contrato fue denominada como bonificación de mera liberalidad por valor de \$200.000, los cuales no serían constitutivos de salario, pero sin que se hubiese negociado ninguna variación o negociación contractual.

Señaló que el cargo de *Team Leader Front Office*, fue desempeñado en debida forma, además que el empleo se tenía que suplir para la empresa *Huawei Technologies Colombia*, la que le estaba brindando los servicios al cliente ETB, por lo que la demandada dispuso una disponibilidad de 24 horas durante los siete días de la semana, la que se daba incluso para los periodos de vacaciones e incapacidades, y de no realizarse lo de su cargo, se consideraba como falta grave.

Que dentro de sus jornadas laborales, estaba encargado de la vigilancia y supervisión de las plataformas del proyecto ETB universal, así como de liderar el equipo de soporte, capacitación, control y novedades del área de la que era encargado, entre varias actividades más. Que para el pleno ejercicio del cargo y satisfacción del empleador, se estableció un ingreso a laborar en las instalaciones de la ETB Corferias, luego de ello siempre debería estar presto a contestar el celular de domingo a domingo durante las 24 horas del día, corporativo suministrado por la empresa con el fin de despejar todas



las dudas operativas, o de acceder al sistema desde el computador entregado por la pasiva.

Indicó que la demandada evadió los beneficios laborales que le correspondían por ley, respecto de los recargos por horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, en los que efectivamente utilizó sus servicios con disponibilidad de 24 horas diarias, al igual que la demandada lo citó a diligencia de descargos el 2 de febrero de 2018, para que argumentara los incumplimientos de sus obligaciones laborales, más exactamente por los hechos presentados desde el día 2 de enero de 2018, cuando según la citación faltó injustificadamente, sin que se le hubiese otorgado ninguna garantía laboral, de ahí que se le despidió a pesar de tener justificada su ausencia.

Por último, destacó que en la liquidación final de prestaciones sociales, se le desconocieron pagos suplementarios y horas extras, a pesar de las largas jornadas laborales en las que se veía sometido, pues incluso tuvo que trabajar encontrándose incapacitado, como tampoco se tuvo en cuenta el salario realmente devengado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Adujo que, el actor tuvo dos contratos de trabajo diferentes, el primero de obra o labor contratada por el periodo comprendido entre el 8 de mayo de 2013 y el 30 de noviembre de 2016, y el segundo comprendido entre el 1 de diciembre de 2016 y el 2 de febrero de 2018, sumado a que el cargo de *Front Office* lo ocupó desde el 8 de mayo de 2013, el de *Quality Assurance* desde el 1º de enero de 2016, y el de *Front Office Leader* desde el 1º de diciembre de 2016 y bajo el segundo contrato de trabajo.

Que el cargo de *Front Office Leader* era de dirección, confianza y manejo, por lo que el demandante no estaba sometido a jornada máxima de trabajo, adicional a que tenía una jornada diaria de ocho horas y cuarenta y ocho semanales.

Sostuvo que al haber suscrito dos contratos de trabajo diferentes, no puede entenderse una continuidad contractual conforme lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y que en cada contratación se liquidó y pagó lo que por ley le correspondía.

Expuso que, en vigencia del primer contrato de trabajo, se pactó el 22 de agosto de 2014 un auxilio extralegal y extrasalarial de transporte de \$100.000 mensuales, siendo que, al 10 de mayo de 2016, se decidiera eliminar la causación de dicho beneficio. De otro lado, en el segundo contrato de trabajo, se pactó una bonificación extralegal y extrasalarial de \$200.0000, que simplemente en nómina y a efectos del pago de esta



bonificación se denominó compensación variable o bonificación de mera liberalidad no salarial, sin que se hubiese pactado alguna comisión.

Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones, despido por hechos constitutivos de justa causa, pago, cumplimiento de la demandada de las obligaciones, cargos de dirección, manejo y confianza, no orden de laborar fuera de la jornada ordinaria, buena fe, mala fe de la parte actora, naturaleza no salarial de beneficios y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de febrero de 2020, declaró que entre las partes existieron dos contratos de trabajo por obra o labor determinada, el primero desde el 8 de mayo de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2016, y el segundo desde el 1º de diciembre de 2016 hasta el 2 de febrero de 2018, último que finalizó por justa causa.

Por consiguiente, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de \$1.998.401.62 por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, \$76.800.000 por el pago de la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del C.S.T., a razón de veinticuatro (24) meses contados desde el 3 de febrero de 2018 hasta el 2 de febrero de 2020, y a partir del 3 de febrero de 2018 la cancelación de intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera, hasta cuando se haga efectivo el pago de reliquidación ordenada. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la encartada y la absolvió de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar manifestó que, del caudal probatorio arrimado al plenario, se pudo advertir que entre las partes existieron dos contratos de trabajo por los extremos referidos en precedencia, en el primer contrato se pactó un salario de \$1.800.000, el segundo con una asignación salarial mensual de \$3.000.00, y en su cláusula vigésima quinta, se consignó que el trabajador recibiría una bonificación por mera liberalidad por la pasiva que no constituía salario de carácter prestacional por valor de \$200.000, vínculos debidamente establecidos como de obra o labor a la luz de la jurisprudencia emanada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En lo que concierne al tema de los salarios, frente al primer contrato concluyó que se había consignado por la suma de \$1.800.000, pues si bien se pactó un pago extralegal por valor de \$100.000 a partir del 1º de agosto de 2014, y que se consignó entre las partes en el otro sí adiado el 22 de agosto de 2014, claramente se determinó que correspondía a un auxilio extralegal de transporte, de ahí que este emolumento no



constituyera factor salarial ni prestacional, máxime si se suspendió a través de la firma del otro sí suscrito el 10 de mayo de 2016; con posterioridad, dicho salario fue modificado a la suma de \$2.500.000, valor que fue reconocido por la pasiva.

Con relación al segundo contrato de trabajo, fue suscrito como de obra o labor contratada, con la finalidad de desempeñar una ejecución con unas actividades necesarias, especiales y propias del cargo, para el contrato comercial FPA6061 del proyecto suscrito con ETB Universal, en el cual en su cláusula vigésima quinta se estableció el pago denominado bonificación por mera liberalidad en valor de \$200.000 no constitutiva de salario para ningún aspecto laboral, indemnizatorio ni parafiscal de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990.

Que en tal sentido, la bonificación en la suma de \$200.000 referidos, constituyó salario al tenor de lo establecido en los artículos 127 y 128 del C.S.T., toda vez que se cancelaron de manera periódica como dan fe los diferentes desprendibles de nómina, máxime si no se demostró en juicio que el valor referido hubiese sido con la finalidad que el demandante desempeñara a cabalidad sus funciones, por lo que concluyó que el salario base del señor *Hugo Ferney Celis Sotelo* ascendió a la suma de \$3.200.000.

En lo referente a la pretensión del pago de horas extras y trabajo suplementario, la denegó por cuanto según lo adoctrinado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las mismas debieron ser probadas por el demandante, aspecto que no se demostró.

Frente a la sanción por despido sin justa causa, consideró que la motivación del finiquito efectuada por la pasiva en la carta de terminación adiada el 2 de febrero de 2018, se ajustó a una justa causa comprobada como lo fue el ausentismo injustificado a trabajar por parte del demandante, la cual se encontraba consignada en el Reglamento Interno de Trabajo.

Seguidamente, puntualizó que con ocasión a la reliquidación salarial, reiteró que el primer contrato de trabajo por obra o labor contratada suscrito entre las partes, fue debidamente culminado, cancelándose los derechos laborales que le asistían al demandante. Con relación al segundo vínculo contractual, al haber incluido como factor salarial el monto de los \$200.000 de la bonificación salarial denominada como de mera liberalidad, fue por lo que fulminó condena por los montos ya enunciados.

En lo que atañe la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., indicó que esta sanción no se aplica de manera automática, sino que por el contrario se debe analizar la mala fe de empleador, concluyendo que en el asunto que no operó, ya que en virtud a que la cláusula de mera liberalidad constituyó salario, presumió tal aspecto



como un asunto de mala fe y en tal sentido, fulminó condena por esta pretensión, atendiendo a que el salario diario del actor ascendió a la suma de \$106.667.

Negó la indexación de las sumas adeudadas al haberse condenado a la indemnización moratoria.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada inconforme con la decisión la apeló. Para lo de su cargo manifestó que, se pactó con el demandante de manera clara, expresa y al tenor de lo preceptuado en el artículo 128 del C.S.T., que fue subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, una bonificación de mera liberalidad y carácter extralegal, de ahí que a pesar que la cláusula no goce de denominación, no le quita el carácter de desalarización y menos le puede quitar efectividad a la voluntad de las partes cuando el citado artículo 128 ha referido de manera expresa que las partes tienen la facultad de pactar beneficios extralegales y extrasalariales, por lo que el fallo debe ser absolutorio sobre este tópico.

Que si bien las partes pactaron dicha cláusula, esa situación no puede ser entendida de mala fe, iterando que siempre estuvo convencida que la cláusula no constituía salario, más aún si la cláusula tan solo difiere un valor de \$200.000, lo que conlleva a que existe una desproporción de la condena impuesta por la indemnización moratoria.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la cláusula vigésima quinta celebrada en el segundo contrato de trabajo suscrito entre las partes denominado obra o labor contratada, por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2016 y el 2 de febrero de 2018, fue constitutivo de salario atendiendo las reglas establecidas en los artículos 127 y 128 del C.S.T.

De prosperar el problema jurídico principal, se establecerá si es procedente el pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T.



c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre las partes se suscribieron dos contratos de trabajo por duración de la obra o labor contratada, el primero por el periodo comprendido entre el 8 de mayo de 2013 y el 30 de noviembre de 2016, y el segundo adiado entre el 1º de diciembre de 2016 y el 2 de febrero de 2018.

Tampoco fue objeto de reproche, que la cláusula celebrada entre las partes en el primer contrato de trabajo en cuantía de \$100.000, no constituyó salario.

De los pagos constitutivos de salario:

Así las cosas, confrontado el segundo contrato de trabajo que como ya se dijo, tuvo como extremo inicial el 1º de diciembre de 2016 y su finiquito sucedió el 2 de febrero de 2018, según da fe la copia del contrato y la carta de terminación del mismo, aunado a que el salario base estipulado fue por valor de \$3.000.000 (Fls. 16 a 18 y 24 a 25).

Ahora bien, el referido contrato de trabajo, en su cláusula vigésima quinta dispuso:

“El trabajador recibirá Una Bonificación por mera liberalidad por parte del empleador, el cual se determina no constitutivo de salario ni de carácter prestacional, por el valor de \$200.000, pagaderos en su cuenta de nómina mensualmente. PARÁGRAFO: La bonificación de \$200.000 mensuales que trata esta cláusula no tendrá naturaleza salarial para ningún efecto laboral, prestacional, indemnizatorio ni parafiscal, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, y el artículo 17 de la Ley 344 de 1996”.

En lo concerniente al verdadero origen de los pagos, se tiene que el artículo 127 del C.S.T. establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. Como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del C.S.T establece que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medio de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituye salario, serán excluidos.



La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, señaló:

“CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

“Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

“Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

“[...]

“LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

“Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

“[...] Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

“[...]



“LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

“Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

Descendiendo al caso de marras, y en atención a la interpretación jurisprudencial que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dado sobre los rubros como constitutivos de salario, más allá de las estipulaciones pactadas por las partes, debe efectuarse un análisis minucioso encaminado a determinar si en efecto los presuntos rubros son destinaciones directas que retribuyen el servicio.

En tal sentido, nótese que el Parágrafo de la cláusula objeto de discusión, si bien puntualiza que lo allí pactado por mera liberalidad no constituye salario, atendiendo la carga probatoria que le asiste al empleador para desvirtuar la constitución salarial de dicho pago, puede concluir la Corporación que no se dieron los presupuestos para la absolución de esta pretensión.

Ello por cuanto, no está demostrado que el pago se hubiese pactado con la finalidad que el actor en su calidad de trabajador lo utilizara para el desempeño de sus funciones, por el contrario, de los diferentes comprobantes de nómina allegados por la misma demandada (Fls. 212 a 223), se puede apreciar que la bonificación de mera liberalidad siempre fue reiterativa durante la vigencia del contrato de trabajo, de ahí que se entienda que esta bonificación fuese pagada directamente como retribución del servicio y por consiguiente, óbice de verdadero salario, pues se itera, no obra prueba que demuestre lo contrario; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado será confirmada por este puntualísimo aspecto, máxime si la encartada en nada reprocho el monto calculado por el *a-quo* frente a la reliquidación de prestaciones sociales, intereses a las cesantías y vacaciones.

De la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del C.S.T:

Como lo tiene establecido la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la imposición de la indemnización moratoria no se aplica de manera automática, sino que depende de la conducta justificativa del empleador referente a la buena o mala fe con la que actuara, tal como se precisara entre otras en sentencias Rad. 23657 del 29 septiembre 2005; SL10632-2014, Radicación 43915 del 12 de agosto de 2014; SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL7145-2015, Radicación No.



43621 del 3 de junio de 2015, y SL- 2148-2018, Radicación No. 61164 del 13 de junio de 2018.

En sentencia SL4566-2019, Radicación No. 68600 del 23 de octubre de 2019, señaló:

“Conviene no olvidar que la jurisprudencia laboral ha adoctrinado profusamente que la indemnización moratoria no surge de manera automática, sino que corresponde al juez dilucidar su procedencia; para ello, debe auscultar los medios de convicción adosados al expediente, en busca de verificar si el empleador demandado aportó prueba suficiente de la razonabilidad y probidad de su conducta omisiva o, en otros términos, de la buena fe que acompañó su comportamiento de cara al cumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo”.

De igual manera en sentencia SL4028-2020, Radicación No. 74797 del 20 de octubre de 2020, señaló:

“Tal afirmación de la recurrente resulta desacertada, pues como bien lo afirmó el colegiado, para determinar la procedencia de los conceptos antes señalados, es necesario evaluar las circunstancias particulares de cada caso, y constatar desde el punto de vista probatorio si el comportamiento del empresario estuvo revestido de buena o mala fe y si existieron motivos serios y razonables para que omitiera el pago de las acreencias laborales.

“De ahí que la aplicación de este tipo de consecuencias no es una respuesta automática a la evidencia de un verdadero contrato de trabajo, y en esa medida, no es posible establecer reglas absolutas en torno a su causación. Esta corporación no ha establecido dicho tipo de reglas o parámetros generales, como lo sugiere la recurrente. En sentencia CSJ SL5628-2019 se explicó lo siguiente:

“No obstante, lo anterior, conocido es que esta Sala de la Corte, en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y de crear jurisprudencia, ha sostenido de manera reiterada y pacífica que la indemnización por mora establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no es de imposición automática, en la medida en que dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen la omisión del empleador que lo ubique en el terreno de la buena fe.

“Se ha puntualizado que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos a la hora de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, dado que es su deber examinar las condiciones particulares en cada caso y con arreglo a ellas, definir lo pertinente. Es decir, además de que la sanción por mora no debe imponerse de manera automática e inexorable, tampoco puede excluirse en forma mecánica cuando se presentan supuestos de hecho que válidamente pueden analizarse como de buena fe. (CSJ SL2374-2018, rad. 76649). (Subraya la Sala).

“[...]”

“Así, pues, en materia de la indemnización moratoria no hay reglas absolutas que fatal u objetivamente determinen cuando un empleador es de buena o de mala fe. Sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro. En ese sentido se pronunció igualmente la Corporación en providencia del 30 de mayo de 1994, con radicación 6666, en la cual dejó consignado que: ‘Los jueces laborales deben entonces valorar en cada caso, sin esquemas preestablecidos, la conducta del



empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios y atendibles que lo exoneren de la sanción moratoria...’.

Ahora bien, valga la pena recordar que el *a-quo* sintetizó esta condena en el entendido que al haber constituido salario la cláusula pactada por las partes era procedente el pago indemnizatorio.

Contrario a lo allí decidido, confrontado el caudal probatorio, la Sala logra concluir que el argumento del fallador de instancia no es suficiente para fulminar condena entendiéndose esa situación como de mala fe.

Lo anterior, por cuanto se desconoció y no fue objeto de análisis, que la demandada en ningún momento desconoció los derechos laborales del señor *Hugo Ferney Celis Sotelo*, pues según se aprecia de los diferentes comprobantes de pago, los mismos supuestos fácticos de la demanda y las liquidaciones de ambos contratos de trabajo (Fls. 19 a 21, 36 a 37 y 112 a 223), al actor siempre se le cancelaron las sumas de dinero que se estimaba se le adeudaban por concepto de salarios y prestaciones sociales, tópico que no puede desconocerse, más aún cuando no existió reclamo en vigencia del contrato de trabajo o inconformidad sobre la suma que se solucionaba como bonificación extrasalarial.

Otro aspecto a resaltar es que, durante la vigencia del segundo contrato de trabajo, se estipuló que su salario base era el equivalente a \$3.000.000, que como ya se dijo, no fue desconocido, y al determinarse que lo constitutivo fue una diferencia de tan solo \$200.000, el desconocimiento de lo adeudado se puede entender como un valor que no ostenta la magnitud para evidenciar un actuar arbitrario del empleador con el fin de menoscabar los derechos mínimos el trabajador.

En ese orden de ideas, en el caso en concreto, estima la Sala por pasiva se acreditaron razones atendibles para no solucionar integralmente las prestaciones sociales, pues se partía de un pacto de exclusión salarial, el cual incluso se ajustó a derecho en la primera vinculación laboral, aunado a ello que el monto que dejó de impactar las prestaciones sociales y demás derechos laborales, no guarda una proporción significativa a efectos de estimar un actuar constitutivo de mala fe patronal.

En virtud de lo expuesto, la sentencia de primer grado se revocará parcialmente, en el sentido de absolver a la encartada por este concepto. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

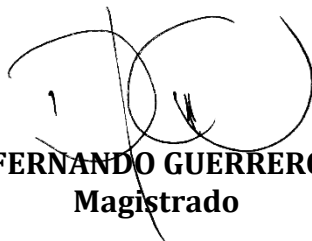
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el literal b) del numeral tercero, de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2020, en el sentido de absolver a la demanda *Compañía de Servicios de Administración S.A. – SERDÁN S.A* de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

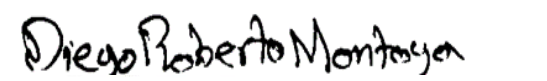
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

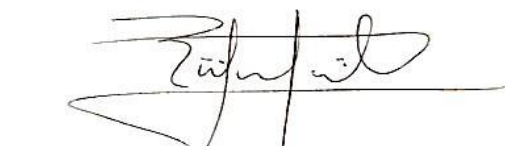
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOKA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 **37 2018 00279 02**
Demandante: JORGE HERNÁN RAMÍREZ SUÁREZ
Demandado: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Se reconoce personería a la abogada de *Colfondos S.A.*, Jeimmy Carolina Buitrago Peralta, identificada con cédula de ciudadanía No. 53.140.467 y T.P. 199.123 del C. S. de la J.

Asimismo, se reconoce personería a la abogada de Colpensiones, Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. 303924 del C.S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Jorge Hernán Ramírez Suárez*, promovió demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Colfondos S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Colfondos S.A.*, y por consiguiente se declare que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado carecen de validez jurídica.

En virtud de ello, se condene a *Colfondos S.A.*, devolver a *Colpensiones* la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, así como que se le condene a *Colpensiones* pagar la pensión de vejez, el retroactivo a partir del 5 de febrero de 2018 o en su defecto al día siguiente de su última cotización, e intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, expuso que nació el 5 de febrero de 1956, por lo que cumplió 62 años de edad el mismo día y mes de 2018, afiliándose al antiguo Instituto de Seguros Sociales a partir del 8 de junio de 1981.

Que diligenció el formulario de afiliación en el mes de agosto de 1995, sin que se le hubiese informado por parte de *Colfondos S.A.* que estando en dicho fondo perdería los beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las características y naturaleza del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se le indicó que la pensión se iba a financiar con el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, no se le precisaron las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía suscribir el formulario de afiliación.

Tampoco le fue informado sobre los riesgos que incurriría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como que el monto de la pensión depende de los rendimientos financieros y las características del mercado bursátil, no se le puso de presente escenarios comparativos de pensión entre los dos regímenes, no se le indicó que antes de cumplir los 52 años de edad podría retornar de régimen, entre otros aspectos.

Por último, mencionó que en el mes de octubre de 2013, solicitó el reconocimiento pensional ante la AFP *Colfondos S.A.*, quien aprobó la pensión de vejez pagadera a partir del mes de octubre de 2013 en la modalidad de retiro programado, sin la redención del bono pensional, lo que arrojó una prestación por un valor de \$3.351.835, pero a pesar de esto no se le informó como alcanzar un monto de pensión que permitiera mantener el estándar de vida, no se le indicó que asumiría los riesgos del mercado y de extra longevidad, aunado a que se le indicó que la pensión se reajustaría anualmente con base en el incremento del IPC certificado por el DANE, sin que eso haya sucedido en la realidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que el demandante se encuentra afiliado válidamente a *Colfondos S.A.*, sin que haya probado error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, por lo que no procede la declaratoria de ineficacia, puesto que al ser taxativas las causales de nulidad, es potísimo probarlas en el proceso, de ahí que no haya lugar a la pensión de vejez pretendida en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ni al pago de intereses moratorios.

Propuso las excepciones denominadas el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, innominada o genérica, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Colfondos S.A., por su parte expuso en la contestación de demanda que, la afiliación del demandante ante sus dependencias se hizo bajo los preceptos normativos, en torno a las



implicaciones del cambio de régimen, ventajas, desventajas, diferencia de los regímenes pensionales, derecho de retractación, las diferentes modalidades de pensión, qué es el bono pensional y demás características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Además, mencionó que el demandante se encuentra pensionado bajo la modalidad de retiro programado, prestación que se le reconoció desde el mes de octubre de 2013, por lo que atendiendo las directrices emanadas por la Superintendencia Financiera, no es viable que a favor de quien se ha reconocido un beneficio pensional, en este caso la pensión de vejez, pretenda y autorice un traslado de régimen.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, situación pensional consolidada – reconocimiento pensional, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

A su vez, *Colfondos S.A* formuló demanda de reconvención, con el fin que se declare la improcedencia de la nulidad o ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que en el evento de que dicha pretensión sea declarada, se le ordene al señor *Jorge Hernán Ramírez Suárez* reintegrar las sumas de dinero que se le han venido cancelando por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez, a partir de la fecha del reconocimiento del derecho que lo fue desde el mes de octubre de 2013, y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, suma que deberá pagarse debidamente indexada.

Colpensiones no se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención, e insiste que la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es lícita, formulando las excepciones denominadas el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

El demandante señor *Jorge Hernán Ramírez Suárez*, arguyó en la demanda de reconvención que hubo por parte de *Colfondos S.A.* un incumplimiento de los deberes legales de información, por tanto, lo hizo incurrir en error de hecho, con ello vició su consentimiento y como consecuencia la afiliación es nula y/o ineficaz.

En lo que concierne a la devolución del dinero, expuso que si bien hay lugar al mismo, se allana a reintegrar las sumas desde el mes de octubre de 2013, sino a partir del 5 de febrero de 2018, fecha en la cual adquirió el estatus pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



Propuso las excepciones de compensación, buena fe, y causal genérica e innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de marzo 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicho conclusión, en primer lugar, indicó que conforme lo ha adoctrinada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las administradoras de fondos privados acreditar el deber de información al momento que los afiliados se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, situación que incluía a todo tipo poblacional, fuesen o no amparados por el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que del formulario de afiliación que efectuara el actor ante *Colfondos S.A.* en el año de 1995, coligió que el mismo reunía los requisitos legales contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, única norma que se encontraba vigente para el momento en que se efectuó el traslado, mismo talante que se acompasa con lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte, quien resaltó no recordar que para el momento del traslado se le hubiese brindado una debida asesoría.

Sin embargo, la falta de información se subsanó con el transcurrir del tiempo, más exactamente en el año 2013, cuando el demandante elevó ante *Colfondos S.A.* la solicitud de reconocimiento pensional, acto que justificó el actor bajo el entendido que para esa época se presentó un acuerdo para la terminación del contrato de trabajo con su empleador; tanto así, que confesó que fue él mismo quien se comunicó ante la AFP donde se le explicó cuáles eran las diferentes modalidades de pensión como lo era la renta vitalicia y el retiro programado, lo que dio lugar al reconocimiento de la prestación, sumado al hecho que en su momento incluso el señor *Jorge Hernán Ramírez Suárez* dio poder a una profesional del derecho a efectos de que realizara trámites atinentes a su bono pensional, situaciones todas que conllevaron a no fulminar condena a las encartadas, pues existió un deber de información sobre las características propias y particulares del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime si en la actualidad existe una materialización de su pensión a partir de los 57 años de edad.

Por último, refirió que, con relación a la nulidad de traslado, ni siquiera en los supuestos fácticos de la demanda el demandante mencionó un error que se generara respecto de la fuerza o dolo, por el contrario, lo que podía asimilarse es un error sobre la calidad del objeto, por lo que en ese orden de ideas, si bien esa circunstancia hubiese podido generar una anomalía a favor del demandante, el mismo fue desestimado por la debida información que sucedió en el año 2013 cuando el demandante recibió su derecho prestacional.



III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante apeló la decisión, arguyendo que, *Colfondos S.A.* omitió el deber legal de información, lo que conllevó a que se efectuara el traslado en el año de 1995, de ahí que el mismo no se subsane con la solicitud pensional que se realizó en el año 2013 como tampoco con la pensión reconocida en dicha anualidad, más aún si no se puede aludir de que haya recibido una debida asesoría al otorgarle poder a una profesional del derecho.

Que tampoco la *Colfondos S.A.* acreditó en el proceso haber suministrado la información de los riesgos que acarreaba suscribir la solicitud de pensionarse de manera anticipada, no se le expuso las circunstancias que recaerían directamente como afiliado, y tampoco se advierte que por lo menos se haya realizado el incremento de la mesada pensional anualmente como lo precisa el artículo 53 de la Constitución Política.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

Asimismo, de prosperar el problema jurídico principal, la Sala deberá auscultar si es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez pretendida por el demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con el retroactivo e intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.



Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del*



deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 25 de agosto de 1995 a *Colfondos S.A.*, (Fls. 139), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

En ese orden de ideas, se evidencia que en principio la parte demandada, en quien recae la carga probatoria, no acreditó haber cumplido el deber de información frente al impacto pensional del traslado de régimen a la fecha del traslado, en los términos señalando en los diversos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no obstante, la Sala debe analizar dentro de las particularidades del presente evento, la pérdida de la calidad de afiliado frente al reconocimiento pensional.

Condición de afiliado y pensionado:

Inicialmente, debe acotarse que la ineficacia del traslado, opera para quienes, ostentando la calidad de *afiliados*, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de *afiliación* que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).*

En ese punto, la Sala resalta que de las probanzas aportadas por *Colfondos S.A.*, y conforme lo sostuvo el actor en el interrogatorio de parte surtido, en efecto se aprecia que este se encuentra pensionado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la ya referida demandada desde el mes de octubre de 2013, prueba de ello lo es la carta que emitiera la AFP con destino al demandante fechada el 8 de octubre de 2013 por medio de la cual se le comunica que cumple con los requisitos pensionales en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad según lo contemplado en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, donde a su vez se le exponen las diferentes modalidades pensionales, copia de la radicación de la documentación requerida ante la encartada para acceder a la prestación de fecha 23



de julio de julio de 2013, copia de la carta proferida por el demandante de calenda 4 de octubre de 2013 en la que decide que su pensión la acepta en la modalidad de retiro programado sin negociación de bono, así como la copia de la liquidación de la primera mesada pensional para el mes de octubre de 2013 que da cuenta que su prestación ascendió a la suma de \$3.808.935 (Fls. 142, 143 a 145, 146 a 149 y 150).

Aunado a lo anterior, el demandante expuso en su interrogatorio de parte que para el año 2013, fecha en que le fue reconocida la pensión contaba con 57 años de edad, así como que solicitó la pensión en razón de una coyuntura que se presentó con su último empleador ya que debía exponer la novedad de retiro y fue allí cuando la AFP le dio un formato para solicitar la pensión, aceptándola en la modalidad de retiro programado. De igual manera, que recuerda que debía negociar el bono pensional de *Colpensiones*,

En tal sentido, el accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por *Colfondos S.A.*, dejó de ostentar la calidad de afiliado, para consolidarse en su favor la condición de *pensionado* por vejez en los términos y modalidad seleccionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Se debe señalar que las calidades de *afiliado* y *pensionado* resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido una consideración en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

En efecto, *verbi gratia*, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado “*no haya adquirido la calidad de pensionado*”, normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que “Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”.

En ese orden de ideas, estima la Sala en este evento que el hecho de haber solicitado y aceptado la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado sin negociación de bono, la cual viene siendo cancelada desde el mes de octubre de 2013 como da cuenta las probanzas ya descritas, adicional a que en el mismo interrogatorio de parte el demandante mencionó que *Colfondos S.A.* le había expuesto las modalidades en las que podría acceder su prestación, en efecto demuestra su intención de mantenerse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, perdiendo además la calidad de afiliado.

Por otra parte, debe referirse que los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de personas que habían adquirido el derecho



pensional, contienen supuestos fácticos diferentes del presente evento. En efecto, en la sentencia con Radicación No. 31314 del 9 de septiembre de dos 2008, trató el caso de un pensionado quien se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando tenía más de 62 años de edad, y había laborado un tiempo superior a 19 años como servidor oficial, perdiendo además el régimen de transición, sufragando sólo 92 para la AFP con posterioridad al traslado. En efecto, en dicha providencia se señala:

“Esos datos atinentes a la edad del accionante, nacido en octubre de 1934 y al tiempo de servicios desarrollado en el sector oficial, por 19 años y 6 meses, los suministró el accionante al Fondo de Pensiones demandado, según se lee en los formularios de folios 14 y 20 del expediente, es decir, que la Administradora demandada, admitió una afiliación de una persona en las reseñadas condiciones, sin enterar al interesado de las reales circunstancias pensionales del régimen de ahorro individual y con consecuencias frente a la dejación del de prima media con prestación definida que traía en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, amén de ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En el presente evento se evidencia que no existía prohibición de traslado de regímenes, y además en el precedente jurisprudencial las semanas cotizadas a la AFP son exiguas frente al tiempo de servicio que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual dista del supuesto fáctico de la precitada providencia.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, también se analizó el caso de una persona que había adquirido la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, señalando que *“es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, **de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media**, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención”*, supuesto fáctico que también es disímil del presente evento, pues se reitera, el accionante no había consolidado su derecho a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En ese orden de ideas, estima la Sala que, en el presente evento la acción no está encaminada por un afiliado, sino por quien ya alcanzó el derecho pensional, verificándose el traslado cuando no existía una prohibición legal ni una evidente expectativa pensional consolidada o próxima a consolidarse, como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados, por lo cual, al haber aceptado la pensión y haber incluso mediando su consentimiento al suscribir el contrato de administración de mesadas pensionales, se tiene que adquirió el estatus de pensionado



e incluso se viene beneficiando de la pensión, máxime si incluso con posterioridad al reconocimiento de la pensión que le efectuar *Colfondos S.A.*, buscó soluciones a través de apoderada judicial a efectos de redimir el bono pensional como da fe el poder que confiriera y que radicara ante las dependencias de la entidad el 23 de julio de 2013 (Fl. 151), sin dejarse de lado, que el actor al momento de trasladarse que lo fue en el año de 1995, si quiera tenía una expectativa pensional, ya que contaba con 39 años de edad puesto que nació el 5 de febrero de 1956, y había cotizado al antiguo ISS 695.71 semanas (Fls. 20 y 21).

Por todas las razones anotadas, no queda más que confirmar la absolución de las pretensiones perseguidas por el demandante. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

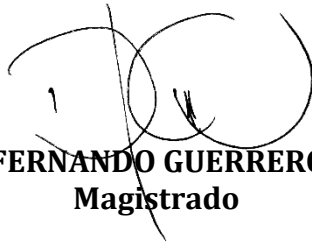
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

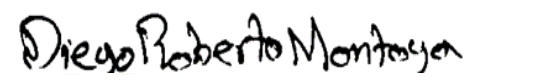
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

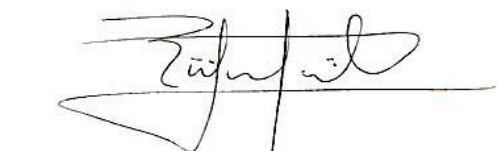
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 29 2018 00295 01
Demandante: JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR
Demandado: NON PLUS UTLRA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el día 5 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1. DE LA DEMANDA:

El señor *Jairo Antonio Huertas Salazar*, formuló demanda en contra de *Non Plus Ultra S.A.*, con la finalidad que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 1977 y el 31 de octubre de 2007, así como que desarrollando sus funciones sufrió un accidente de trabajo.

Por consiguiente, se condene a la demandada al pago de los aportes a pensión por los periodos dejados de cotizar sobre todo el interregno de la relación laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que celebró contrato de trabajo a término indefinido con la encartada a partir del 11 de enero de 1997, desempeñando el cargo de ayudante.

Que siempre fue subordinado por la encartada en el desarrollo de sus funciones, cumpliendo con un horario de lunes a viernes desde las 8:00 a.m. hasta las 5:30 p.m., y los días sábados de 8:00 a.m. a 1:00 p.m.

Asimismo, indicó que el día 24 de febrero de 2004, encontrándose en su jornada laboral sufrió un accidente de trabajo puliendo un vidrio el cual impactó en su ojo derecho, en



virtud a que la encartada no le suministró elementos de seguridad, situación por la que perdió su visión, y que a su vez generó una pérdida de capacidad laboral del 31.15%.

Que la demandada le descontaba los días en que pedía permisos para asistir a las citas médicas, al igual que el día 20 de noviembre de 2009 lo convocó ante el Inspector del Trabajo con el fin de suscribir una conciliación respecto de la naturaleza del contrato de trabajo, en el que dice la demandada haberse terminado por mutuo acuerdo el 31 de octubre de 2007, aspecto que no es cierto por cuanto se afilió al Sistema Integral de Seguridad Social. Por último, mencionó que el último salario devengado fue la suma de \$2.500.000.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que con el demandante se suscribieron dos contratos de trabajo, el primero por el periodo comprendido entre el 11 de enero y el 30 de abril de 1997, y el segundo, se suscribió el 1º de noviembre de 2007, el que se encuentra vigente hasta la fecha de contestación de demanda, en virtud del cual el actor desempeña el cargo de Operario de Marquetería.

Mencionó igualmente que, para la fecha del accidente del demandante que lo fue en el año 2004, desempeñaba actividades a su servicio, pero como contratista independiente, así como que en el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 1997 y el 31 de octubre de 2007, lo que existió fue un contrato de prestación de servicios y, por ende, durante dicho interregno era obligación del demandante efectuar sus aportes pensionales.

Precisó que con el demandante se celebraron dos conciliaciones ante la Dirección Territorial de Trabajo de Cundinamarca y Bogotá, los días 20 de octubre y 28 de diciembre de 2009, donde se tranzó cualquier diferencia que pudiera existir, de ahí que el actor no tenga derecho a lo pretendido.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa y carencia de título, prescripción, compensación y pago.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el día 5 de febrero de 2020, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1º de mayo de 1997, el cual se encuentra vigente en la actualidad, así como que el 24 de febrero de 2004 el actor sufrió un accidente de trabajo, condenando a la pasiva al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión por el periodo



comprendido entre el 1º de mayo de 1997 y el 31 de octubre de 2007, con una base salarial del mínimo para los correspondientes años.

Par arribar a dicha conclusión, manifestó que teniendo en cuenta el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, en efecto entre las partes existió un contrato de trabajo, pues a pesar de que hubiesen suscrito un acta de conciliación donde se cerró brecha para un litigio, aspecto que es válido en materia laboral siempre y cuando verse sobre derechos inciertos y discutibles, por ende dicha acta no tiene efectos de cosa juzgada respecto de las pretensiones de la demanda, como quiera que los derechos aquí pretendidos por el demandante son de los llamados irrenunciables.

Por otra parte, adujo que la relación laboral no se extendió como un único contrato de trabajo, en tanto dentro del plenario se aprecia que el demandante presentó renuncia al cargo a partir del 30 de abril de 1997, de ahí que haya existido una finalización contractual hasta la fecha mencionada. A partir del 1º de mayo de 1997 refirió que el actor logró demostrar una verdadera relación laboral, ya que la encartada no logró desvirtuar el elemento subordinante, vínculo que además se encuentra vigente en la actualidad.

Por tal razón, dispuso que la pasiva debía cancelar los aportes pensionales con destino a *Colpensiones* previo cálculo actuarial de la entidad, con base en un S.M.L.M.V. para los correspondientes años, ya que no se acreditó por el demandante prueba de lo contrario.

En lo que concierne a la declaratoria del accidente de trabajo, dijo que no existía duda al respecto, como quiera que dentro del expediente reposaba el dictamen que emitiera la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en el que efectivamente se advierte dicho accidente y se determinó una pérdida de capacidad laboral del 31.15%.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada inconforme con la decisión la apeló. Adujo que durante el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 1997 y el 31 de octubre de 2007, el actor desempeñó sus servicios como contratista independiente, manteniendo su autonomía técnica, prestando el servicio de Instalador de Vidrios, situación que el demandante realizaba dentro de las instalaciones con algún grupo de trabajo o con su socio, tal como lo manifestó el señor *Chester Galeano* en el testimonio que se le practicó, quien fue enfático en destacar que la actividad el demandante la desarrollaba por órdenes de servicio o asignación de vehículos que se le registraba para desempeñar dicha actividad de servicio.



Que igualmente el señor *Chester Galeano* y la deponente *Gloria Perilla*, manifestaron que el demandante no tenía horario, no se le hacían llamados de atención, no era subordinado, lo que significa que su labor la desarrollaba con autonomía, la cual era pagada sobre un precio convenido, por lo que era obligación del actor como contratista efectuar lo respectivos pagos.

Por último, encontró inconformidad frente a lo sostenido por el *a-quo* en lo referente a que las actas de conciliación no tienen la fuerza suficiente para desvirtuar las pretensiones de la demanda, ya que fueron suscritas en pleno acatamiento de lo previsto por las disposiciones legales para llegar a estos acuerdos.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si el contrato de trabajo declarado por la falladora de instancia se puede entender como tal, seguido de la condena por concepto de aportes pensionales por el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 1997 y el 31 de octubre de 2007, en atención de la excepción de cosa juzgada impetrada por la encartada como consecuencia de las conciliaciones celebradas entre las partes ante el Ministerio del trabajo.

c. Del caso en concreto:

Para resolver el problema jurídico, sea lo primero indicar que como lo asentó la falladora de instancia y que no fuese refutado por el demandante, el contrato de trabajo declarado tuvo como extremo inicial el 1º de mayo de 1997, cuyo extremo final lo persigue el demandante hasta el 31 de octubre de 2007, como así se desprende del *petitum* de la demanda.

Ahora, de los referidos periodos la parte demandada alude en la excepción de cosa juzgada que quedaron zanjados con las conciliaciones que efectuaran las partes ante el Ministerio del Trabajo el 20 de noviembre y 28 de diciembre de 2009, donde quedó consignado que lo que se pactó entre las partes fue un contrato de prestación de



servicios, al igual que el demandante declaró a paz y salvo cualquier valor que se le adeudara por algún concepto, por lo que las conciliaciones se llevaron con la plenitud de los requisitos señalados en la ley y en ellas claramente se expresó que el acuerdo hacía tránsito a cosa juzgada en cumplimiento de los artículos 19 y 78 del C.P.T y de la S.S., y el artículo 28 de la Ley 640 de 2001.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Ley 640 de 2001, la cual en sus artículos 7, 14 y 28, reglamenta puntualmente la conciliación en materia laboral, y en su tenor literal señala que esta se podrá adelantar ante *“los inspectores de trabajo, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del Ministerio Público en materia laboral”* y a falta de estos *“en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.”*

Por su parte el artículo 14 del C.S.T. reseña la irrenunciabilidad de los derechos laborales al ser de orden público, sumado a que el artículo 15 de la misma disposición regula que es válida la transacción en asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3071-2020, Radicación No. 76431 del 19 de agosto de 2020, en tratándose del tema de la conciliación de derechos laborales sostuvo:

*“En ese sentido, primero, importa a la Sala destacar que en tratándose de derechos laborales o de la seguridad social, la regla general es la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos conforme a lo previsto en los artículos 14 del Código Sustantivo del Trabajo, 3 de la Ley 100 de 1993 y 53 de la Constitución Política, entre otros, y que, por excepción, la transacción y la conciliación solo resultan admisibles respecto de derechos **inciertos y discutibles** (artículo 15 del CST). Otras normas reafirman esa regla; así, en materia de salarios, el artículo 149, y en cuanto a prestaciones, el 340, ambos del mismo Código citado.*

“Segundo, esta Corporación tiene adoctrinado de tiempo atrás que los derechos laborales ciertos e indiscutibles no son exclusivamente los contemplados en normas legales, sino también los previstos en convenciones, laudos o cualquier otro instrumento colectivo de carácter vinculante. Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 11 feb. 2003, Rad. 19672, precisó la Sala:

“Aunque pudiera decirse que la dicha regla general está referida a la irrenunciabilidad de los derechos cuya fuente es la ley, abriendo la muy discutible posibilidad de la renuncia a los derechos laborales originados en otra fuente, una tal apreciación pierde firmeza ante el artículo 15 del CST, porque un derecho causado, uno que está ya en el patrimonio del trabajador, no admite negociación alguna, y porque la dicha norma solo permite la renuncia, a través de la transacción, cuando de derechos inciertos y discutibles se trata; como también lo dice la norma sobre conciliación. Pues bien, si no es posible renunciar a un derecho cierto e indiscutible por vía de transacción o de conciliación, menos, y a cambio de nada, es admisible y eficaz la renuncia a una pensión de jubilación ya causada, así tenga origen en convención colectiva de trabajo.

“Tercero, esta Sala ha enseñado que un derecho laboral no pierde la connotación



de cierto e indiscutible, por el simple hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de ser así, cualquier beneficio o garantía podría ser objeto de renuncia por parte del trabajador en contravía de la restricción, impuesta tanto por la Constitución Política como por el legislador, a la facultad de aquél de disponer de los derechos causados en su favor.

Ahora bien, de las pruebas arrimadas al plenario, como lo sostuvo la demandada, en efecto entre las partes se suscribieron dos conciliaciones ante la Dirección Territorial del Trabajo de Cundinamarca y Bogotá – Inspección del trabajo – Atención al Usuario fechadas el 20 de noviembre de 2009 y el 28 de diciembre de 2009 respectivamente (Fls. 91 a 93 y 94 a 96).

La conciliación fechada el 20 de noviembre de 2009 dispuso:

“PRIMERO: *Que entre el señor JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR y la Sociedad NON PLUS ULTRA S.A., se celebró un contrato de prestación de servicios que se inició el 1º de Mayo de 1997.”*

SEGUNDO: *Que dicho contrato de servicios terminó por mutuo consentimiento el 31 de octubre de 2007.*

TERCERO: *Que existe controversia entre las partes sobre la naturaleza laboral o civil del contrato mencionado en el punto PRIMERO de este documento.*

CUARTO: *Que, no obstante y con el fin de evitar cualquier eventual litigio relacionado directa o indirectamente con el contrato de prestación de servicios que existió entre las partes y con el solo propósito de dirimir conciliatoriamente cualquier diferencia existente entre las partes sobre el vínculo jurídico que los unió, la sociedad NON PLUS ULTRA S.A., ofrece pagar al Señor JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR una bonificación especial, extralegal, a título de mera liberalidad y de carácter no salarial, imputable a cualquier derecho eventual, por la suma única y definitiva de DIEZ MILLONES DIECIOCHO MIL CIENTO TREINTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$10.018.132.00).*

QUINTO: *Que el Señor JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR, manifiesta su plena conformidad con las ofertas hechas por la sociedad NON PLUS ULTRA S.A. enunciada en el punto CUARTO de este documento.*

SEXTO: *Que el Señor JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR declara recibir a su entera satisfacción la suma de dinero mencionada en el numeral SÉPTIMO, mediante cheque No. 1938963 del Banco de Bogotá, por valor de DIEZ MILLONES DIECIOCHO MIL CIENTO TREINTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$10.018.032.00).*

SÉPTIMO: *Que, no obstante el pago de la suma de dinero a que se refiere esta conciliación, las partes ratifican la naturaleza civil del contrato de prestación de servicios mencionado en el punto PRIMERO de este documento, de suerte que este pago configura la solución al conflicto respecto al vínculo jurídico que existió, por lo mismo, expresamente conoce y acepta el Señor JAIRO HUERTAS que de esta manera se dirime la diferencia presentada.*

OCTAVO: *Que, en consecuencia, el Señor JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR declara a paz y salvo a la sociedad NON PLUS ULTRA S.A., por cualquier eventual*



derecho incierto del vínculo jurídico que lo unió con ésta y manifiesta que no tiene ningún reclamo que hacer en el futuro por ningún concepto.”

Por otra parte, en la conciliación del 28 de diciembre de 2009, se estableció:

“PRIMERO: *Que entre el Señor JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR y la Sociedad NON PLUS ULTRA S.A., se celebró un contrato de prestación de servicios que inició el día 1º de Mayo de 1997.*

SEGUNDO: *Que dicho contrato de servicios terminó por mutuo consentimiento el día 31 de Octubre de 2007.*

TERCERO: *Que el día 24 de febrero de 2004, estando el señor JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR prestando sus servicios en los talleres de la sociedad NON PLUS ULTRA S.A., una esquirla de metal se le introdujo en un ojo y le produjo una incapacidad permanente parcial del 31.15% según dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el día 16 de diciembre de 2008, dictámenes cuya copia se presenta para su incorporación como anexo de la presente acta.*

CUARTO: *Que sin reconocer hecho ni derecho alguno y con el sólo propósito de apoyar al señor JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR, ex contratista, en relación con la indemnización originada por el accidente de trabajo padecido, la sociedad NON PLUS ULTRA S.A. ofrece pagar al Señor JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR una bonificación especial, extralegal, a título de mera liberalidad y de carácter no salarial, imputable a cualquier derecho eventual, incluso superior a los 15.07 meses de ingreso base de cotización, (Ibc = \$2.200.000.00) por la suma única y definitiva de \$55.000.000.00 pesos moneda corriente.*

QUINTO: *Que el señor JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR, manifiesta su plena conformidad con la oferta hecha por la sociedad NON PLUS ULTRA S.A. enunciada en el punto anterior de este documento.*

SEXTO: *Que el Señor JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR recibirá la suma de dinero mencionada en el punto CUARTO de esta conciliación, el día 29 de diciembre del presente año en las oficinas de NON PLUS ULTRA S.A. ubicadas en la Cra. 31 No. 6-36 de esta ciudad, mediante cheque del Banco de Bogotá, por valor de CNCUENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$55.000.000.00).*

SÉPTIMO: *Que, en consecuencia, el Señor JAIRO ANTONIO HUERTAS SALAZAR declara a paz y salvo a la sociedad NON PLUS ULTRA S.A., por este hecho y manifiesta que no tiene ningún reclamo que hacer en el futuro por ningún concepto.”*

De las conciliaciones enunciadas puede colegir la Sala que la decisión de primer grado habrá de revocarse.

Nótese que las conciliaciones, en especial la celebrada el 20 de noviembre de 2009, expone en su artículo tercero la controversia entre las partes en lo atinente a la naturaleza misma del vínculo celebrado, esto es, respecto de su carácter civil o laboral.

A pesar de esto, en el artículo sexto de la conciliación, es clara la ratificación de ambas partes en conciliar que el vínculo que los ató por el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 1997 y el 31 de octubre de 2007, era de naturaleza civil.



Bajo esta óptica, resulta palmario la aceptación del demandante sobre la naturaleza contractual del vínculo que lo ató con la encartada, tópico que advierte a la Sala que en dicha suscripción se concilió la naturaleza misma del contrato, que se itera, fue de carácter civil y no laboral; circunstancia por la cual, al existir una aceptación previa del demandante que por demás se celebró ante autoridad competente como lo fue Inspección del Trabajo, resulta improcedente que el actor en sede judicial pretenda desnaturalizar un acto jurídico que previamente atendió al suscribirlo, y que por demás recibió el pago ordenado en ambas conciliaciones.

Ahora, como lo ha adocinado el órgano de cierre, los derechos laborales son catalogados como ciertos e indiscutibles y por demás de carácter irrenunciables, situación que no sucede en este asunto, pues al haberse dispuesto en las conciliaciones que por lo menos desde el 1º de mayo de 1997 hasta el 31 de octubre de 2007 lo que ató a las partes fue un contrato de naturaleza civil, se descontextualiza la connotación dispuesta en el artículo 15 del C.S.T., por el contrario, lo que allí se definió fue un escenario de aspectos inciertos y discutibles y por ende, procedentes para conciliarse.

También se deja por sentado, que la falladora de instancia al abrir la brecha para la posibilidad de estudiar los extremos pretendidos como un verdadero contrato de trabajo, desconoció la voluntad de las partes al suscribir las conciliaciones protagonistas de este análisis, aspectos todos que conllevan sin dubitación alguna a concluirse que en efecto la excepción de cosa juzgada formulada por la demanda habrá de declararse probada al cumplirse con todos los aspectos de la misma, máxime si se tiene en cuenta que el actor no menciona en su *petitum* que las conciliaciones celebradas en el año 2009 estuviesen cubiertas por vicios del consentimiento que den cabida para efectuar un análisis de fondo al respecto de su eventual nulidad.

Por las consideraciones expuestas, la sentencia será revocará en su integridad y por consiguiente se absolverá a la encartada de las pretensiones formuladas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada formulada por pasiva.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **14 2018 00297 01**
Demandante: ÁLVARO JOSÉ SÁNCHEZ SANTOS
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada Jacqueline Rodríguez Rojas, identificada con cédula de ciudadanía 52.230.797 y T.P. 305.950 del C. S. de la J., para actuar en representación de *Porvenir S.A.*, conforme a los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Álvaro José Sánchez Santos*, promovió demanda ordinaria en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Porvenir S.A.* en el mes de enero del año 2000, por el incumplimiento de los deberes legales de información, los cuales generaron un error de hecho que vició el consentimiento. Asimismo, se determine que todas las afiliaciones posteriores que hubiere realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad carecen de validez jurídica y por consiguiente, se encuentra válidamente afiliado a *Colpensiones*.

Por consiguiente, se condene a *Porvenir S.A.* a registrar en el sistema de información de los fondos privados que su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad



estuvo viciada de nulidad por error de hecho, así como que traslade la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos a que hubiere lugar, condenando a su vez a *Colpensiones* a activar su afiliación en pensión y actualizar su historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 29 de julio de 1958, y que en el mes de enero de 2000 se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la *AFP Porvenir S.A.*, calenda para la cual contaba con 567 semanas cotizadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que *Porvenir S.A* al momento de su afiliación no le informó las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, la naturaleza propia del régimen de capitalización, las desventajas de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no se ilustró los distintos escenarios comparativos de pensión entre uno y otro régimen.

Continuó manifestando que no se le informó sobre las ventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se le advirtió que para el año 2010 era el término máximo que tenía para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no recibió asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional, aspectos que generaron un vicio en el consentimiento y por lo mismo, dicha afiliación debe tenerse como nula.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A. adujo que la afiliación efectuada por el actor ante sus dependencias es lícita, en la medida que se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, como por las instrucciones impartidas por el ente vigilado y controlador, es decir, la Superintendencia Financiera de Colombia, aunado a que dentro del plenario no se acredita prueba sumaria que conduzca a lo deprecado por el demandante, máxime si conforme a los postulados jurisprudenciales se requiere demostrar que la AFP omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la persona interesada, empero en el presente caso no se dan dichos presupuestos como quiera que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica.

Colpensiones, indicó que en virtud de las pruebas arrojadas al proceso se evidencia que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al suscribir de manera voluntaria, consiente y sin presiones el formulario de afiliación ante *Porvenir S.A.*

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de marzo de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Porvenir S.A.*, señalando como consecuencia que ningún acto jurídico surtió ese traslado, y por tanto el actor siempre estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en su caso administrado por *Colpensiones*, ordenando a la AFP *Porvenir S.A* trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que, de conformidad con el precedente jurisprudencial emanado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es carga de las AFP acreditar la debida información suministrado al demandante al momento del traslado, presupuesto que no se probó por parte de *Porvenir S.A.*

Por lo tanto, al no cumplir la AFP el *onus probandi* que le correspondía respecto del cabal cumplimiento del deber de información, se debe declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, con la correspondiente devolución de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. inconforme con la decisión la apeló. Adujo que, atendiendo la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no basta que se esté tratando de una misma pretensión, sino también que existan idénticos supuestos fácticos, de ahí que no se puedan aplicar los postulados jurisprudenciales, aunado a que



el deber de información no se puede dar de manera automática, sino que es menester aplicarse progresivamente.

Que en tal sentido, el buen consejo y la doble asesoría son situaciones que surgieron con posterioridad al momento del traslado de régimen del demandante, por lo que no puede aplicarse de manera retroactiva tanto la ley como la jurisprudencia, situaciones todas que conducen a que el formulario de afiliación deba valorarse como una asesoría suministrada en legal orden, conforme a lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994.

Colpensiones por su parte, resaltó en la alzada que no se puede ver afectada por las decisiones derivadas del contrato suscrito entre *Porvenir S.A.* y el demandante, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil, dicho contrato es ley para las partes, máxime si no tuvo injerencia en lo pactado, o alguna falta al deber de información en que hubiere incurrido la AFP.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como



consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los*



jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se



tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 13 de diciembre de 1999 a *Porvenir S.A.*, (Fls. 124), el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, fue enfático en exponer que la asesoría careció de información trascendental para la definición de su derecho pensional.

De tal manera que le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, motivo que impele a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:



“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, *Porvenir S.A.*, por ser el fondo pensional donde en la actualidad se encuentra afiliado el demandante, tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e



intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Por otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

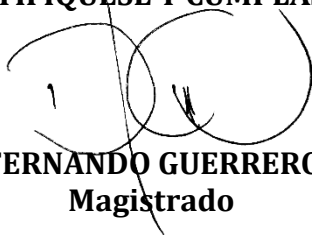
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

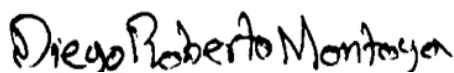
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 32 2018 00508 01
Demandante: QUINTINA BUITRAGO GUALDRÓN, actuando en nombre propio y en representación de su hijo JEISON SÁNCHEZ BUITRAGO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso interpuesto por *Colpensiones* en contra de la sentencia el 16 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, la sentencia se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., por cuanto la decisión fue adversa a los intereses de la encartada.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Quintina Buitrago Gualdrón*, actuando en nombre propio y en representación de su hijo *Jeison Sánchez Buitrago*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que el fallecido señor *Reinaldo Sánchez Quiroga* tenía derecho a la pensión de vejez desde el 30 de diciembre de 1999, momento en el cual cumplió 60 años de edad.

Por consiguiente, se condene a la encartada reconocer la pensión de vejez del fallecido, para que a su vez sea reconocida a su favor y en calidad de compañera permanente la pensión de sobrevivientes, así como que dicho derecho también se le reconozca a su hijo *Jeison Sánchez Buitrago*, con los reajustes a que haya lugar, junto con el pago de mesadas retroactivas, previo descuento de la indemnización sustitutiva que le fue reconocida en el año 2001, e intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el señor *Reinaldo Sánchez Quiroga* nació el 30 de diciembre de 1939, por lo que cumplió 60 años el mismo día y mes de 1999, de ahí que haya sido beneficiario del régimen de transición.

Que el causante cotizó al antiguo Instituto de Seguros Sociales por más de 18 años, un total de 932 semanas, siendo 665 aportadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida para la pensión de vejez, pero a pesar de ello, le fue reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante Resolución No. 2566 de 2001.

Seguidamente mencionó que el causante falleció el 29 de enero de 2015, y como pareja convivieron en unión libre desde el 15 de febrero de 2003, teniendo un hijo de nombre *Jeison Sánchez Buitrago*, quien nació el 13 de septiembre de 2004.

Adujo que el 26 de mayo de 2017, solicitó en su nombre y en representación de su hijo el pago de la pensión de sobrevivientes, el cual se negó por la entidad mediante Resolución SUB 117189 del 1 de julio de 2017, bajo el entendido que el causante en vida cobró una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, negativa que se insistió en la Resolución SUB 117189 de 2017.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que el fallecido no acreditó los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez en los términos regulados en el Decreto 758 de 1990, por lo que resulta improcedente efectuar reconocimiento de la pensión *post mortem*.

Formuló las excepciones de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de los intereses moratorios, inexistencia del derecho reclamado, innominada o genérica y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 16 de junio de 2020, condenó a *Colpensiones* al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante y de su hijo mejor *Jeison Sánchez Buitrago* en un 50% para cada uno, a partir de la fecha de fallecimiento del señor *Reinaldo Sánchez Quiroga* que lo fue el 29 de enero de 2015, en calidad de compañera permanente e hijo,



respectivamente, sobre 14 mesadas pensionales al año y con base en una mesada pensional equivalente a un S.M.L.M.V., junto con el respectivo retroactivo desde el 26 de mayo de 2014 hasta el 30 de enero de 2015.

Asimismo, condenó al pago de los intereses moratorios a partir del 27 de septiembre de 2017, y se autorizó a *Colpensiones* a compensar los valores cancelados al causante en vida por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión que le fuese reconocida.

Para arribar a dicha conclusión, refirió en primer lugar que el causante cotizó tan solo un día dentro de los tres días inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento, y registró 932 semanas entre el 10 de marzo de 1976 y el 31 de mayo de 2001. Que no obstante, el causante al 1º de abril de 1994 contaba con 54 años de edad, así como que a julio del año 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas siendo, efectivamente beneficiario del régimen de transición, aplicándose así los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.

Que en tal sentido, el fallecido acreditó haber cotizado 500 semanas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad, que lo fue el 30 de diciembre de 1999, más exactamente un total de 666 semanas, por lo que dispuso que era beneficiario de la pensión de vejez, pero solo hasta el 31 de mayo de 2001 realizó la última cotización, de ahí que haya decidido que la prestación debía ser reconocida a partir del 1º de junio de 2001, en cuantía de un S.M.L.M.L.V. y sobre 14 mesadas pensionales al año.

Refirió que la negativa de la encartada bajo la premisa que no era merecedor de la prestación, como quiera que se encontraba inactivo por no haber efectuado aportes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, resulta desacertada, toda vez que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no regula dicha situación, por lo que al haberle otorgado de manera subsidiaria la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, son evidentes los perjuicios causados al causante.

Frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, del caudal probatorio se advirtió que la demandante en su calidad de compañera permanente convivió con el causante un espacio aproximado de diez años y que de dicha unión nació su hijo de nombre *Jeison Sánchez Buitrago*, sumado al hecho que ostenta más de 30 años de edad.

En ese mismo sentido, manifestó que se acreditó que *Jeison Sánchez Trujillo Buitrago* es hijo menor de edad del causante y por consiguiente también le asistía el derecho pensional en los términos legales, ordenando a su vez que la prestación debía



reconocerse en un 50% para cada uno de ellos, una vez el menor dejara de percibirla debía acrecentarse en un 100% la de la señora *Quintana Buitrago Gualdrón*.

Refirió la procedencia de la condena por concepto de intereses moratorios, en tanto la negativa para acceder a la pensión de vejez del causante fue equivocada.

Declaró probada de manera parcial la excepción de prescripción frente a la señora *Quintana Buitrago Gualdrón*, respecto de las mesadas pensionales reconocidas con anterioridad al 25 de mayo de 2014, ya que la reclamación se elevó el 26 de mayo de 2017. En lo atinente a *Jeison Sánchez Trujillo Buitrago* y en razón a que a la fecha de la sentencia era menor de edad, la prescripción empieza a correr una vez cumplida la mayoría de edad o cuando su representante reclame, por lo que el término de prescripción empezó a correr desde el día en que tal derecho pudiera ejercerse por el beneficiario y aquí causante, y debido a que falleció el 29 de enero de 2015, la prescripción opera con anterioridad al 29 de enero de 2012.

Que con ocasión a la excepción de compensación, del retroactivo generado debe descontarse el pago que efectuó la demandada al fallecido por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el cual además deberá indexarse.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones argumentó en su recurso de alzada que, no se encuentra de acuerdo con la prescripción aplicada por el *a-quo* respecto de las mesadas pensionales, tanto de la demandante como del hijo menor del causante, ya que a pesar que *Jeison Sánchez Trujillo Buitrago* es menor de edad, su representante legal es la demandante en calidad de madre, de ahí que se deba entender para ambos el término prescriptivo a partir del 26 de mayo de 2014.

Por otra parte, indicó que los intereses moratorios no deben ser objeto de condena, como quiera que la prestación se reconoció a la luz del Decreto 758 de 1990, y dichos intereses solo procede para las pensiones reconocidas bajo la égida de la Ley 100 de 1993.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse como primer problema jurídico si al fallecido señor *Reinaldo Sánchez Quiroga* le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez *post mortem*, según las prerrogativas del Decreto 758 de 1990 al ser beneficiario del régimen de transición.

De prosperar lo anterior, la Sala procederá a verificar el requisito pensional de sobrevivencia perseguido por la aquí demandante señora *Quintina Buitrago Gualdrón* en calidad de compañera permanente del causante, y de *Jeison Sánchez Trujillo Buitrago* en calidad de hijo, así como el respectivo retroactivo pensional y el pago de los intereses moratorios.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que el antiguo Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución No. 0145602 de 2000, le negó al fallecido señor *Reinaldo Sánchez Quiroga*, la pensión de vejez bajo el entendido que si bien ostentaba la edad para ser beneficiario del régimen de transición, al 31 de marzo de 1994 no se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales para que se beneficiara de su régimen.

Tampoco el hecho que al fallecido, el antiguo Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 002566 de 2001, le reconociera una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$4.973.326 (Fl. 21), así como que la encartada a través de la Resolución SUB 117189 del 1º de julio de 2017, negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la demandante, bajo el entendido que al causante se le había reconocido una indemnización sustitutiva de su pensión de vejez, sin que existieran reintegros acerca de la misma, por lo que al haber sido cobrada la prestación, dichos aportes no pueden tenerse como soporte para el derecho pretendido.

d. Del derecho pensional:



El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Puestas así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos hasta el 31 de julio de 2010, o para el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando en ese evento tuviesen 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

En el caso del fallecido, según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, la cual reposa a folio 16, se tiene que nació el 30 de diciembre de 1939, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 55 años de edad, de ahí que en principio sea beneficiario del régimen de transición, y al cumplir la edad pensional de 60 años el 30 de diciembre de 1999, su derecho puede analizarse a la luz de lo establecido en el Decreto 758 de 1990.

Tal disposición en su artículo 12, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando cumplan 60 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

El causante cumplió la edad exigida el 30 de diciembre de 1999, pues se itera, nació el mismo mes y día del año 1939, y al confrontar los tiempos cotizados, conforme se desprende de la Resolución SUB 117189 del 1 de julio de 2017, cotizó un total de 932 semanas, de lo que se puede colegir sin lugar a dudas en primer término, que no ostentó las 1000 semanas en cualquier tiempo.



Ahora, verificado el segundo requisito de la prerrogativa en comento, esto es, haber acreditado 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, tal aspecto lo cumplía el fallecido, pues como lo sostuvo el *a-quo*, el señor Reinaldo Sánchez Quiroga acreditó 666 semanas para dicho interregno; circunstancia por la cual, es procedente el derecho pensional *post mortem* causado por el fallecido bajo la égida del Decreto 758 de 1990, siendo su última cotización en el mes de mayo de 2001, de ahí que el derecho fuese adquirido a partir del 1º de junio de dicha anualidad, junto con catorce (14) mesadas pensionales al año al haberse causado la prestación incluso antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que la decisión de primer grado se confirmará en este puntualísimo aspecto.

e. Del derecho pensional de sobrevivientes:

Pretende la demandante la pensión de sobrevivientes en calidad de compañero permanente y *Jeison Sánchez Trujillo Buitrago* en calidad de hijo.

Ahora bien, a folio 17 del plenario, obra copia del Registro Civil de Defunción del señor *Reinaldo Sánchez Quiroga*, que denota que su deceso sucedió el 29 de enero de 2014, situación que a su vez conduce a que el derecho deprecado se estudie a la luz de las prerrogativas de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula:

"ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>

"Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

Más adelante la norma contempla :

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones



de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo que concierne al requisito de convivencia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un 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”.

En sentencia SL3938-2020, Radicación No. 71764 del 14 de octubre de 2020, hizo un análisis sobre la postura que ha venido manteniendo respecto de los cónyuges, enfatizando que estos cuando se separan de hecho, ostentan el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, siempre que acrediten convivencia por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier época, al respecto mencionó:

“Fluye de lo plasmado en precedencia que el Tribunal no pudo incurrir en la transgresión normativa que se le endilga, pues a pesar de que la sociedad conyugal que existió [...] fue disuelta y liquidada, lo cierto es que la unión conyugal persistió hasta la muerte de este, en la medida en que no medió divorcio que así lo dispusiera.

“No escapa a la Sala que, mediante sentencia CC C-515-2019, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad pura y simple de la expresión «con la cual existe la sociedad conyugal vigente», contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En las consideraciones de esa providencia sostuvo que el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea.

“Con todo, tal criterio ubica a la pensión de sobrevivientes, sin más, dentro de los efectos patrimoniales del matrimonio. En cambio, la actual tesis de esta Corporación entiende que el fundamento de la prestación por muerte, en estos casos, es la vigencia de la unión conyugal, precisamente porque la pensión se ubica dentro de los efectos personales del matrimonio.

“Ello viene corroborado con el hecho que lo que da lugar a la prestación es la comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, «la ayuda mutua, el



afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva (...)» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245, y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605, CSJ SL7299-2015, CSJ SL1399-2018).

“Y es que el matrimonio genera unos derechos y obligaciones que no se extinguen con la separación de hecho ni con la disolución de la sociedad conyugal, sino solo con su nulidad, el divorcio, o la muerte de uno de los consortes. Por ejemplo, el deber de socorro y ayuda mutua «en todas las circunstancias de la vida» no desaparece cuando los cónyuges se separan de hecho, como tampoco cuando liquidan la sociedad conyugal, por manera que el matrimonio sigue produciendo efectos personales, independientemente de las decisiones de los cónyuges acerca de la sociedad patrimonial que se genera con su unión.

“De otro lado, la jurisprudencia consolidada y pacífica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia optimiza el principio de solidaridad, pues no se olvida del rol del cónyuge supérstite que convivió no menos de 5 años con el causante, en la construcción de la prestación que, a la postre, le fue reconocida al trabajador.”

Por lo anterior, procede la Sala a analizar el derecho perseguido tanto por la señora *Quintana Buitrago Gualdrón* en su calidad de compañera permanente, como el de *Jeison Sánchez Trujillo Buitrago* en calidad de hijo.

Se recaudó el interrogatorio de parte de la demandante, quien indicó que convivió con el fallecido señor *Reinaldo Sánchez Quiroga* durante doce años hasta la fecha de su deceso, convivencia que acaeció en la ciudad de Bogotá, más exactamente en el Barrio Santa Catalina.

Que conoció al fallecido en el año de 2003 en la ciudad de Bogotá, y a los dos meses inició la convivencia como pareja; que en el año 2009 se trasladaron a una vereda ubicada en el Municipio de Albán Cundinamarca, a una finca que adquirió en virtud de una sucesión. Puntualizó que el causante falleció en el mes de enero de 2015 como consecuencia de un infarto y que nunca existió una separación como pareja; que el fallecido tenía un vehículo automotor y por ende debía hacer viajes a Bogotá a la Zona Franca, al igual que como pareja procrearon un hijo de nombre *Jeison Sánchez*.

Que no tiene conocimiento que el causante fuese casado ni que tuviera hijos, y no le conoció otra relación sentimental.

El testigo *Eladio Gómez Robayo*, refirió que es agricultor y distingue a la demandante desde el año 2010 porque son vecinos. Que cuando conoció a la demandante en la convivió con el causante. Que él como testigo en ocasiones le daba trabajo al fallecido y a la actora recogiendo café, y tiene conocimiento que cuando el causante falleció se encontraba trabajando en Bogotá en la Zona Franca.



Relata que la pareja nunca se separó, ya que siempre veía al causante en la casa de la demandante, tuvieron un hijo de nombre *Jeison Sánchez*, quien tiene aproximadamente 15 años de edad; no tiene conocimiento si el causante era casado o tenía otra relación a parte de la demandante.

Por último, mencionó que el demandante estaba en constante movimiento de la finca a la ciudad de Bogotá ya que trabajaba en ambas partes, pero siempre vio que la pareja convivía.

La testigo *María del Carmen Vargas de Vargas*, argumentó que es vecina de la demandante aproximadamente hace 11 años, misma circunstancia por la que conoció al causante, que la pareja tiene un hijo de nombre *Jeison Sánchez Buitrago* y que siempre los vio conviviendo, sumado a que el causante en ocasiones se ausentaba porque hacía trabajos en Bogotá, a pesar de esto, siempre fue pareja de la demandante.

De las pruebas testimoniales referidas, puede concluir la Sala que entre la demandante y el señor *Reinaldo Sánchez Quiroga*, existió una convivencia ininterrumpida de por lo menos 10 años antes del fallecimiento, pues nótese que ambos testigos fueron contestes en señalar que son vecinos de la demandante desde aproximadamente el año 2008, de ahí que tengan conocimiento que la pareja siempre tuviese un trato constante, tanto así que dicha unión se procreó a *Jeison Sánchez Buitrago*, quien nació el 13 de septiembre de 2004 como da fe el Registro Civil de Nacimiento (Fl. 19), lo que reafirmó el lazo afectivo que tuvieron como pareja, dejándose de presente además que dentro del expediente administrativo obran declaraciones extra proceso de los declarantes ya mencionadas, las cuales se ratificaron en el plenario.

Ahora, si bien de las declaraciones se precia que ambos testigos fueron contestes en señalar que el causante en ocasiones se trasladaba para la ciudad de Bogotá, aspecto que también lo adujo la actora en el interrogatorio de parte rendido, dicha situación obedeció a temas laborales del fallecido, aspecto por el que no se puede considerar que existió una ruptura de la convivencia, pues se itera, de los dichos de los testigos se extrae que la pareja en todo momento permaneció unido; circunstancia por la cual, es palmario el derecho a recibir esta prestación por la demandante señora *Quintina Buitrago Calderón*.

En lo que respecta a *Jeison Sánchez Buitrago*, sin dubitación alguna le asiste el derecho como quiera que según se desprende del Registro Civil de Nacimiento, es hijo del fallecido y en la actualidad cuenta con 16 años de edad, lo que conlleva a que la



prestación se reconozca en un 50% tanto para la demandante en su calidad de compañera permanente, como para *Jeison Sánchez Buitrago* como hijo, dejando de presente que el derecho para este último irá hasta los 18 años o hasta los 25 años siempre y cuando acredite estudios conforme lo regula la norma, y una vez se haya extinguido el derecho la pensión se acrecentará en un 100% a la demandante conforme, lo dispuso el fallador de instancia.

f. De la condena por concepto de intereses moratorios:

En lo que respecta al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 ordenados en primer grado, estos serán confirmados, pues nótese que de una parte, la encartada en su momento mediante Resolución No. 015602 de 2000 negó la pensión de vejez del causante por considerar que por no estar haber efectuado cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no era procedente el reconocimiento del derecho, argumento que resulta desacertado, en tanto la prerrogativa en mención no exige tal condición, y de otra, la entidad al resolver la pensión de sobrevivientes perseguida por la demandante mediante la Resolución SUB 117189 de 2017, desechó la prestación por considerar que el causante en vida recibió una indemnización sustitutiva sin efectuar el análisis sobre el yerro en que había incurrido en la ya referida Resolución No. 015602 de 2000.

Por lo anterior, se confirmará la condena impuesta por este concepto, máxime si se tiene en cuenta que la reclamación de pensión se presentó el 26 de mayo de 2017 (Fls. 22 y 23), fulminándose la condena dentro de los cuatro meses posteriores como lo fue el 27 de septiembre de 2017, lo que se acompasa con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condena que se deberá reconocer por la entidad hasta el momento en que se efectúe el correspondiente pago.

g. De la excepción de prescripción:

Como quiera que la demandante presentó la reclamación administrativa el 26 de mayo de 2017 (Fl. 22), presentándose la demanda el 9 de agosto de 2018 y notificándose a la encartada dentro del año siguiente, más exactamente el 4 de septiembre de 2018 (Fls. 41 y 43), las mesadas pensionales causadas por el fallecido que como ya se dijo ostentó el derecho pensional *post mortem* a partir del 1º de junio de 2001, se encuentran prescritas con anterioridad al 25 de mayo de 2014 atendiendo lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con lo regulado en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., en lo que respecta a la demandante señora *Quitina Buitrago Gualdrón*.



No sucede lo mismo frente al hijo menor del causante *Jeison Sánchez Buitrago*, toda vez que como lo ha indicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, siendo una de ellas la SL009-2019, Radicación No. 64566 del 23 de enero de 2019, la prescripción empieza a operar una vez cumplida la mayoría de edad o al ejercerse la acción correspondiente por parte del representante del menor de edad, por lo que al haber fallecido el causante el 29 de enero de 2015 (Fl. 18), y ser *Jeison Sánchez* menor en la actualidad, el término prescriptivo trienal para este sobre las mesadas pensionales derivadas de la pensión *post mortem* operó con anterioridad al 29 de enero de 2012 como así lo asentó el fallador de instancia, por lo que hay lugar a confirmar este puntualísimo aspecto, sin que sea de resorte el argumento de *Colpensiones* para tomarse el mismo término prescriptivo al aplicado para la señora *Quintina Buitrago Gualdrón* en su calidad de compañera permanente.

De otra parte, y como lo sostuvo el *a-quo*, de la condena impuesta habrá de ordenarse el valor que *Colpensiones* le reconoció al causante en vida por concepto de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que se le otorgó a través de la Resolución No. 002566 de 2001.

Por último, la sentencia de primer grado habrá de adicionarse, en el sentido de indicar que del retroactivo reconocido tanto a la señora *Quintina Buitrago Gualdrón* como a *Jeison Sánchez Buitrago*, la entidad deberá efectuar los descuentos en salud de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, descuento que además deberá aplicarse a las mesadas pensionales que se causen a futuro.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales cuarto y quinto de la sentencia proferida el 16 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a *Colpensiones* que del retroactivo reconocido a la señora *Quintina Buitrago Gualdrón* en su calidad de compañera permanente, como a *Jeison Sánchez Buitrago* en su calidad de hijo, se efectúe el correspondiente descuento en salud

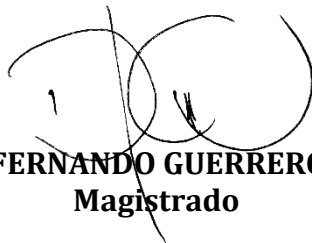


de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, descuento que además deberá aplicarse a las mesadas pensionales que se causen a futuro, así como de la indemnización sustitutiva, de manera indexada.

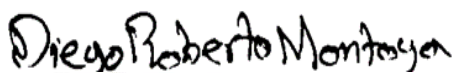
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERECERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 35 2018 00518 01
Demandante: ANÍBAL MARTÍNEZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada Leidy Carolina Fuentes Suárez, identificada con cédula de ciudadanía 1.049.614.551 y T.P. 246554 del C. S. de la J., para actuar en representación de *Colpensiones*, conforme a los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Aníbal Martínez*, promovió demanda ordinaria en contra de *Colpensiones*, *Porvenir S.A.* y *Colfondos S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado efectuada ante *Porvenir S.A.*, por cuanto la misma contenía el vicio del consentimiento de error y en tal sentido, se deberá trasladar todos los aportes junto con los rendimientos que actualmente tiene a *Colpensiones*, pues la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida está vigente.

Por consiguiente, se condene a *Colfondos S.A.* a trasladar a *Colpensiones* todos los aportes efectuados juntos con sus rendimientos, y a esta última activar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como aceptar y recibir el traslado de aportes.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 9 de septiembre de 1954, afiliándose al entonces *Instituto de Seguros Sociales* el 22 de marzo de 1991, y trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Porvenir S.A.*, el 23 de agosto de 1999.

Que antes de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, era beneficiario del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero a pesar de esto, los asesores de *Porvenir S.A.* le informaron que trasladándose tendría una cuantía pensional superior a la que se le reconocería en el *Instituto de Seguros Sociales*, sin presentarse una tabla comparativa de los montos a percibir, al igual que se le expuso que podría pensionarse a la edad que quisiera, pero sin exponérsele bajo qué circunstancias.

Seguidamente, mencionó que se le informó que el *Instituto de Seguros Sociales* se iba a liquidar; solo se expusieron las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero nunca sus desventajas, no se le indicó que el monto de la pensión depende del capital ahorrado, y que las semanas mínimas de cotización solo aplican para acceder a la garantía de pensión mínima.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra revestida por la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, tal como se estipula en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. Además, expuso que el demandante es una persona con capacidad, lo que significa que puede realizar actos jurídicos los cuales tienen plena validez al estar presente en dicha contratación.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción y la denominada genérica.

Colfondos S.A., manifestó que la afiliación suscrita por el demandante ante sus dependencias, fue un negocio jurídico válido y eficaz de manera que no se presenta causal de ineficacia de la afiliación, pues se le brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional, en la que se le explicitaron las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el



Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, así como la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Porvenir S.A indicó que el demandante, al igual que todos los demás potenciales afiliados, recibió una asesoría comparativa de los dos regímenes, su funcionamiento, características, ventajas y desventajas, forma de liquidar las prestaciones; para que basado en sus condiciones sociales, económicas, familiares y personales, condiciones que nadie conoce mejor que cada uno de los afiliados, optara por uno u otro, de forma libre, espontánea y sin presiones, tal y como consta en el formulario de afiliación suscrito válidamente por el actor.

Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de marzo de 2020, declaró la nulidad del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que ordenó a *Colfondos S.A*, devolver todos los aportes efectuados a *Colpensiones*, junto con sus rendimientos financieros. Igualmente condenó a *Colpensiones* a afiliar al demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que atendiendo los precedentes jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP demostrar el deber de información para con sus afiliados al momento del traslado, presupuesto que *Porvenir S.A.* no probó, de ahí que la afiliación efectuada por el demandante en el mes de agosto de 1999 sea nula.

De igual manera, que al declararse la nulidad, deben retornar los aportes a *Colpensiones*, y reactivarse la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. inconforme con la decisión la apeló. Adujo que, las circunstancias ocurridas en la afiliación del actor acaecieron hace más de 21 años, aspecto que debe ser tenido en cuenta, pues no es dable correr con una carga probatoria sobre los detalles de la afiliación, y en todo caso, se aportó copia del formulario de afiliación, el que se presume auténtico, por tanto, quien debió desvirtuar la información que allí se consignó es el demandante, máxime si fue la Superintendencia Financiera la que dispuso que el documento cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley.

Colpensiones manifestó que, con la decisión adoptada se está contribuyendo a la descapitalización del sistema pensional, máxime si el demandante manifestó en el interrogatorio de parte que conocía la características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo era que tenía una cuenta independiente, con la que se iba a financiar a pensión de acuerdo a las cotizaciones que realizara, que se podría pensionar anticipadamente, aunado que a la fecha del traslado el demandante no tenía derechos adquiridos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.



Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones,*



pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 23 de agosto de 1999 a *Porvenir S.A.*, (Fls. 172), el que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, fue enfático en exponer que la asesoría careció de información trascendental para la definición de su derecho pensional.

De tal manera que se al no cumplir la parte accionada con el *onus probandi* respecto del cabal cumplimiento del deber de información, resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, motivo que impele a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.



“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.



“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, la *Colfondos S.A.*, por ser el fondo pensional donde en la actualidad se encuentra afiliado el demandante como da fe el respectivo formulario de afiliación (Fl. 137), tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Por otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Por último, se deja de presente que de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado más no la nulidad, por lo que atendiendo los postulados jurisprudenciales ya referenciados la decisión de primer grado se modificará parcialmente por este puntualísimo aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR INEFICAZ** la afiliación efectuada por el demandante señor *Aníbal Martínez* ante *Porvenir S.A.* el 23 de agosto de 1999, al tenor de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

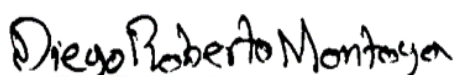
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y alzada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

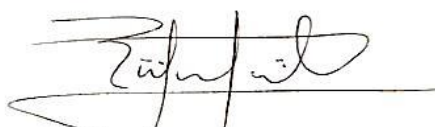
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 05 2018 00578 01
Demandante: LUZ PATRICIA SABOGAL CAMACHO
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *Alida del Pilar Mateus García*, identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Porvenir S.A.* y *Protección S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones* de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Luz Patricia Sabogal Camacho*, promovió demanda ordinaria en contra de *Colpensiones*, *Porvenir S.A.* y *Protección S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en su caso administrado por *Porvenir S.A.*, en virtud de la falta de información que le fue suministrada en su momento.

Por consiguiente, se ordene a las encartadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen que efectuara el 7 de octubre de 1994, y a *Protección S.A.* trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y que esta



última la reciba sin solución de continuidad, junto con la corrección y actualización de su historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 7 de julio de 1964, afiliándose al antiguo Instituto de Seguros Sociales el día 23 de julio de 1986.

Que el 7 de julio de julio de 1994, encontrándose laborando al servicio del empleador Laboratorios Bussie, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de *Porvenir S.A.*, sin una suficiente ilustración por parte de la AFP, de ahí que haya existido una indebida información conforme a los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que ha cotizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad un total de 1212 semanas, encontrándose afiliada en la actualidad a *Protección S.A.*; que no se le informó sobre la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, entre otros aspectos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que el traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es válido, ya que bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar los asesores de la AFP prestaron dicha asesoría de manera expresa, clara y precisa sobre las consecuencias y beneficios de la escogencia de dicho régimen el cual fue ratificado y consentido por la permanencia durante todo este tiempo hasta la presentación de la demanda, aunado a que no obra prueba que advierta que la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

Porvenir S.A. adujo que por intermedio de sus asesores proporcionó a la afilia toda la información acerca del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dándole a conocer los requisitos para obtener la pensión de vejez, las distintas modalidades que ofrece, la negociabilidad del bono, así como los beneficios de poderse pensionar a una



edad anticipada, por lo que la decisión del traslado de la demandante obedeció a una decisión libre e informada.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica.

Protección S.A. adujo que para el momento de la afiliación de la actora ante sus dependencias no existió omisión alguna de la información suministrada, ya que se afilió de manera libre, espontánea y sin presiones, libre de error, fuerza o dolo, por lo que la información brindada fue correcta, clara, honesta, comprensible, adecuada y suficiente para ilustrar su decisión.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción, inexistencia de la obligación de devolverla comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 declaró la nulidad del traslado que efectuara la actora a través de *Porvenir S.A.*, por lo que le ordenó a *Protección S.A.*, trasladar a *Colpensiones* el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, ordenándoles a su vez a la última referida recibir los aportes de la actora y actualizar su historia laboral.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que, de conformidad con los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es carga de la AFP acreditar la debida información al momento del traslado de la afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aspecto que no fue demostrado dentro del presente asunto, pues no se puede pretender que dicha información se haya suministrado con el contenido de lo referido en el formulario de afiliación.

III. APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. inconforme con la decisión la apeló. Refirió en su argumento que el estudio de la nulidad y/o ineficacia conforme el criterio pacífico de la jurisprudencia, no se debe hacer de una manera automática, sino que debe analizarse cada caso en particular, y en



tal sentido para el momento del traslado de la demandante no había más obligación que suscribir el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que dicho documento no se puede entender como un simple formato sino como un documento público que no fue tachado de falso, máxime que contempla los estándares legales establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y que incluso la Superintendencia Financiera de la época avalaba.

Protección S.A. adujo que, la demandante suscribió ante el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad dos actos jurídicos subsistentes y valederos tanto en *Porvenir S.A.* como ante sus dependencias, AFP que administraron de manera diligente sus aportes durante más de 15 años, más aún si constituyó un bono pensional que como lo ordena la ley es capitalizado y actualizado, el cual servirá para cerrar la brecha pensional de la demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o



jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento*



histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se



tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en dentro del plenario, se aportó el formulario de afiliación que suscribiera la demandante ante *Porvenir S.A.* el día 7 de octubre de 1994 (Fl. 123), el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado una información adecuada sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos, de lo que se colige la falta del deber de información.

En ese orden de ideas, al no haber cumplido la AFP con el *onus probandi* que le correspondía respecto del cumplimiento del deber de información, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”



De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado, ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.



Por lo anterior, no existe razón de que se vea afectado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP, tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Por otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Por último, se deja de presente que de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado mas no la nulidad, por lo que, atendiendo los postulados jurisprudenciales ya referenciados, la decisión de primer grado se modificará parcialmente en este puntualísimo aspecto. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

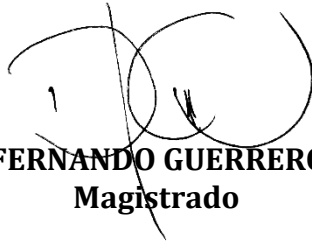
PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR INEFICAZ** la afiliación efectuada por la demandante señora *Luz Patricia Sabogal Camacho* ante *Porvenir S.A.* el 7 de octubre de 1994, al tenor de lo establecido



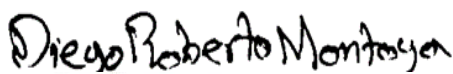
en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 08 2018 00734 01
Demandante: AURA MARINA MAYORGA QUINTERO
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Se reconoce personería a la abogada Ali del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la J., para actuar en representación de *Colpensiones* en los términos del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuestos por *Porvenir S.A.* y *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 17 de junio de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Aura Marina Mayorga Quintero*, promovió demanda ordinaria en contra *Colpensiones*, *Porvenir S.A.* y *Colfondos S.A.*, con la finalidad que se declare que al momento en que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de las AFP encartadas, estas incumplieron con el deber de información al no brindarle una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.

Por consiguiente, se condene a *Colfondos S.A.*, trasladar a *Colpensiones* la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, condenando a su vez a *Colpensiones* a activar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como a recibir la totalidad de los aportes a pensión y demás emolumentos a que hubiere lugar.



1.1 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que nació el 22 de julio de 1958, iniciando sus aportes a pensión al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de CAJANAL el 8 de noviembre de 1983.

Que para el 11 de mayo de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por intermedio de la AFP Horizonte, hoy en día *Porvenir S.A.*, contando para dicha data con 39 años de edad, y en la actualidad se encuentra afiliada a *Colfondos S.A.*

Seguidamente puntualizó que el asesor de *Porvenir S.A.* en su entonces, le informó que el ISS se encontraba atravesando por graves problemas financieros lo que hacía poco probable que se pudiera pensionar, informándole que de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se le podría asegurar una pensión de mayor valor, sin que se haya desplegado una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna y pertinente para proveer las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado.

Que también se omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como también de las características de ambos regímenes pensionales, no le informó la probabilidad que tendría de pensionarse en cada régimen, cuál sería el monto de su pensión de vejez mediante proyecciones objetivas que le permitieran tomar una decisión informada y consiente.

Por último, asentó que no se le informó sobre la posibilidad que tendría de retornarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes del cumplimiento de los 47 años de edad, no se le efectuó una proyección pensional entre uno y otro régimen, entre otros aspectos.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que la afiliación que realizara la demandante a *Porvenir S.A.* no es nula y/o ineficaz, toda vez que dentro del presente proceso obran medios de prueba suficientes que conllevan a determinar que el traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa con relación a los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse de régimen.



Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la denominada innominada o genérica.

Colfondos S.A., por su parte manifestó en su contestación que, siempre cumplió con el deber de informar, por lo que jamás existió omisión, como tampoco indebida o equivocada asesoría, máxime si la demandante es una persona mentalmente estructurada que contaba con la capacidad de sopesar los argumentos manifestados por los asesores, a fin de determinar si realmente le convenía o no adoptar dicha decisión.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Porvenir S.A., arguyó que, en la afiliación realizada por la demandante ante sus dependencias, se le suministró una información clara y veraz provistas de elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión transparente, tal como lo estipula el numeral 1º del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993, adicional a que se le resaltó que el monto de su pensión dependería del capital depositado en su cuenta individual de ahorros, que tendría derecho a la obtención de un bono pensional si había cotizado 150 semanas en los tres años anteriores a su traslado de régimen pensional, y el capital para la obtención de la pensión sería mínimo el 110% del valor del salario mínimo.

Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante que realizara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año de 1994 a través de *Porvenir S.A.*, por lo que ordenó a *Colpensiones* admitir su traslado.

También condenó a *Colfondos S.A.*, devolver con destino a *Colpensiones*, todos los valores que hubiere recibido por motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses y rendimientos que se hubieren causado, ordenando a *Colpensiones* aceptar dichos emolumentos.



Para arribar a dicha conclusión, indicó que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste, sino porque justamente es obligación de estas consagradas desde el Decreto 663 de 1993.

Que en tal sentido, de las probanzas arriadas al plenario, no se advirtió que *Porvenir S.A.* hubiera suministrado la debida información al momento de traslado de la actora, máxime si la señora *Aura Marina Mayorga Quintero*, no confesó en el interrogatorio de parte rendido haber recibido información adecuada cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de ahí que la afiliación se considere ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. inconforme con la decisión la apeló. Adujo que, al momento del traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se le brindó información clara, expresa y suficiente sobre las modalidades entre uno y otro régimen pensional, cumpliendo a cabalidad con los requisitos normativos para su entonces, sumado a que al haber realizado la demandante diferentes traslados entre regímenes privados, es claro el conocimiento de las características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Colpensiones igualmente apeló la decisión, bajo el entendido que es inequitativo atribuirle una carga a las AFP que no les asiste, como quiera que la demandante al momento en que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la única carga normativa que existía era la suscripción del formulario de afiliación, como tampoco había algún precedente jurisprudencial que estableciera la obligación aquí condenada, más aún si la demandante efectuó varios traslados horizontales en distintas AFP.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información



necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que del reporte del sistema SIAFP de Asofondos, se advierte que la demandante tuvo su primera vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la antigua AFP Horizonte, hoy en día *Porvenir S.A.* el 4 de noviembre de 1994 (Fl. 237), teniendo con posterioridad traslados entre el mismo régimen pensional a *Colfondos S.A.* y nuevamente a *Porvenir S.A.*, como da fe los formularios de suscripción en los años de 1997 y 1999 respectivamente (Fls. 177 y 239).

Por lo anterior, al no haberse aportado el formulario primigenio de afiliación, es palmario que no se acreditó el suministro de una información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, motivo por el cual le asistió razón a la *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.



Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».



“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no existe razón de que se vea afectado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

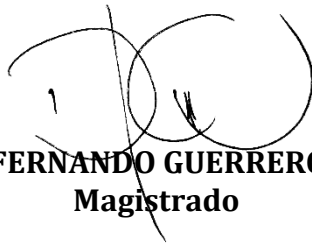


RESUELVE:

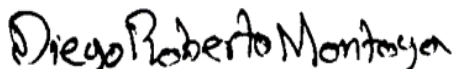
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 17 de junio de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

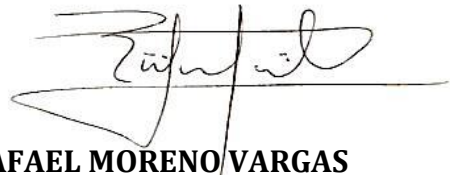
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 25 2015 00866 01
Demandante: ELSA GLADYS CASTRO MORENO
Demandado: COLPENSIONES y LUIS FRANCISCO ESCOBAR GAITÁN
como propietario del establecimiento del comercio
FUNERARIA ESCOBAR
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Se reconocer personería para actuar en representación de Colpensiones, a la abogada Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la J.

A su turno, el demandante allega poder de sustitución, en virtud del cual se le concede personería adjetiva para actuar en calidad de apoderado de la parte actora al profesional del Derecho *Fabio Eduardo Del Castillo Diaz Rodríguez*, identificado con C.C 79.939.942 y T.P 178.960 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Elsa Gladys Castro Moreno*, instauró demanda ordinaria en contra *Colpensiones* y el señor *Luis Francisco Escobar Gaitán* como propietario del establecimiento de comercio *Funeraria Escobar*, para que se declare que entre ella y el señor *Luis Francisco Gaitán* existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 1996 y el 31 de diciembre de 2004, respecto del cual el demandado no le efectuó la totalidad de los aportes pensionales.

Por consiguiente, se lo condene al pago de dichos aportes pensionales, y a su vez a *Colpensiones* al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 4 de octubre de 2014, atendiendo que es beneficiario del régimen de transición junto con los



incrementos de ley, así como al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 4 de enero de 1959, por lo que cumplió 55 años de edad el mismo mes y día de 2014, de ahí que sea beneficiaria del régimen de transición.

Que ha cotizado ante *Colpensiones* un total de 873 semanas durante toda su vida laboral, estando vinculada laboralmente con el demandado *Luis Francisco Escobar Gaitán* en la Funeraria Escobar – Sede Madrid por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 1996 y el 31 de diciembre de 2004, sin que le hubiese efectuado la totalidad de los aportes en pensión.

Mencionó que solicitó la pensión de vejez ante *Colpensiones* el 20 de octubre de 2014, prestación que le fue negada mediante Resolución GNR 71616 de 2015 por no cumplir con el requisito de semanas, lo que conllevó a que el 5 de junio de 2015 solicitara revocatoria directa del mencionado acto administrativo, sin que la encartada se hubiese pronunciado al respecto.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que la demandante no cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez y por ende no tiene derecho al derecho pretendido.

Formuló las excepciones de ausencia de derecho sustantivo, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, imposibilidad de condena en costas y prescripción.

El demandado *Luis Francisco Escobar Gaitán*, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Funeraria Escobar Madrid, adujo que la demandante estuvo vinculada laboralmente por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 1996 y el 20 de septiembre de 1998, y entre el 10 de junio de 1999 y el 18 de abril de 2000, prestando servicios personales en una jornada de 4 horas diarias, de lunes a sábado en el cargo de oficios varios, aunado a que en dichos extremos también prestó sus servicios en favor del señor *Aniceto Carrillo Cortés* en el cargo de cuidadora de la finca de este en el Municipio de Madrid.

Que en los referidos extremos laborados por la actora, cumplió con su obligación legal de pagar fines pensionales.



Propuso las excepciones de insuficiencia de poder o derecho de postulación por activa, inexistencia de relación laboral entre la demandante y el codemandado *Escobar Gaitán*, ilegalidad en la causa por pasiva del codemandado *Luis Francisco Escobar Gaitán*, cobro de lo no debido, buena fe, acción temeraria y mala fe de la parte actora, y la genérica o innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral de Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de marzo de 2020, absolvió a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que del conjunto de pruebas obrantes en el plenario se evidenció que en efecto entre la demandante y el señor *Luis Francisco Escobar Gaitán*, como propietario del establecimiento de comercio *Funeraria Escobar*, existió una relación laboral entre el 1º de diciembre de 1996 y el 30 de abril de 2000, sin que el extremo final de la misma hubiese sido el pretendido por la demandante, sino hasta el 31 de diciembre de 2004.

En lo que concierne al derecho pensional, adujo el *a-quo* que la demandante por su edad era beneficiaria de régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, a pesar de ello, no logró acreditar 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 para que el régimen transicional se hubiese extendido hasta el año 2014, en razón a que para dicha anualidad fue que cumplió los 55 años de edad.

Que tampoco cumplió con el requisito pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, como quiera que cuenta con un total de 877 semanas, sin cumplir con la densidad de semanas establecidas en la normativa en comento.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Adujo que en lo que concierne a la relación laboral que tuvo con el demandado *Luis Francisco Escobar Gaitán*, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio *Funeraria Escobar Madrid*, no fue controversia de la existencia del contrato de trabajo desde el 1º de diciembre de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2004, como quiera que es evidente del reporte de semanas emitido por *Colpensiones*, que existió afiliación por el demandado en el periodo de diciembre de 1996, efectuando cotizaciones en forma continua hasta el 30 de abril de 2000.



Que debe tenerse en cuenta, que nunca existió novedad de retiro por el demandado, hecho que se determina con el interrogatorio de parte surtido por este, quien manifestó que no era el encargado de realizar tal gestión, por el contrario, de las pruebas obrantes en el plenario, en especial las declaraciones extra proceso y los testimonios recaudados, se puede colegir que en efecto el contrato de trabajo se extendió hasta el 31 de diciembre de 2004.

Por último, refirió que en lo que atañe al salario, debe tenerse en cuenta el consagrado en el reporte de semanas de *Colpensiones* a razón de los diferentes aportes efectuados por el demandado que fu el S.M.L.M.V. para cada anualidad, así como que el *a-quo* no estableció si efectivamente el demandado durante el interregno declarado como contrato, efectuó la totalidad de los aportes pensionales, de ahí que sea beneficiaria del régimen de transición y por consiguiente, merecedora de la pensión de vejez a la luz de lo preceptuado en el Decreto 758 de 1990.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si entre la demandante y el demandado *Luis Francisco Escobar Gaitán*, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Funeraria Escobar Madrid, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 2000 y el 31 de diciembre de 2004, con la finalidad que respecto de dicho interregno se imputen las semanas a pensión.

Asimismo, la Sala auscultará si es procedente la pensión deprecada por la demandante.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar y como se asentó en la decisión de primer grado, que se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante *Elsa Gladys Castro Moreno* y el señor *Luis Francisco Escobar Gaitán*, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Funeraria Escobar Madrid, por el periodo comprendido



entre el 1º de diciembre de 1996 y el 30 de abril de 2000 sin solución de continuidad, sin que dicha temporalidad hubiese sido refutada por ninguna de las partes, aspecto que conduce a que dicho interregno se mantenga incólume.

Por consiguiente y como quedó asentado en el primer problema jurídico planteado, deberá determinarse si en efecto dicha relación laboral se extendió hasta la data alegada por la demandante, que lo fue el 31 de diciembre de 2004, ello con la finalidad de que los aportes pensionales sean tenidos en cuenta para el estudio de la prestación deprecada.

En tal sentido, en primer lugar, debe advertirse que según se desprende del reporte de semanas cotizadas por la demandante y emitido por *Colpensiones*, de su contenido se aprecia que el demandado *Luis Francisco Escobar Gaitán* efectuó aportes desde el 1º de diciembre de 1996 hasta el 30 de abril de 2000 (Fl. 18 y 45).

Por otra parte, se recaudó el testimonio de la señora *Luz Marina Novoa Martín*, quien mencionó que conoce a la demandante hace más de 30 años porque son amigas y vecinas, conociendo a su vez al señor *Luis Francisco Escobar Gaitán* como el empleador de la actora por ser el propietario de la Funeraria Escobar de Madrid, ubicada en el Municipio de Madrid Cundinamarca. Adujo que la demandante inició a laborar en la funeraria el 1º de diciembre de 1996 y terminó sus labores el 31 de diciembre de 2004, desempeñando el cargo de oficios varios; no conoce el tipo de contrato que suscribieron las partes, ni tampoco el salario devengado; refirió que la actora dejó de prestar sus labores en consideración a que su hija se encontraba enferma, teniendo conocimiento que dicha renuncia fue verbal, lo cual conoce por cuanto al ser amiga de la demandante, le comentó dicha situación.

Indicó que no conoce al señor *Aniceto Carrillo Cortés*, y le consta que la demandante vivió en la finca que queda ubicada al lado del Barrio San Francisco, pero sin tener conocimiento si la demandante le prestó servicios de carácter laboral. Que la demandante había hecho un convenio con el demandado de que no se le efectuara aportes a salud, pero sí en pensión, sin que se le haya sufragado la totalidad de aportes por este concepto, y conoció de este aspecto por cuanto fue la misma demandante quien se lo comentó.

Que era el señor *Luis Francisco Escobar Gaitán* quien le impartía las órdenes, y eso le consta por cuanto en ocasiones ella como testigo se encontraba en la funeraria cuando saludaba a la actora, aunado a que no observó que otra persona realizara las labores de oficios varios en la funeraria.



Puntualizó que cuando la demandante prestó sus labores al demandado vivía en el barrio San Francisco, y que ella como testigo desde el 1º de diciembre de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2004 se dedicaba al hogar, ya que no estaba trabajando, que no estuvo cuando finalizó el vínculo laboral entre las partes y fue la demandante quien le comentó al respecto.

El testigo *Juan Gabriel Bocanegra Escobar*, refirió que es el yerno de la demandante, y conoce al demandado *Luis Francisco Escobar Gaitán* hace más de 20 años, por cuanto trabajó en un banco ubicado en el Municipio de Madrid Cundinamarca, siendo el demandado cliente; de ahí que hubiesen tenido cierto contacto. Que el demandado es propietario de una funeraria denominada Funeraria Escobar, ubicada en Madrid.

Aseveró que la demandante trabajó en la Funeraria Escobar desde el año de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2004, cumpliendo actividades de oficios varios.

Refirió que él como testigo entre el año de 1996 hasta el año 2004 estudiaba y trabajaba en el Municipio de Madrid, no sabe el tipo de contrato que tenía la actora con el demandado, pero da fe que ella trabajaba, por cuanto cuando se acercaba a la funeraria siempre se encontraba laborando, e incluso la veía fines de semana. Que no tiene conocimiento cual era la remuneración que recibía la demandante ni como era la forma de dichos pagos.

Que el motivo de la renuncia de la demandante en el mes de diciembre de 2004 fue porque su hija estaba embarazada y tuvo una amenaza de aborto, por lo que la actora la cuidó, recalcando que mientras la señora *Elsa Gladys* trabajó, nunca se ausentó de sus labores, no conoce si el demandado tenía afiliada a la actora en salud.

El demandado *Luis Francisco Escobar Gaitán* manifestó en su interrogatorio de parte que conoce a la actora porque prestó sus servicios en la funeraria como aseadora, trabajando desde el año de 1996 hasta 1998 y con posterioridad desde el año 1999 hasta el 2000, negando que la relación laboral se haya extendido hasta el año 2004.

Refirió que el servicio prestado por la demandante lo fue por horas de lunes a viernes, toda vez que también trabajaba como administradora en la finca de propiedad del señor *Aniceto Cortés* cuidando el ganado, y que durante el periodo 2000 a 2004 había una persona que le hacía el aseo a su negocio.

De lo expuesto por los testigos, si bien en inicio fueron contestes en manifestar que la demandante laboró en la funeraria del demandado por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 1994 y el 31 de diciembre de 2004, sus dichos no logra formar el convencimiento a efectos de declarar la relación laboral hasta el año 2004.



Lo anterior, en razón a que como lo determinó el fallador de instancia, dichos testigos son de oídas, pues como se expuso en referencia, no fueron personas que tuvieran conocimiento directo del vínculo contractual alegado, ya que en sus dichos tan solo manifestaron que veían de vista a la actora trabajar en la funeraria, no sabían la clase de contrato que esta había celebrado con el demandante, como era la forma de pago del salario ni las modalidades contractuales que se había pactado, de ahí que no tengan conocimiento directo de lo pretendido, por lo cual no es dable de sus dichos extraer una continuada prestación del servicio con posterioridad al año 2000.

Por el contrario, la testigo *Luz Marina Novoa Martín* siempre manifestó tener conocimiento de sus dichos por cuanto la demandante era la que le contaba las circunstancias de su presunto vínculo laboral ya que tenían una amistad de más de 30 años, e incluyo el señor Juan Gabriel Bocanegra Escobar quien es yerno de la actora, tan solo refirió que la veía en la funeraria sin exponer circunstancias certeras de modo, tiempo y lugar.

Ahora, si bien yacen unas declaraciones extra juicio de los testigos aquí declarantes (Fls. 21 y 23), donde puntualizaron que la demandante laboró al servicio de demandada desde el 1 de diciembre de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2004, de lo analizado por la Sala a dichas declaración no se les puede asignar la credibilidad temporal que se pretende, más aún si la testigo *Luz Marina Novoa Martín*, incluso expuso en su declaración no recordar lo declarado extraprocesalmente; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado se confirmará por este puntualísimo aspecto.

Del estudio de la pensión de vejez

Como ya se dijo, no hay discusión que la relación laboral que perduró por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 1996 y el 30 de abril de 2000 sin solución de continuidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, confrontado el reporte de semanas que emitiera Colpensiones (Fl. 18), la misma refleja que cotizó un total de 873.30 semanas.

En este punto, es necesario que la Sala aborde los verdaderos tiempos cotizados por la actora para poder efectuar el estudio pensional, atendiendo que la entidad no tuvo en cuenta la totalidad de semanas que en su momento debió cotizar el demandado señor *Luis Francisco Escobar Gaitán* por los extremos del contrato de trabajo aquí declarado, ya que a pesar de que dicho interregno se refleje en el reporte, no se encuentra la totalidad del tiempo, como pasa se exponerse a continuación:



EMPLEADOR	DESDE	HASTA	SEMANAS	SEMANAS FALTANTE POR IMPUTAR
	26/10/1976	21/07/1981	247,14	
	23/08/1982	21/12/1982	17,29	
	5/10/1982	31/08/1985	140,57	
	1/09/1985	29/04/1988	138,86	
	4/06/1992	1/01/1994	82,43	
ESCOBAR GAITÁN LUIS	1/12/1996	31/12/1996	4,29	
ESCOBAR GAITÁN LUIS	1/01/1997	31/12/1997	51,43	
ESCOBAR GAITÁN LUIS	1/01/1998	31/12/1998	33,86	17,57
ESCOBAR GAITÁN LUIS	1/01/1999	31/12/1999	10,29	41,14
ESCOBAR GAITÁN LUIS	1/01/2000	30/04/2000	10	7,16
	1/06/2011	31/08/2011	12,86	
	1/10/2011	31/01/2012	17,14	
	1/02/2012	31/08/2012	30	
	1/10/2012	31/10/2012	4,29	
	1/12/2012	31/01/2013	8,57	
	1/02/2013	31/05/2013	17,14	
	1/07/2017	30/09/2013	12,86	
	1/12/2013	31/01/2014	8,57	
	1/02/2014	31/07/2014	25,71	
	TOTAL SEMANAS		873,30	65,87

Conforme lo demuestra la descripción de semanas, la entidad tuvo en cuenta un total de 873.30 semanas, pero sin percatarse que el empleador *Luis Francisco Escobar Gaitán* haya efectuado la totalidad de aportes por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 1992 y el 30 de abril de 2000, que como se indicó dejó de aportarle a la actora 65.87 semanas.

En tal sentido, es palmario que la demandante en toda su vida laboral cotizó un total de 937.19 semana, y bajo esta premisa procede la Sala a resolver la pensión pretendida.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.



Puestas así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos hasta el 31 de julio de 2010, o para el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando en ese evento tuviesen 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

En el caso de la demandante, según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, la cual reposa a folio 19, se tiene que nació el 4 de enero de 1959, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, de ahí que en principio sea beneficiaria del régimen de transición, y al cumplir la edad pensional de 55 años el 4 de enero de 2014, debía acreditar las 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, requisito que cumplió toda vez que al 29 de julio de 2005 había cotizado 802.03 semanas, de ahí que su derecho pueda analizarse a la luz de Decreto 758 de 1990.

Tal disposición en su artículo 12, prevé la pensión de vejez, para el caso de las mujeres, cuando cumplan 55 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

La demandante cumplió la edad exigida el 4 de enero de 2014, pues se itera, nació el mismo mes y día del año 1959, y al confrontar los tiempos cotizados, conforme se desprende del reporte de semanas allegado por *Colpensiones* y los cálculos efectuados por la Sala, como ya se dijo en toda su vida laboral cotizó un total de 937.19, de lo que se puede colegir sin lugar a dudas de una parte que no ostentó las 1000 semanas en cualquier tiempo, y de otra, tampoco acreditó el requisito de las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, toda vez que tuvo un total de aportes de 312.88 semanas.

Por otra parte, realizado el estudio pensional bajo los apremios del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, tampoco le asiste el derecho a la prestación con esta prerrogativa cuyos requisitos son:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*



A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

A pesar que la demandante cumplió con los 55 años de edad, no acreditó las 1300 semanas que regula la disposición normativa, por lo que la Sala puede concluir que habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado al no asistirle a la demandante el derecho pensional. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

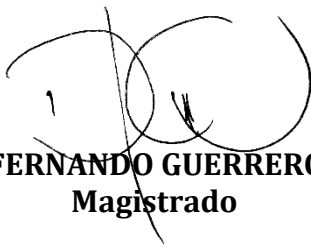
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

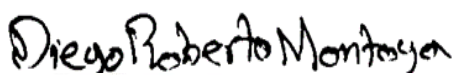
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

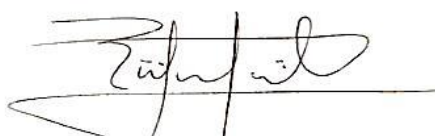
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020





REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 37 2016 00716 01
Demandante: JAIRO ORTIGOZA OLAYA Y EFRAÍN
CASTAÑEDA AGUIRRE
Demandado: COPROPIETARIOS EDIFICIO NOVA I
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Conforme al poder allegado por la demandada, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *Mario Iban Álvarez Milán*, identificado con C.C No 4.119.299 y T.P No 85404.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación formulado por el demandante contra la sentencia proferida el 17 de enero del 2020 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

Los señores *Jaime Ortigoza Olaya y Efraín Castañeda Aguirre* formularon demanda ordinaria laboral en contra del *Edificio Nova I* y sus Copropietarios, refiriendo que existió como medio vinculante un contrato de trabajo; en consecuencia deprecia se condene a los demandados al pago de prima de servicios, compensación de vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, trabajo suplementario por horas extras, dominicales y festivos, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestaron que vienen prestando sus servicios personales a los demandados, en virtud de un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 15 de febrero de 1996; posteriormente, la copropiedad demandada le solicitó que constituyera una Empresa Asociativa de Trabajo, la cual se denominó “*Resiservicios Ltda.*”, para poder continuar laborando. Para ello, el administrador del edificio realizó los trámites correspondiente a través del señor *Jorge Haylock Fernández*, para poderla constituir el 9 de febrero del 2006 y se eleva el respectivo contrato el 15 de abril del 2009.

Precisa que las labores realizadas por *Jairo Ortigoza Olaya* fueron de celaduría, cuidado de vehículos, recepción de documentación, manejo de la puerta del edificio y registro de visitantes, en un horario por turnos de 24 horas de lunes a sábado, con una remuneración salarial igual a \$1.840.169, debiendo asumir el pago de su dotación y seguridad social

En lo que atañe a *Efraín Castañeda Aguirre*, los servicios se vienen prestando desde el 14 de marzo del 2006, igualmente ejerciendo labores de celaduría por turnos de 24 horas, sin obtener el pago por el trabajo suplementario, percibiendo un último salario igual a \$1.215.913.

Se destaca que en la reforma de la demanda que el contrató finalizó sin justa causa el 30 de diciembre del 2016 y por ende, solicita el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto y la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Francelina Moreno de Zapata, en calidad de copropietaria, se opuso a las pretensiones alegando que jamás suscribió un contrato de trabajo con los demandantes, proponiendo como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la relación laboral entre las partes, prescripción, inexistencia de prestación de servicios por parte de los actores y falta de legitimación en la causa por activa.



El *Edificio Nova I* a su turno se opuso a las pretensiones incoadas en su contra alegando que con los demandantes lo único que existió fue una relación de carácter comercial, según el contrato de prestación de servicios suscrito, proponiendo excepciones de mérito o fondo las de cobro de lo no debido, mala fe de los demandantes y falta de legitimación material por activa.

Daniel Arturo Rincón Alarcón, Rosa Stella Valbuena de Morales, Sara Lucia Montenegro, María Leonor Díaz Franco, Isabel Clara Eugenia López Torrijos, Claudia López Torrijos, Sofía Bernal Montejo, Luz Fabiola Gómez Montoya, Doris Liliana Vega Zuluaga, Puno Alirio Correal Bernal, Beatriz Cecilia Escobar Mejía, Olga María Gutiérrez, María Claudia Anzola Toro, Gustavo Velandia Rocha, Carlos Guillermo Cifuentes Zapata, Diego Zapata López, Javier Aristizábal Téllez, German Darío Pérez Salazar y Nohora Leticia Moreno Mora, en calidad de copropietarios, presentan escrito de contestación de la demanda, en la cual se oponen a las pretensiones aduciendo que lo que existió con los demandados fue una relación de carácter comercial. Propuso como medios exceptivos los que denominó, cobro de lo no debido, mala fe de los demandantes y falta de legitimación material en la causa por activa.

Con auto del 22 de julio del 2019 se tuvo por no contestada la demanda por parte de *Frank Manuel Wallemberg Levy, María Margarita Elizabeth Duarte de Wallemberg, Luis Alberto Silva Pataquiva, Diana Constanza Bermúdez Monsalve, Aurora Flórez Claro, María Claudia Menor Hoyos Castillo, Cesar Eugenio Díaz Guerrero, Edgar Martínez León y Ligia Consuelo Crispín Ortiz*, representados por curador *ad litem* como copropietarios.

Por su parte, la señora *Gloria Elvira Gómez*, representada mediante curador *ad litem*, en su escrito de contestación manifiesta que se atiene a lo que se declare probado dentro del proceso y formula como medios exceptivos los de prescripción, compensación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe por parte de los copropietarios y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 17 de enero del 2020, declaró que entre las partes existieron sendos contratos de trabajo: con el señor *Jairo Ortigoza Olaya* por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 1996 al 30 de septiembre del 2016, con un salario para los años 2015 y 2016 de \$1.840.169; con *Efraín Castañeda Aguirre* del 14 de marzo del 2006 al 30 de septiembre del 2016, con un último salario igual a \$1.215.913; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los derechos laborales causados con anterioridad al 6 de mayo del 2016.

Asimismo, condenó al *Edificio Nova I* a cancelar a *Jairo Ortigoza Olaya*: \$11.337.813 por concepto de auxilio de cesantías; \$123.293 por concepto de intereses de cesantías; \$1.915.592 por compensación en dinero de las vacaciones; \$1.375.015 por concepto de prima de servicios; \$44.164.056 por concepto de indemnización moratoria; así como al pago del cálculo actuarial a la AFP; a favor de *Efraín Castañeda Aguirre* \$7.335.224 por concepto de auxilio de cesantías, \$86.673 por concepto de intereses de cesantías, \$1.370.235 por compensación en dinero de las vacaciones, \$966.616 por concepto de prima de servicios; \$44.164.056 por concepto de indemnización moratoria y al pago del respectivo cálculo actuarial.

Procediendo a absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al *Edificio Nova I*.

Como sustento de su decisión indicó que se tiene acreditado que el señor *Jairo Ortigoza Olaya* constituyó una empresa para la prestación del servicio de celaduría, no obstante, aclaró que actuó en tal sentido por sugerencia del administrador de la copropiedad y con el objeto de continuar prestando el servicio, por ende la contratación celebrada en los términos antes indicados dispuso de objetos sociales vedados a empresas constituidas en los términos antes indicados, de conformidad con el Decreto 356 de 1994, toda vez que se requiere la licencia y la respectiva credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

Así las cosas, teniendo presente que nunca se contó con el permiso legal, declaró para todos los efectos legales que entre los demandantes y el *Edificio Nova 1*,



existe un contrato de trabajo a término indefinido, sin que el mismo se extienda a los copropietarios, quienes no tuvieron injerencia en la celebración de los contratos anteriormente indicados.

Refiere que la demanda fue presentada el día 19 de julio del año 2016, no obstante la última notificación operó el 6 de mayo de 2019, en consecuencia la prescripción operó con anterioridad al 6 de mayo del año 2016, con excepción del auxilio de cesantías y aportes al Sistema de Seguridad Social.

Despachó de manera desfavorable el reconocimiento del trabajo complementario y suplementario solicitado, pues si bien en este caso se acreditó con confesión ficta respecto del horario prestado por los demandantes en turnos rotativos, se refirió que en algunas oportunidades los demandantes realizaron arreglos locativos en otros edificios, hechos que incluso también se acredita con varios de los contratos arrimados directamente por el edificio demandado, lo cual arroja un margen de incertidumbre que no permite determinar con total veracidad la concreción particular de los supuestos fácticos.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación, en el que en suma indica (i) que se debió acceder a todas las pretensiones de la demanda, incluyendo las indemnizaciones, toda vez que quedó plenamente demostrada la relación laboral y la mala fe en que incurrió la parte demandada, al tratar de disfrazar los contratos de trabajo; (ii) por otra parte, que al haberse acreditado la subordinación tanto con la copropiedad como con los copropietarios, debieron ser condenados solidariamente.

(ii) En cuanto a la prescripción que para la fecha de presentación de la demanda seguían vigentes los contratos de trabajo y solo hasta el mes de septiembre de 2016, fue que se terminó dicha relación, por lo cual no trascurrieron más de tres (3) años; máxime que de manera diligente se adelantaron las actuaciones tendientes a la notificación de los accionados, por lo cual cualquier tardanza no les resulta imputable, sin que se deba dar aplicación a las previsiones del C.G.P.



IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si se debió fulminar condena por el trabajo suplementario, si operó parcialmente el fenómeno jurídico de la prescripción y si realmente existe solidaridad entre los demandados.

Igualmente, se precisa que, si bien el libelista en la alzada también alude que discrepa de la decisión respecto de algunas indemnizaciones, lo cierto es que no precisa a cuál indemnización se refiere, ni tampoco plantea dentro de sus argumentos ningún reparo que nos permita colegir a que pedimento se refiere, por manera que la Sala no estudiará este punto.

Precisando que el único argumento traído a colación que podría resultar atendible respecto a las indemnizaciones reclamadas sería el concerniente a la buena fe, pero este solo atañe a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T y a la sanción por la no consignación de las cesantías. Sin embargo, el *a-quo* si fulminó condena por la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T y la indemnización moratoria por no consignación de las cesantías no fue concedida fue por haber operado el fenómeno jurídico de prescripción frente a la misma, más no la buena o mala fe, por manera que tampoco desde este punto de vista, se podría abordar este punto de la alzada.

c. Trabajo Suplementario:



Frente a este punto, justo resulta indicar que por disposición del artículo 161 del C.S.T. la duración máxima de la jornada laboral es de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) a la semana; con todo, el empleador y el trabajador pueden acordar que la jornada semanal se realice a través de jornadas diarias flexibles distribuidas en seis (6) días de la semana, con un día obligatorio de descanso que puede o no concordar con el día domingo, destacando que en caso de trabajo por turnos, estos se podrán ajustar a los parámetros reglados en los artículos 165 y 170 del C.S.T.

Así mismo, se tiene que las labores que sean desarrolladas fuera de la jornada máxima legal generan a favor del trabajador el derecho al pago de las horas extras e igualmente, si las mismas se realizan dentro de la jornada nocturna o en dominical o festivo, le asistirá al trabajador el derecho percibir el respectivo recargo en los términos indicados en los artículos 168 y 169 del C.S.T.

Ahora, bien es sabido que acorde a las reglas de la carga de la prueba estipuladas en el artículo 167 del C.G.P le *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, por ende corresponde al demandante, no solamente demostrar que laboró mediante turnos, sino que días exactamente realizó dichos turnos, en que horarios y número de horas. Pues como bien lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, resulta necesaria la demostración clara y precisa de los interregnos que asegura haber laborado de forma adicional a la jornada ordinaria, al punto que, *“en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”*. Así se precisó en sentencia de la CSJ SL7578 del 17 de junio de 2015.

Siendo ello así, se tiene que, si bien en efecto la parte convocada a juicio admitió en el interrogatorio de parte que las labores prestadas por los demandantes se desarrollaron mediante turnos, lo cierto es que en el paginario no milita prueba de ninguna clase que nos permita corroborar respecto de cada uno de los demandantes, cuáles fueron los días efectivamente laborados, ni en que horario prestaron efectivamente sus servicios. Situación que impide a la luz de lo reglado



en la jurisprudencia en cita que se fulmine la condena anhelada por concepto de trabajo suplementario.

d. Solidaridad:

Frente a esta temática, se debe rememorar, que la solidaridad es una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas al obligado solidario las deudas insolutas, prestacionales o indemnizatorias, en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante una insolvencia económica por parte del contratista.

El artículo 34 del C.S.T, subrogado por el 3º del Decreto 2351 de 1965, dispuso:

*“1º) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.***

*“2º) **El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.*** (Subrayas fuera de texto)

Precepto legal, modulado e interpretado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que esta solidaridad no se predica únicamente, cuando se constata una identidad con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma se debe colegir de un estudio extenso de todas las actividades propias del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellos que hacen parte del giro normal de la empresa y respecto de las cuales se encontrara en capacidad de desarrollar, determinaciones fundadas entre otras, en la sentencia SL 2262 de 2018, en la que hace alusión a la del 5 de febrero de 2014, radicación 38651:



“En efecto, de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que no se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del CST, es preciso que las tareas coincidan con las labores normales del dueño de la obra.

“En sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 38651, se dijo sobre el particular:

*“En las anteriores circunstancias, si el objeto social del Edificio Terminal de Transportes de Ibagué, no está relacionado con el giro o la actividad del contratista que ya se dejó descrita con precedencia, y tampoco emerge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que contempla el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede deducirse en el sub judice, pues el hecho de que la propiedad horizontal deba hacer reparaciones y mantenimiento al edificio, así como cuidar la conservación del mismo, esa sola circunstancia no puede conducir a que se derive la supuesta afinidad que dedujo en forma equivocada el sentenciador de alzada entre las labores que desarrolla el contratante y las que ejecuta el contratista, pues para que esa solidaridad se configure, **no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.**”*

De la norma se establece la solidaridad entre el contratista (empleador) y el beneficiario o el dueño de la obra con relación a las obligaciones laborales, y cuando hace referencia al dueño de la obra no efectúa distinción alguna acerca de la naturaleza jurídica de este, por tanto, el artículo en mención se aplica tanto a las personas de derecho privado como a las personas de derecho público cuando contratan la ejecución de una obra con una persona jurídica o natural del sector privado.

Siendo ello así, claro resulta indicar que la norma que rige en materia laboral el tema de la solidaridad, en modo alguno prevé la solidaridad alegada por el hoy demandante frente al *Edificio Nova I* y sus Copropietarios, pues si bien es cierto que estos últimos se beneficiaban directamente de los servicios de celaduría



prestados por el hoy demandante, en modo alguno se puede predicar respecto de los mismos la calidad de contratantes respecto del *Edificio Nova I*.

Lo anterior, por cuanto la propiedad horizontal, se erige precisamente en aras de establecer una sola administración que represente los bienes privados y comunes sobre un mismo terreno, en el que concurren como copropietarios varias personas a efectos de propender por una convivencia pacífica en el inmueble, es así como el artículo 1º de la Ley 675 del 2001, reza: *“propiedad horizontal, en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad”*

Así se tiene que todo edificio se encuentra sometido al régimen de propiedad horizontal y una vez registrado en la Oficina de Instrumentos Públicos nace a la vida jurídica como una persona jurídica, conforme lo dispone el artículo 4º de la Ley 675 del 2001, que si bien se encuentra conformada por los propietarios de los bienes de dominio del inmueble (artículo 32 *ejusdem*), es una persona jurídica totalmente ajena a independiente de naturaleza civil y sin ánimo de lucro, cuya denominación corresponde al edificio o conjunto, que además cuenta con unos recursos propios provenientes de las expensas ordinarias o extraordinarias, multas o intereses cancelados por sus copropietarios (artículos 33 y 34 *ibidem*), representada legalmente por su administrador. Así las cosas, como toda persona jurídica, puede contraer obligaciones y deberes, estando a su cargo la responsabilidad respecto de las mismas, sin perjuicio de que para ello sus copropietarios deban establecer cuotas ordinarias o extraordinarias, con el fin de solventar dichas expensas comunes necesarias.

Luego, resulta palpable que en virtud de lo reglado por el artículo 34 del C.S.T, así como las disposiciones legales llamadas a gobernar la propiedad horizontal, en el presente juicio no se reúnen los elementos de juicio necesarios para que se pueda predicar la existencia de la solidaridad, en los términos irrogados por los promotores.

e. Prescripción:



Finalmente, en lo que respecta al reparo planteado respecto a la prescripción, se tiene que por mandato del legislador los derechos de orden laboral se encuentran sujetos a un término de prescripción trienal, susceptible de interrupción por una única vez mediante la presentación de la respectiva reclamación (artículos 488 y 489 del C.S.T, en concordancia con el artículo 151 del C.P.T y la S.S).

Asimismo, se tiene que el artículo 94 del C.G.P establece que la presentación de la demanda interrumpe el termino de prescripción, siempre y cuando el auto admisorio del libelo genitor sea notificado al demandado dentro del término de un año contado a partir del día siguiente a la notificación de la providencia al demandante, norma que resulta aplicable a los juicios laborales, contrario a lo indicado por el recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del C.P.T y la S.S, por no existir una norma en nuestro estatuto procesal laboral que lo regule.

Criterio que se acompasa a lo indicado por a H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3296 del 2019, en la cual reitera la posición ya zanjada por la sala respecto de la aplicación del artículo 90 del entonces C.P.C, que anteriormente regulaba la materia. Sentencia de la cual nos permitimos citar el siguiente aparte:

“Esta Corporación de tiempo atrás ya había fijado su postura sobre el particular (CSJ SL, 15 mayo 2012, radicado 38504, CSJ SL4578-2014, CSJ SL8716-2014, CSJ SL3693-2017) y en reciente providencia reiteró lo ya considerado con antelación, cuando en sentencia CSJ SL21707-2017, dijo:

“[...]

“Pues bien, para resolver el punto en discusión es suficiente recordar que ya la Corte ha asentado el criterio de que si bien es cierto que a la administración de justicia laboral compete adelantar de manera diligente y oportuna el proceso, para de esa forma hacer cierta la finalidad de pronta y cumplida justicia, ejerciendo para ello el poder - deber de dirigirlo, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir su paralización procurando la mayor economía procesal, a través de lo que es dado en llamarse ‘oficiosidad procesal’; y que es regla procesal del derecho laboral la de la gratuidad de los actos procedimentales a que se refiere el artículo 39 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, también lo es que a las partes del proceso compete asumir ciertas cargas procesales, cuando quiera que sus resultados sólo obran en su propio beneficio o perjudican únicamente a quien elude asumirlas.



“Tal el caso del trabamamiento de la relación jurídico procesal que se impone como acto procesal necesario a efectos de garantizar el derecho de defensa y de contradicción de quien es convocado forzosamente al proceso y que, en principio, beneficia exclusivamente a quien funge como actor. Razón suficiente para entender que el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, para la época, dispusiera que la presentación de la demandada tendría como efecto material, entre otros, la interrupción de la prescripción, siempre y cuando a la parte demandada se le notificara el auto admisorio de la demanda dentro de los 120 días siguientes a la notificación que, a su vez, de tal proveído se hiciera a la parte actora.

“De suerte que, el beneficio material que para el actor podría constituir la presentación de la demanda, de interrumpir la prescripción, se vio condicionado a que se surtiera respecto del demandado la notificación del auto admisorio dentro de un específico término, de modo que, de no ocurrir ello, dicho beneficio se perdería, prosiguiendo así su decurso normal el término previsto para la prescripción de la acción.

“En igual sentido, en la ya citada providencia CSJ SL3693-2017 la Corte reconoció, con remembranza de la sentencia CSJ SL, 18 febrero 1998, radicación 10166, reiterada en providencias CSJ SL8716-2014 y CSJ SL4578-2014, que «[...] la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente, por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado», de manera que en el análisis fáctico de la regla contenida en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 94 del Código General del Proceso, ha de incluirse válidamente, la actuación del juzgado o demandado en los términos ya señalados, de cara a establecer si la dilación que padezca un determinado trámite judicial, puede ser atribuible al demandante”.

Se sigue de lo indicado que el precepto legal contenido actualmente en el artículo 94 del C.G.P, si se aplica a los juicio de carácter laboral.

De esta manera, en atención a que las relaciones laborales que hoy nos ocupan culminaron el 30 de septiembre del 2016, sin que jamás se hubiere radicado reclamación alguna ante los hoy demandados, diáfano resulta colegir que si bien la demanda se radicó el 19 de julio del 2016 (Fl 126), lo cierto es que el auto admisorio del 13 de febrero del 2017 (Fl 148), no fue notificado a todos los demandados dentro del año siguiente.

Lo anterior, por cuanto el 27 de febrero del 2017 (Fl 150) quedó notificada por conducta concluyente la señora *Francelina Moreno Zapata*, a través de la presentación de la contestación de la demanda; los demandados *Edificio Nova I y*



Daniel Arturo Rincón Alarcón, Rosa Stella Valbuena de Morales, Sara Lucia Montenegro, María Leonor Díaz Franco, Isabel Clara Eugenia López Torrijos, Claudia López Torrijos, Sofía Bernal Montejo, Luz Fabiola Gómez Montoya, Doris Liliana Vega Zuluaga, Puno Alirio Correal Bernal, Beatriz Cecilia Escobar Mejía, Olga María Gutiérrez, María Claudia Anzola Toro, Gustavo Velandia Rocha, Carlos Guillermo Cifuentes Zapata, Diego Zapata López, Javier Aristizábal Téllez, German Darío Pérez Salazar y Nohora Leticia Moreno Mora se notificaron personalmente el 23 de marzo del 2017 (Fl 204), pero los señores *Frank Manuel Wallemberg Levy, María Margarita Elizabeth Duarte de Wallemberg, Luis Alberto Silva Pataquiva, Diana Constanza Bermúdez Monsalve, Aurora Flórez Claro, María Claudia Hoyos Castillo, César Eugenio Díaz Guerrero, Edgar Martínez León y Ligia Consuelo Crispín Ortiz*, tan solo resultaron notificados de forma personal y mediante curador *ad litem* luego de su emplazamiento hasta el 6 de mayo del 2019 (Fl 428), e incluso la notificación de la señora *Gloria Elvira Gómez Navia* se surtió hasta el 29 de noviembre del 2019 a través de curador *ad litem* (Fl 473).

En tal virtud, cierto es que la notificación de los demandados no se surtió dentro del año siguiente conferido por la ley a la parte demandante para que desplegara las acciones tendientes a surtir la notificación de los demandados, carga que le incumbía conforme el criterio previamente expuesto. Destacando que no existe probanza alguna que permita inferir que dicha demora atendió a casusas imputables al Juzgado de origen, a más que si algún yerro concurriera en el trámite de notificación que le atañe al Despacho, era deber de la parte promotora como interesada, velar por que se surtieran en debida forma las notificaciones correspondientes y de hecho, se corrobora con memorial del 12 de abril del 2019 (Fl 424) que fue a través del mismo que vino a solicitar, luego de transcurrir más de dos años de notificado el auto admisorio al demandante, que se procedió a solicitar que se designara un curador *ad litem* a para los señores *Frank Manuel Wallemberg Levy, María Margarita Elizabeth Duarte de Wallemberg, Luis Alberto Silva Pataquiva, Diana Constanza Bermúdez Monsalve, Aurora Flórez Claro, María Claudia Menor Hoyos Castillo, Cesar Eugenio Díaz Guerrero, Edgar Martínez León y Ligia Consuelo Crispín Ortiz y Gloria Elvira Gómez Navia*.

Implica lo anterior, que en efecto el término de prescripción no se vino a interrumpir por lo menos hasta el día 6 de mayo del 2019, como quiera que en



efecto fue por error del juzgado que la notificación de *Gloria Elvira Gómez Navia* se surtió con posterioridad, pues a la misma no se le nombró curador *ad litem* al mismo tiempo que a los demás copropietarios. Lo que a lo sumo implica que en efecto se encuentran prescritos todos los derechos laborales causados con antelación al 6 de mayo del 2016, como fuere determinado por el fallador de primera instancia.

Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar en su integridad la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

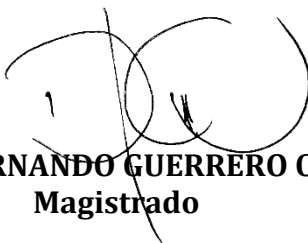
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

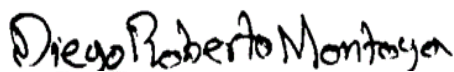
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de enero del 2020 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 32201600005 02
Demandante: MICHAEL FRANCISCO RUIZ
Demandado: JUST NOTEBOOK LTDA., FIXER S.A.S, AURA
VIVIANA MANRIQUE PÉREZ Y CARLOS
MARIO BRITO VILLALOBOS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Michael Francisco Ruiz Romero*, formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo con las sociedades *Just Notebook Ltda.* y *Fixer S.A.S.*, entre el 15 de enero de 2006 y el 23 de febrero de 2015; en consecuencia se las condene, así como de manera solidaria a los socios *Aura Viviana Manrique Pérez* y *Carlos Mario Brito Villalobos*, al pago de auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que el 15 de enero de 2006 ingresó a prestar servicios mediante contrato verbal de trabajo con la sociedad *Just Notebook Ltda.*, desempeñándose como administrador y vendedor, entre otras funciones, lo cual se desprende del certificado expedido por la accionada; que la labor contratada fue ejecutada en la carrera 15 No. 79-69 de esta ciudad; que la accionada tiene por objeto social la comercialización de *hardware* y *software*.



Que el 16 de marzo de 2009 la sociedad empleadora creó la persona jurídica *Fixer S.A.S.*, la cual tiene los mismos socios de *Just Notebook Ltda.*, además operaron en la misma locación, explotaban el mismo objeto social y contaban con los mismos clientes, por lo cual se desempeñó como trabajo de manera simultánea para las dos sociedades, solidaridad que se extrae del certificado del 6 de marzo de 2013 dirigido al Banco Davivienda, en el que se refiere que *Just Notebook Ltda.* es un establecimiento de comercio de *Fixer S.A.S.*

Que el salario pactado ascendió a \$2'400.000, más una comisión por ventas del 30% y un monto por servicios de mantenimiento y asesorías, lo cual arrojaba un salario de \$2'950.000; que el 23 de febrero de 2015 se dio por terminada la relación laboral sin esgrimir justa causa; finalmente, que a la finalización del contrato no le fueron solucionadas las acreencias laborales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Las sociedades *Just Notebook Ltda.* – En liquidación, *Fixer S.A.S.* y la persona natural *Aura Viviana Manrique Pérez*, operaron la *litis contestatio* por conducto de común apoderado judicial, señalando que no existió contrato de trabajo con el accionante, sino una colaboración propia de dos comerciantes asociados que decidieron unir esfuerzos, siendo la sociedad *Tuportatilya S.A.S.* la sociedad de propiedad del actor; que el certificado aportado el plenario es espurio; que el actor por conducto de su sociedad realizaba actividades de compra y venta de bienes propios del objeto social de las sociedades, sin que el hecho de la explotación mercantil se haya verificado en la misma locación, implique estimar la existencia de un contrato de trabajo.

Que no es cierto que se haya pactado el pago de salario ni comisiones; que no se impartían órdenes y que el vínculo contractual se culminó por cuanto el actor expandió su establecimiento de comercio y se trasladó a otro local.

Formularon como excepciones de mérito las que denominaron prescripción, buena fe, inexistencia de la relación laboral y falta de legitimación en la causa por pasiva.



Por otra parte, el señor Carlos Mario Brito Villalobos no presentó contestación de la demanda.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 21 de febrero de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la relación laboral, y en consecuencia absolvió a los accionados de todas las pretensiones.

Para tal efecto refirió que a folios 18, 19, 20 y 22 se aportaron diversas certificaciones expedidas por *Just Notebook Ltda.*, frente a la cuales en virtud de la tacha de falsedad, se llegó a la conclusión que en las suscritas *Carlos Mario Brito* y *Sandra Serrano Salazar* tenía alta probabilidad de procedencia, sin que haya sido factible establecer la autenticidad de la suscrita por *Mónica Pinzón* y no se emitió contento de la que milita a folio 22; no obstante, dichas certificaciones dan cuenta de aspectos contradictorios, tanto en la manera de contratación, servicios y extremos de inicio, por lo cual no es dable extraer de las mismas la existencia de contrato de trabajo.

Por otra parte, que dichas contradicciones también se predicen respecto del interrogatorio de parte del demandante, la prueba testimonial y el supuesto fático alegado en la demanda, máxime que el accionante aparece suscribiendo diversas facturas de la sociedad *Tuportatilya S.A.S.*, lo cual no correspondería con una relación laboral.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* por activa se interpone recurso de apelación señalando que (i) se incurrió en una indebida valoración probatoria de los certificados laborales, por cuanto al desatarse la tacha de falsedad, se llegó a la conclusión que son auténticos, y si bien tienen fecha disímiles, aquellas corroboran el vínculo laboral con *Just Notebook Ltda.*, debiéndose aplicar frente a las posibles contradicciones, el principio de favorabilidad; (ii) por otra parte que si bien el actor confesó un monto salarial diferente al alegado en la demanda, el *a-quo* acoger el monto confesado o en su defecto por el principio de favorabilidad el mínimo legal mensual vigente.



(iii) Que por pasiva, en virtud de la carga dinámica de la prueba, no se aportaron certificados contables ni demás medios probatorios que den cuenta de la existencia del vínculo comercial; y a diferencia de lo señalado por el *a-quo*, no se aportaron facturas de venta, en tanto no contiene los requisitos de dichos instrumentos comerciales, y por ende serían pruebas documentales de otra índole, que no datan del año 2013 sino de enero de 2015, las que no desvirtúan la existencia del contrato de trabajo.

(iv) Por otra parte, que los correos electrónicos dan cuenta de la prestación del servicio, siendo el último de ellos del año 2014; además el señor *Carlos Brito Villalobos* no contestó la demanda, lo cual genera confesiones, presunciones e indicios, consecuencias procesales que no se aplicaron, máxime que el referido señor confesó la existencia del contrato y su encubrimiento; (v) finalmente, que los extremos temporales y las actividades desempeñadas, se acreditaron por la prueba documental y la pasiva actuó de mala fe, al dilatar el proceso mediante la tacha de falsedad.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala determinará si entre las partes existió un contrato de trabajo como medio vinculante, en caso afirmativo, analizar la procedencia de las pretensiones demandatorias.

4.3 DEL VÍNCULO LABORAL:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un



servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

En sentencia SL2745-20019, Radicación No. 60472 del 26 de junio de 2019, esa H. Corporación, señaló:

“Debe señalarse, que el principio de primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, le resta valor a los contratos de prestación de servicios y todas aquellas formas erigidas con el único propósito de simular una relación laboral [...]”.

En el presente evento se tiene que por activa se alegó en la demanda la existencia de un contrato de trabajo, refiriendo que actuaron como empleadores las sociedades *Just Notebook Ltda. – En Liquidación* y *Fixer S.A.S.*, desde el 15 de enero de 2006, siendo la sociedad *Fixer S.A.S.* creada el 16 de marzo de 2009, lo cual no mutó la relación laboral, pues funcionó en las mismas instalaciones y ostentaba los mismos socios; que devengaba un salario de \$2'950.000, el cual incluía el pago de comisiones por ventas; asimismo que el contrato feneció el 23 de febrero de 2015.

Ahora bien, como primer punto de inconformidad el recurrente aduce que el *a-quo* realizó una indebida valoración probatoria respecto de los certificados



laborales, respecto de los cuales se acreditó su autenticidad y además frente a las contradicciones, debe darse aplicación al principio de favorabilidad.

Sobre el particular se tiene que al plenario se allegó a folio 18, un certificado expedido por la señora *Mónica Pinzón* en calidad de Jefe de Personal de *Just Notebook Ltda.*, en el cual se refiere que el accionante se desempeña desde el 15 de enero de 2006 en el cargo de administrador, vinculado a término fijo, devengando la suma de \$2.400.000, documental respecto de la cual no fue factible emitir concepto de autenticidad, toda vez que *“la firma atribuida [...] presenta formato caligráfico opuesto y elementos constitutivos diferentes frente al material caligráfico patrón [...] que no admite al menos por ahora confrontación técnica y emisión de dictamen grafológico”* (Fl. 299), no obstante, su contenido dista del certificado emitido el 12 de abril de 2007 por la señora *Sandra Serrano Salazar* en calidad de Subgerente General, acreditándose como altamente probable la uniprocedencia de la firma, el cual refiere que labora desde el 17 de agosto de 2006 como asesor técnico con un ingreso de \$1.450.000 vinculado mediante contrato de prestación de servicios.

De igual manera en el certificado expedido por el señor *Jonathan Pulido Salazar* quien suscribe como Gerente Administrativo visible a folio 19, acreditándose como altamente probable la uniprocedencia de la firma, se señala que el actor labora como asesor comercial y se encuentra realizando proceso par la sistematización y mejora de los procesos administrativos, certificado que se expide para la continuación del proceso de práctica que lleva en la Corporación Universitaria UNITEC.

Finalmente, a folio 22 se aporta certificado expedido por el señor *Miguel William Serrano Salazar* en calidad de Representante Legal, cuya autenticidad no fue conceptuada, y que refiere que el actor labora desde el 1º de abril de 2009 en el cargo de vendedor, vinculado mediante contrato a término indefinido, con un salario de \$1.500.000.

De lo anterior se tiene que en efecto, dista la información suministrada en los distintos certificados respecto de aspectos fundamentales de la manera en que se prestó el servicio, en el sentido que se establecen como fecha de ingreso el 15 de enero de 2006, el 17 de agosto de 2006 y el 1º de abril de 2009; además se refiere a lo cargos administrador, asesor, asesor técnico y vendedor; montos salariales



de \$2'400.000, \$1'450.000 y \$1'500.000, y maneras de vinculación mediante contrato a término fijo, a término indefinido y contrato de prestación de servicios.

De tal manera que resultan fehacientes las contradicciones que llevaron al *a-quo* a desestimar su mérito probatorio a efectos de acreditar la existencia del contrato de trabajo en los términos referidos en la demanda anteriormente señalados.

Frente a dicho corolario aduce además el censor se de aplicación al principio de favorabilidad. No obstante, el mismo no resulta aplicable frente a la valoración probatoria, tal como reiteradamente lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL3813-2020, Radicación No. 84206 del 23 de septiembre de 2020, al referir que *“es claro para esta Colegiatura que en el sub lite no es aplicable el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, en tanto opera frente a la interpretación de normas vigentes y no respecto del material probatorio aportado al proceso”*.

Lo anterior en tanto el principio de favorabilidad *“tiene cabida cuando el juzgador se enfrenta a la disyuntiva respecto de la aplicación de dos normas que, siendo válidas y estando vigentes, regulan la misma situación fáctica, lo cual implica que debe optar por aquella que más favorezca al trabajador”*, según se expresa en sentencia SL 2774-2020.

Se aduce además en la alzada, que la existencia del contrato de trabajo debe desprenderse de la conducta del accionado *Carlos Brito Villalobos*, quien no contestó la demanda, lo cual genera confesiones, presunciones e indicios. Sobre el particular el parágrafo 2º del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S., consagra que *“La falta de contestación de la demanda dentro del término legal se tendrá como indicio grave en contra del demandado”*, por ende, no consagra en manera alguna confesión ficta o presunción en contra del accionado como lo refiere el censor, sin que la consecuencia adversa de indicio grave, implique por sí sola acreditar la relación laboral.

Ahora bien, del análisis del restante materia probatorio, esto es las documentales, testimoniales y confesión del demandado *Carlo Brito Villalobos*, aducidas por el recurrente como medios de convicción que corroboran el supuesto fáctico de la demanda, se tiene, en primera medida, que se aportaron correos electrónicos (Fls. 23 a 29), de cuya revisión no es dable extraer como acredita la prestación



personal del servicio, pues datan de algunos meses de los años 2010 y 2012, y consisten en aparente información cruzada con presuntos clientes o archivos enviados por el correo atribuido a la sociedad *Just Notebook Ltda.*, lo cual en manera alguna permite entrever una continuada prestación de servicios entre los años 2006 a 2015 como se aduce en la demanda.

Por otra parte, y pese a que el actor en el supuesto fáctico de la demanda no suministró información relevante y atienten a ostentar la calidad de representante legal de la sociedad *Tuportatilya S.A.S.*, no debe soslayarse que sí refirió que fungió como empleadora desde el año 2009 la sociedad *Fixer S.A.S.*, aportándose por pasiva sendos comprobantes de negocios de adquisición de insumos informáticos entre las referidas sociedades, los cuales datan de enero de 2014 (Fl. 94) y enero y febrero de 2015 (Fls. 69-99), lo cual permite evidenciar que el accionante explotaba el objeto social de *Tuportatilya S.A.S.* en fechas que refiere laboró para la sociedad *Fixer S.A.S.*, sin que, se reitera, hubiese alegado que la constitución de la sociedad el 6 de septiembre de 2013, ni su designación como representante legal (Fl. 67), haya sido un acto tendiente a ocultar una relación laboral.

Como corolario de lo anterior, estima la Sala que le asiste razón al *a-quo* al señalar que no es dable extraer la existencia del contrato de trabajo con las pruebas documentales aportadas al plenario, sin que sea dable en virtud del principio de favorabilidad, y frente a las evidentes contradicciones probatorias, despejar tal dubitación a favor del trabajador.

Ahora bien, frente a la confesión alegada por activa del señor *Carlos Mario Brito Villalobos*, se tiene que de la revisión del interrogatorio de parte señala que el actor ingresó en enero de 2006 para *Fixer S.A.S.*, no obstante, dicha sociedad solo se constituyó hasta el 16 de marzo de 2009, refiriendo además que lo que existía era distribución de utilidades verificadas por el área administrativa de la sociedad, sin dar mayores datos sobre el particular. Aclaró que *Fixer S.A.S.* fungía como administrador y proveedor de *Just Notebook Ltda.*

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión de la existencia del contrato de trabajo, en tanto como representante legal de *Fixer S.A.S.* acotó que el actor no fue trabajador de dicha sociedad; el señor *Miguel Serrano*, representante legal de *Just Notebook Ltda.*, no confesó fecha de ingreso y refirió que lo que existió fue una



colaboración entre comerciantes, explotando su empresa *Tuportatilya S.A.S.*, en el mismo local comercial. De igual manera que no fue asesor técnico.

El accionante refirió que la sociedad *Tuportatilya S.A.S.* la constituyó como un proyecto universitario, y actualmente labora para dicha sociedad; refirió que se expidieron remisiones de venta con el logo de *Tuportatilya S.A.S.*; de igual manera que las sociedades accionadas explotan el mismo objeto social, funcionan en el mismo local comercial y fungieron como sus empleadores. Por otra parte, frente al salario refirió un monto inferior al especificado en la demanda, refiriendo que desde el año 2010 devengaba solo el 30% de comisiones.

El testigo *Wilson Rojas Piñeros* refirió conocer al actor desde el año 2007, siendo trabajador de *Just Notebook Ltda.*, desempeñándose como vendedor, lo cual dista de las restantes funciones referidas por el accionante de administrador y asesor técnico; manifestó devengar una comisión del 25% de la venta; que para el año 2012 el testigo arrendó un local comercial, al cual arribó el actor para su exploración, contradiciéndose posteriormente al referir que arribó hace dos años, sin conocer el motivo del retiro de *Just Notebook Ltda.*, de otra parte, a contrario de lo referido por el actor, señaló que *Fixer S.A.S.* si era distribuidor de la sociedad antes referida. De igual manera que el actor sí explota el objeto social de *Tuportatilya S.A.S.*

En ese orden de ideas, dicha testimonial no logra formar el convencimiento de la Sala al incluso señalar que el actor arribó al local comercial que arrendaba el testigo en el año 2012, lo cual dista de lo alegado en la demanda de una prestación ininterrumpida del servicio entre los años 2006 a 2015, sin constarle además la fecha de ingreso ni la fecha de retiro. Aunado a ello señaló que fue compañero de trabajo con el actor en *Just Notebook Ltda.* en el año 2007 por espacio de 4 a 5 meses, por ende, no es factible extraer de sus dichos la existencia del contrato en los extremos labores aducidos por el actor.

El señor *Mario Cristancho Rojas* señaló que conoce al actor desde el año 2004, y que prestó servicios para *Just Notebook Ltda.* en el año 2006, devengando comisiones, sin existir un salario básico, señaló que el actor laboró hasta el año 2015, sin conocer la fecha exacta, refiriéndole el actor que se retiró por presentar inconformidades; no obstante, incurre en contradicciones con los dichos del actor al referir que laboraba hasta las 7:00 p.m. u 8:00 p.m., siendo que el actor refirió



haber estudiado en ese horario. De igual manera, corroboró que *Fixer S.A.S* si operaba como distribuidor de productos. Señaló además que solo trabajó hasta finales de 2007, por ende, no es dable extraer la relación laboral hasta el año 2015, como lo pretende el actor.

Por su parte la testigo *Madelin Hurtado Zapata*, señaló conocer al actor en actividades de comercio hacer 5 años, aproximadamente desde el año 2012, al adquirirle computadores portátiles; refirió que era empleado del señor *Miguel Serrano*, sin constarle el tipo de contrato ni el horario; que lo observaba hasta las 8:00 p.m. Refirió que laboró hasta el año 2015 por existir problemas de entendimiento; aclaró que el actor laboró para la sociedad *Just Notebook Ltda.* y que estima que *Fixer S.A.S.* es una sociedad independiente, contrariando lo referido en la demanda en cuanto que dicha sociedad fungió también como empleadora de manera concomitante.

Refirió que una vez al mes acudía a adquirir productos, por ende, tampoco es dable extraer una prestación continuada del servicio. Señaló no constarle si el actor estudiaba ni la existencia de la sociedad *Tuportatilya S.A.S.*

El testigo *Richard Pirateque Plazas* refirió que conoció al demandante como compañero de trabajo en el año 2005; que en el año 2006 laboró en *Just Notebook Ltda.* hasta el año 2015, refiriendo que conoce dicha situación por cuanto dejo de verlo y averiguó por él. Señaló no haber trabajado para la accionada, refiriendo que conoce los pormenores de la relación por la manera en que se ejecuta el comercio en el centro comercial, lo cual en manera alguna permite dar credibilidad a sus asertos frente a la continuada prestación del servicio en los extremos que afirmó conocer. Señaló además que *Fixer S.A.S.* es una empresa diferente que le vende insumos a *Just Notebook Ltda.*

En ese orden de ideas, la prueba testimonial analizada no acredita la prestación personal del servicio en los extremos laborales que aduce el recurrente por cuanto solo les consta a algunos testigos una vinculación en algunos meses del año 2007, y por el contrario, los deponentes dan cuenta de situaciones fácticas diferentes de las alegadas por el actor, frente al cumplimiento de horario en jornadas que señala dedicaba a estudiar, e incluso corroborando que *Fixer S.A.S.* era una sociedad independiente de *Just Notebook Ltda.*

A su turno el testigo *Edison Rodolfo Castellanos* refiere laborar para *Just Notebook Ltda.*, así como conocer al demandante hace 10 años, desempeñándose en el mismo almacén en los años 2006 o 2007; refirió que el actor vendía computadores y prestaba asesoría; que no conoce el tipo de contrato; que era autónomo en el cumplimiento de funciones, no se fijaba un horario y estuvo varios años estudiando. Aseveró que *Fixer S.A.S.* les suministra insumos; que devengaban comisiones por ventas. Refirió que el actor no prestó servicios de manera continua, sin especificar además extremos labores, señalando solo que a finales del año 2010 estuvo vinculado y posteriormente retornó sin conocer la fecha.

El señor *Juan Gabriel Rodríguez Palacios* señaló que tiene relaciones comerciales con *Just Notebook Ltda.*, que es socio de *Fixer S.A.S.*, quien suministra equipos a *Just Notebook Ltda.*; que el actor era vendedor de *Just Notebook Ltda.*, sin conocer fechas de prestación del servicio, refiriendo que el servicio no era permanente y que para noviembre de 2010 el actor se retiró hasta el año 2012, y permaneció hasta el 2015 sin ser trabajador, sino facturando por su empresa *Tuportatilya S.A.S.*, aseveración que dista de la relación laboral continua e ininterrumpida alegada por el actor, máxime que señaló que no se exigía cumplimiento de horario.

Finalmente, *Jhon Anderson Silva Cano* socio de *Fixer S.A.S.*, relató que dicha sociedad suministra mercancía a *Just Notebook Ltda.*, y no constarle cómo se desarrolló la actividad que ejecutaba el actor. Corrobora que el actor laboró para noviembre de 2010, y posteriormente entre el 2012 y 2015 retornó, sin conocer el motivo del retiro, ni la manera en que se ejecutó dicha relación.

Las anteriores pruebas testimoniales no solo no dan cuenta de una continuada prestación del servicio entre los años 2006 a 2015, sino que refieren que la labor era ejecutada de manera autónoma, sin exigir cumplimiento de horario de trabajo ni la imposición de sanciones de algún tipo.

Ahora bien, al no acreditarse de manera fehaciente la prestación del servicio en los extremos laborales alegados por activa, no es dable estimar a efectos de emitir condena que el actor devengó el salario mínimo legal mensual vigente, en virtud de las evidentes contradicciones de los certificados y la confesión del actor que contraria el supuesto fáctico de la demanda.



De otra parte, el hecho de no haberse aportado por pasiva certificados contables del vínculo comercial implican tener por acreditado el contrato de trabajo.

Como corolario de lo anterior estima la Sala que del análisis conjunto de los medios de convicción, no se acreditó una prestación del servicio de manera continua en los extremos laborales alegados por activa; por el contrario, se da cuenta de vinculaciones en diferentes anualidades, tales como en algunos meses del año 2007 y para finales del año 2010, refiriéndose que el actor explotaba además la sociedad *Tuportatilya S.A.S.*, lo cual se corrobora con el certificado de existencia y representación legal y los documentos que soportan compraventas de la misma con la sociedad *Fixer S.A.S.* para los años 2014 y 2015, la que además, dio cuenta la prueba testimonial, es una sociedad independiente de *Just Notebook Ltda.* a diferencia de lo relatado por el actor, quien le endilgara la calidad de empleadora conjunta.

De igual manera, no resulta de recibo que frente a las deficiencias probatorias abalizadas y que generan dubitación frente a la prestación del servicio y los extremos laborales, sea dable, en virtud del principio de favorabilidad, dar por acreditado el contrato de trabajo en los términos alegados en la demanda, pues tal principio no tiene tal connotación, teniendo en todo caso el actor el *onus probandi* de acreditar el supuesto fáctico de la demanda, motivo que impele a confirmar la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **16 2016 00658 01**
Demandante: MARTHA LUCÍA LÓPEZ HERNÁNDEZ
Demandado: COLPENSIONES y MARTHA NURY RAMÍREZ TABORDA en
nombre propio y en representación de su hijo menor JUAN
SEBASTIÁN CORREDOR
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada María Elena Fierro García, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.024.463.217 y T.P. 291785 del C.S. de la J., en los términos y fines del poder de sustitución.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones* en contra de la sentencia proferida el 17 de junio de 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, la sentencia se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de *Colpensiones* de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., en tanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Lucía López Hernández*, formuló demanda ordinaria en contra de *Colpensiones* y *Martha Nury Ramírez Taborda*, quien a su vez actúa en representación de su hijo menor de edad *Juan Sebastián Corredor*, con la finalidad que se declare que es compañera permanente del causante *Ever Gilberto Corredor Sáenz* y por consiguiente beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Asimismo, solicita que la prestación se reconozca debidamente indexada junto con el pago de intereses moratorios.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el señor *Ever Gilberto Corredor Sáenz* falleció el 20 de febrero de 2006, y a la fecha de su deceso había laborado al servicio de la empresa estatal liquidada *Telecom* por más de 19 años y además había cotizado a *Colpensiones* 257 semanas, aunado a que, durante los últimos tres años a su deceso, había aportado más de 50 semanas.

Que a la fecha del deceso, llevaba conviviendo con el causante de manera ininterrumpida más de cinco (5) años como compañeros permanentes por el periodo comprendido entre principios de 2001 y noviembre de 2006, sin procrear hijos.

Adujo que dependía económicamente del causante, que es una persona de escasos recursos, por lo que solicitó la prestación ante *Colpensiones*, pero le fue negada con el argumento que no había acreditado el requisito de convivencia durante los últimos cinco años al fallecimiento del señor *Ever Gilberto Corredor*.

Sostuvo que el causante tuvo una relación anterior con la señora *Martha Nury Ramírez Taborda* como compañeros permanentes, pero la misma culminó el 31 de enero de 2001 mediante sentencia judicial proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Villavicencio, vínculo respecto del cual se procreó un hijo de nombre *Juan Sebastián Corredor Ramírez*, quien es menor de edad, a quien *Colpensiones* le reconoció una pensión de sobrevivientes mediante Resolución GNR 295721 del 25 de agosto de 2014 a partir del 20 de noviembre de 2006.

Por último, adujo que *Colpensiones* a través de Resoluciones GNR 195491 del 30 de julio de 2013 y VPB 8651 del 3 de junio de 2014 negó nuevamente la prestación, y resolvió en forma negativa una revocatoria directa con Resolución GNR 91581 del 25 de marzo de 2015.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la actora no es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes como quiera que no acreditó el requisito de convivencia de los últimos cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del deceso.

Formuló las excepciones prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, e innominada o genérica.



La demandada señora *Martha Nury Ramírez Taborda*, a su vez en representación de su menor hijo *Juan Sebastián Corredor*, contestó la demanda por intermedio de *curador ad litem*, quien indicó estarse a lo que resulte probado dentro del presente asunto.

Propuso la excepción denominada genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de junio de 2020, condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar a favor de la señora *Martha Lucía López Hernández*, la pensión de sobrevivientes por muerte del señor *Ever Gilberto Corredor Sáenz* a partir del 21 de noviembre de 2006 en cuantía del 50% del valor de la mesada pensional, reconociendo el retroactivo de las mesadas causadas y no prescritas desde el 9 de octubre de 2009, como quiera que el 50% restante corresponde a *Juan Sebastián Corredor Ramírez*, en los términos de ley hasta la fecha que le asiste el derecho, declarando además que la proporción que le corresponda a este acrecerá en favor de la demandante desde el momento en que el mencionado beneficiario deje de tener derecho a la prestación.

Asimismo, condenó a *Colpensiones* al pago de intereses moratorios a partir del 8 de febrero de 2013 y hasta que se efectuó el correspondiente pago de las mesadas ordenadas, absolviendo a la encartada de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, refirió que atendiendo la fecha de fallecimiento del causante señor *Ever Gilberto Corredor Sáenz*, que acaeció el 20 de noviembre de 2006, la prestación debía estudiarse al tenor de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

En tal sentido, del caudal probatorio se logró acreditar que el fallecido cotizó durante su vida laboral un total de 1249.71, cotizando dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores a su fallecimiento 55.58, de ahí que haya dejado causado el requisito pensional.

Por consiguiente, analizó el requisito de convivencia de la demandante con el fallecido, concluyendo que del interrogatorio de parte surtido por la misma actora en concordancia con los testimonios recaudados durante el transcurso del trámite procesal, se logró demostrar la convivencia constante de la pareja por lo menos desde el año de 2001, unión que finalizó el día del fallecimiento del señor *Ever Gilberto*



Corredor Sáenz, situación que a su vez se acompasa con unas declaraciones extra proceso y demás pruebas documentales.

En lo que refiere al monto de la pensión mencionó que ya se encontraba determinado en la Resolución GNR 295721 del 25 de agosto de 2014 en cuantía de \$2.106.754, mediante la cual la entidad le reconoció a prestación a *Juan Sebastián Corredor* en un 100%. Adujo igualmente que era procedente pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto *Colpensiones* en uno de los argumentos de la negativa de la prestación fue el hecho que existía controversia de beneficiarios, aspecto que no es asertado, en virtud de ello negó el pago de la indexación.

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción ya que la solicitud de pensión la elevó la demandante el día 8 de octubre de 2012, siendo resuelta por la encartada hasta el mes de junio de 2014 con la decisión del recurso de apelación mediante Resolución VPB 8651 del 3 de junio de 2014, y al presentarse la demanda el 6 de diciembre de 2016, fue por lo que prescribieron las mesadas con anterioridad al 8 de octubre de 2009.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones apeló la decisión, bajo el entendido que contrario a lo analizado por el *a-quo* con relación a la prueba testimonial recaudada, es sospechosa al haber sido concordante sobre lo extremos de convivencia expuestos respecto de la demandante con el causante, lo que puede advertir que estuvieron preparados antes de enfrentar la declaración, tanto así que, cuando se les manifestaba sobre situaciones particulares del fallecido, indicaban no saber nada al respecto, más aún si se tiene en cuenta que de la investigación administrativa realizada por la entidad, se puede colegir la falta del requisito de convivencia para la procedencia de esta prestación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del recurso interpuesto, así como el grado jurisdiccional de consulta, en primer lugar, deberá determinarse si a la aquí demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor *Ever Gilberto Corredor Sáenz*.

En caso afirmativo, se estudiará si es procedente el pago de intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión, que el causante tenía la calidad de afiliado frente a la entidad accionada y no de pensionado.

Tampoco el hecho, que *Colpensiones* mediante Resoluciones GNR 195491 de 2014, VPB 8651 de 2014 y GNR 91581 de 2015 (Fls. 32 a 40), negó el derecho pensional perseguido por la aquí demandante bajo el entendido que la misma no acreditó la convivencia con el causante en los últimos cinco (5) años inmediatamente al fallecimiento, sumado a que conforme se acredita del expediente administrativo allegado en medio magnético (Fl. 73), la entidad le reconoció pensión de sobrevivientes al hijo menor del causante *Juan Sebastián Corredor Ramírez* en su momento en un 100%, a través de la Resolución GNR 295721 de 2014 a partir del 20 de noviembre de 2006 en cuantía inicial de \$2.855.275, con el argumento que el fallecido había acreditado el requisito de cotización de las 50 semanas en los tres (3) años anteriores a su fallecimiento.

Tampoco es materia de discusión que el causante falleció el 20 de noviembre de 2006, según se acredita con el Registro Civil de Defunción de folio 2, y por lo tanto, el estudio pensional deberá hacerse a la luz de lo consagrado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, disposición que regula que para la obtención del derecho, el afiliado debió cotizar como como mínimo cincuenta semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al deceso.

En tal sentido, como la misma *Colpensiones* dejó de presente en la Resolución GNR 295721 de 2014, el causante cotizó un total de 1.235 semanas, prueba de ello también lo son los formatos emitidos por el Ministerio de Hacienda y la historia laboral emitida por la encartada (Fls. 4 a 10), siendo 55.58 semanas las cotizadas durante los últimos tres (3) años a su fallecimiento, por lo que dejó causado el requisito pensional y en tal sentido, la Sala continuará con el requisito de la convivencia deprecado por la aquí demandante señora *Martha Lucía López Hernández*, máxime si se tiene en cuenta que,



como se refirió la entidad, nunca desconoció este requisito al haberle reconocido la prestación al causante *Juan Sebastián Corredor Ramírez*.

En lo que a este tópico comporta, es menester de la Sala estarse a lo dispuesto en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797, en los siguientes términos:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

“b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).”

Luego a la luz de lo dispuesto en la norma en cita, resulta dable afirmar que el cónyuge o compañero permanente que pretenda acceder a la pensión de sobrevivientes de un afiliado de forma vitalicia, le corresponde acreditar que cuenta con 30 o más años de edad, o que ha procreado hijos con el causante.

Siendo del caso precisar que en lo tocante al requisito de los 5 años de convivencia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente pronunciamiento efectuado en la sentencia SL1730-2020, Radicación No 77327, del 3 de junio del 2020, precisó que el mismo no resultaba exigible al cónyuge o compañero permanente *superstite* del afiliado, al explicar:

“En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

“Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar. (...)”



“Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, (...)

*“(...)Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

“La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

*“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.***

“Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, (...)

“(...) En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ



SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

“Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudir a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

*“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, **esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado**”.* (Negrillas fuera de texto)

Corolario de lo hasta aquí indicado, diáfano resulta colegir que en tratándose del fallecimiento de un afiliado, al cónyuge o compañero permanente le basta con acreditar que cumple con la referida calidad, bajo la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia, conforme la noción de familia establecida por la Corte Constitucional. Sin que sea dable para este tipo de casos exigir la acreditación de los 5 años de convivencia.

Como primera medida se tiene que la accionante tiene más de 30 años de edad. Por otra parte, se recaudó el interrogatorio de parte a la demandante señora *Martha Lucía López Hernández* quien manifestó que es administradora de empresas y tiene dos hijos mayores de edad; que conoce a la señora *Martha Nury Ramírez Taborda* porque fue pareja del causante antes de que conviviera con ella, además porque su hijo estudiaba con los hijos de la señora *Martha Nury* en el mismo curso. Que la señora *Martha Nury Ramírez Taborda* convivió con el causante aproximadamente hasta el año de 1999 en unión libre y de dicha relación tuvieron un hijo de nombre *Juan Sebastián*, quien nació después de que ellos se habían separado.

Que convivió con el causante desde el 8 de enero de 2001, recordando dicha calenda por cuanto ella cumple años el 8 de diciembre, así como que convivieron hasta el día del deceso del señor *Ever Gilberto Corredor Sáenz*, que lo fue el 20 de noviembre de 2006. Expuso que, si bien los hermanos del causante manifestaron ante *Colpensiones* que no había convivido el tiempo necesario con el fallecido para acreditar los requisitos pensionales por sobrevivencia, dicho aspecto fue falso en tanto ellos se empeñaron en quitarle su patrimonio.



Que no conoce nada relacionado con la pensión de sobrevivientes del hijo del causante de nombre *Juan Sebastián Corredor Ramírez*. Sostuvo que ella empezó a vivir en pareja con el causante inicialmente en su casa que en ese tiempo se encontraba ubicada en el Barrio Bosques de Arrayan de la Ciudad de Villavicencio, con posterioridad compraron una casa en el Barrio San Nicolás, y después por cuestiones económicas se iban a vivir en una casa también de su propiedad ubicada en el Barrio Panorama que se encontraba en arreglo, por lo que arrendaron la casa de San Nicolás, pero en el año 2006, aproximadamente 20 días antes al fallecimiento del señor *Ever Gilberto* y al tener la casa arrendada tuvieron que desocuparla e irse a vivir a donde sus padres mientras culminaba el arreglo de la casa del Barrio Panorama.

Expuso que desde el año 2005 que ella se quedó sin trabajo y hasta la fecha que murió el causante, él se encargó de la totalidad de los gastos del hogar, que la demandante trabajó con Telecom hasta el año 2005, resaltando que como pareja la actora y el fallecido pensaron casarse, tanto así que hicieron los trámites notariales incluso del edicto que fue en el año 2001, pero nunca finalizaron dicho trámite.

Que la convivencia entre el causante y la señora *Martha Nury Ramírez Taborda* se dio hasta el año de 1999, vivieron en la Ciudad de Villavicencio en un conjunto residencial llamado Camino Real, que el causante trabajó siempre en Telecom un promedio de 19 años. Adujo que el causante tuvo otro hijo que en la actualidad tiene aproximadamente 40 años de edad de nombre *Javier Andrés Corredor* y que el causante no tenía otra compañera permanente a parte de la señora *Martha Nury Ramírez Taborda*, sin que esta última hubiese reclamado pensión alguna ya que se encontraba prófuga de la justicia.

Por último, manifestó no tener conocimiento del tiempo exacto que convivió el causante con la señora *Martha Nury*, siendo enfática que la separación de ellos se dio en el año de 1999.

La testigo *Clara Inés Correal* expuso que conoce a la demandante *Martha Lucía López Hernández* hace más de 26 años, en razón a que el padre de su hija es familiar de la señora *Martha Lucía*, y por ende, siempre se encontraban en las reuniones que se hacían tanto en la casa del padre de su hija como en la de los padres de la demandante, de ahí que también hubiese nacido una amistad permanente.

Que la demandante tuvo cónyuge y de esa unión nacieron dos hijos de nombres Daniel y Juliana, luego la pareja se separó, y estando la actora laborando en Telecom conoció al causante, con quien en el año 2001 formó un hogar, conviviendo en una casa que la señora *Martha Lucía* tenía en Bosques de Arrayan; posteriormente la pareja se fue a



vivir en una casa ubicada en el Barrio San Nicolás, recordando muy bien este aspecto por cuanto la hija de la actora hizo la primer comunión y se reunieron todos, sumado a que siempre hacían la reuniones de cumpleaños, fin de año, entre otras.

Por consiguiente, que conoció al causante cuando comenzó a convivir con *Martha Lucía López*, puntualizando que la fecha exacta de la convivencia se dio a comienzos del año 2001, teniendo esto de presente, toda vez que hubo una reunión en la que la actora lo presentó, extendiéndose su convivencia hasta la fecha del deceso del señor *Ever Gilberto* el 20 de noviembre de 2006, sin que en dicho interregno hubiese existido separación alguna de la pareja, y esto le consta porque siempre asistían juntos a las reuniones.

Refiere recordar que, para la fecha de la muerte del causante, la pareja estaba viviendo en la casa de los padres de la actora, toda vez que estaban a la espera que se terminaran los arreglos de una casa a donde se iban a trasladar; que no conoció a la señora *Martha Nury Ramírez Taborda*. Que estuvo en la funeraria cuando velaron al causante en la Ciudad de Villavicencio y después lo llevaron a Bogotá, en donde lo enterraron.

Mencionó que la actora y el causante no se casaron, no recuerda la fecha exacta de la primera comunión de la hija de la actora, pero recalcó que se hizo cuando la pareja vivía en la casa del Barrio San Nicolás, no conoció familiares del causante, así como que tiene entendido que entre el causante y la actora compraron la casa del Barrio San Nicolás.

La señora *Yanet Uribe Sánchez – fue tachada de sospecha –*, manifestó que conoce a la señora *Martha Lucía López Hernández* al ser su sobrina; que su relación ha sido cercana, tanto así que la actora es la madrina de sus hijos; refirió que la actora tiene dos hijos de nombres Daniel Enrique Pinzón y Juliana, así como que en la actualidad no tiene cónyuge.

Que la demandante era casada con el padre de sus hijos y se separó en el año 1999, conociéndose con el causante en el año de 1997, porque ambos trabajaron en la empresa Telecom y en el año de 2001 la pareja empezó a convivir hasta la fecha de fallecimiento del señor *Ever Gilberto Corredor Sánchez*, que lo fue el 30 de noviembre del año 2006, sin recordar la fecha precisa del inicio de la convivencia. Que cuando la pareja inició su convivencia se fueron a vivir en una casa ubicada en el Barrio Bosques de Arrayán, luego aproximadamente dos años después se fueron a vivir en una casa que compraron en el Barrio San Nicolás, y posteriormente arrendaron esa casa porque se iban a vivir en el Barrio Panorama, pero en razón a que no les entregaron la vivienda a tiempo tuvieron que irse a la casa de los padres de la demandante, y en dicho interregno, fue que el causante falleció en el mes de noviembre del año 2006.



Recalcó que la pareja nunca se separó y este aspecto le consta por cuanto la familia era unida, y por ende, hacían reuniones y fiestas continuamente, e incluso compartieron la celebración de la primera comunión de la hija de la demandante. Que tiene conocimiento que el causante era separado de una relación sentimental anterior, y le consta por cuanto el causante en algún momento se lo comentó cuando compartían en las reuniones.

Que la demandante y el causante nunca se casaron, puntualizando que ella estuvo en la funeraria sin asistir al entierro del causante; que no conoció a la señora *Martha Nury Ramírez Taborda*.

El testigo *Carlos Hernán Romero* refirió que conoce a la demandante hace más de 40 años, debido a que fue compañero de trabajo de su padre cuando laboraron en la Caja Agraria; refiere conocer que la demandante tuvo un cónyuge, con quien tuvo dos hijos, de igual manera, que la actora empezó a trabajar en la empresa Telecom, en donde también trabajaba el causante, quien era el Gerente de la Seccional Villavicencio, de ahí que haya tenido conocimiento que la actora y el causante hubieran iniciado una relación como pareja a finales del año 2000 o comienzos de 2001, la que perduró hasta la muerte del causante.

Que él como testigo entre el año de 2001 y el 2006 vivió en Villavicencio en una casa de su propiedad en el Barrio Barsal, y que asistió a las exequias del causante.

El testigo *Pedro Antonio Benito Rojas*, expuso que conoce a la demandante aproximadamente desde el año 1997, por intermedio del fallecido *Gilberto Corredor* en reuniones; señala que el causante tuvo una relación con la demandante desde el año 2001, lo cual le consta por cuanto en ocasiones compartían en familia en una finca ubicada en las afueras de Villavicencio, amistad que perduró hasta la fecha de fallecimiento del causante, dando fe que la pareja permaneció siempre junta.

Reiteró que la pareja convivió desde el año 2001 hasta la fecha del deceso del causante, así como que el último lugar donde vivió la pareja fue en la casa de los padres de la demandante.

Del análisis de las pruebas recaudadas, la Sala puede concluir que en efecto la aquí demandante logró demostrar una convivencia de cinco (5) años con anterioridad al fallecimiento del causante *Ever Gilberto Corredor Sáenz*.



Ello en razón a que como lo sostuvo la demandante en el interrogatorio de parte que se le practicó, fue enfática en resaltar que si bien el causante tuvo una relación de convivencia con la señora *Martha Nury Ramírez Taborda*, la misma finalizó en el año de 1999, y como pareja ella se fue a vivir con el fallecido desde el mes de enero de 2001 en una casa ubicada en el Barrio Bosques de Arrayan de la Ciudad de Villavicencio, luego en una vivienda en el Barrio San Nicolás, y que si bien se iban a trasladar a una casa ubicada en el Barrio Panorama, no lo hicieron en razón a que la misma no tenía unas mejoras culminadas, por lo que tuvieron que radicarse en la casa de habitación de sus padres, fecha para la cual acaeció el deceso del señor Corredor Sáenz.

La confesión de la señora *Martha Lucía*, se acompasa con las declaraciones rendidas por *Clara Inés Correal* quien es amiga de la actora y a su vez ex esposa de un familiar de ella, *Yaneth Uribe Sánchez*, tía de la demandante, y de los señores *Carlos Hernán Romero* y *Pedro Antonio Benito Rojas*, últimos que destacaron que conocen a la señora *Martha Lucía López Hernández*, el primero por haber sido amigo de su padre y el segundo porque fue amigo del causante, todos siendo contestes en señalar que la pareja tuvo una convivencia desde inicios del año 2001, siendo enfáticos además en destacar que durante su relación, convivieron en diferentes casas ubicadas en la Ciudad de Villavicencio, tanto así, que puntualizaron que la última vivienda donde vivió la pareja antes de la muerte del causante, fue con los padres de la demandante, y que siempre los veían como pareja en las reuniones a las que asistían.

Otro aspecto a destacar es que la fecha que indican los testigos que la actora empezó la convivencia con el fallecido, esto es, a principios del año 2001, se ajusta con el hecho que la anterior relación sentimental que tuvo el fallecido señor *Ever Gilberto Corredor Sáenz* con la aquí llamada a juicio como litisconsorte necesaria señora *Martha Nury Ramírez Taborda*. En efecto, mediante sentencia judicial emanada por el Juzgado Segundo de Familia de Villavicencio se declaró la existencia de la sociedad patrimonial por el periodo comprendido entre el 28 de enero de 1995 y el 31 de enero de 2001 (Fls. 22 a 31), de ahí que este tópico se afiance al hecho que al causante los testigos nunca lo hubiesen visto con relación ajena a la que tenía con la actora, adicional a que a folio 16 reposa copia de un edicto fechado el 19 de septiembre de 2001, que demuestra que la pareja tuvo la intención de casarse en la Notaría Cuarta del Círculo de Villavicencio, nupcias que al final no se contrajeron como así lo sostuvo la señora *Martha Lucía* en el interrogatorio de parte que rindió.

Si bien la declaración de la señora *Yaneth Uribe Sánchez* fue tachada de sospecha por ser tía de la demandante, como lo sostuvo el fallador de instancia y atendiendo las reglas de la sana crítica, su declaración no puede ser desatendida en tanto su relato fue espontáneo sin que del mismo se haya encontrado situación alguna de contradicción



frente a los dichos de las demás declaraciones, por lo que la Sala también le asigna total credibilidad.

Por si fuera poco, en el proceso obran las declaraciones extra proceso que realizaran los testigos ya referidos, los cuales guardan armonía con los dichos expuestos en el presente proceso, especialmente los interregnos de la convivencia entre la señora *Martha Lucía López Hernández* y el causante *Ever Gilberto Corredor Sáenz*, talante que sopesan más aún sus declaraciones.

La calidad de compañera permanente de la demandante con el causante, se denota también con la solicitud que esta realizara a la Fiscalía 18 de la Ciudad de Villavicencio el 24 de noviembre de 2006 y que no fuese refutada de falsa, en la que solicitó en su calidad de cónyuge del señor *Corredor Sáenz* y con ocasión de su homicidio, solicitara el vehículo que fue protagonista de los sucesos de placas BND-360, el cual le fue entregado por dicha autoridad a través del Oficio No. 01027 del 27 de noviembre de 2006.

Ahora, respecto de la negativa de *Colpensiones* del reconocimiento del derecho pensional perseguido por la actora, nótese que el argumento de decisión de la encartada fue el hecho que existía otra compañera permanente o cónyuge del causante, aspecto que atendiendo la realidad procesal que aquí ocupa a la Sala, no resultaba acertado, en tanto la decisión emanada por el Juzgado de Familia fue claro en indicar que el causante no tenía ninguna relación de pareja a parte de la actora; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado se confirmará sobre este puntualísimo aspecto, dejándose de presente que en razón a que previamente la entidad había reconocido pensión de sobrevivientes al hijo del causante *Juan Sebastián Corredor Ramírez*, la pensión aquí reconocida a la actora debe hacerse en un 50% y hasta tanto le asista derecho en los términos legales.

Respecto del monto de la pensión, como lo sostuvo el *a-quo* no hay discusión, ya que como se mencionó en precedencia la entidad la reconoció a *Juan Sebastián Corredor Ramírez* en cuantía de \$2.855.275.

De la condena por concepto de intereses moratorios:

En lo que respecta al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 ordenados en primer grado, estos serán confirmados, ya que la Sala puede concluir que por lo expuesto en precedencia, la entidad no logró demostrar los supuestos por los que adujo la negativa del derecho, máxime si se tiene en cuenta como que como ya se enunció, dentro de la investigación realizada para la negativa pensional



no se analizó la sentencia judicial proferida por el Juzgado Segundo Civil de Familia que declaró la existencia de la sociedad patrimonial entre el fallecido y la señora *Martha Nury Ramírez Taborda* entre el 28 de enero de 1995 y el 31 de enero de 2001, por lo que no existió controversia entre eventuales beneficiarias.

Asimismo, se deja de presente que al haber elevado la actora solicitud pensional con el lleno de los requisitos legales para acceder a su prestación el 8 de octubre de 2012 como da fe la Resolución GNR 195491 de 2013 (Fls. 32 a 33), la fecha tomada por el fallador de instancia para imponer esta condena, esto es, el 8 de febrero de 2013 se encuentra ajustada a derecho.

Por lo anterior, no hay lugar al pago de la pensión de manera indexada.

De la excepción de prescripción:

Como lo dispuso el fallador de instancia, la excepción de prescripción habrá de declararse de manera parcial, pues al haber la actora elevado a *Colpensiones* solicitud pensional el 8 de febrero de 2012 como da cuenta la Resolución GNR 195491 de 2013 (Fls. 32 a 33), siendo resuelta en sede de apelación con la Resolución VPB 8651 de 2014 y que se notificara de manera personal el 12 de junio de 2014 (Fls. 35 a 37), por lo que es palmario que hasta la última calenda referida se suspendió el término prescriptivo hasta el 12 de junio de 2014, y al haberse presentado la demanda el 6 de diciembre de 2016 conforme se aprecia del acta individual de reparto (Fl. 51), notificándose a la demanda el 4 de julio de 2017 (Fl. 58), puede colegirse que las mesadas anteriores al 8 de octubre de 2009, estén cubiertos del fenómeno prescriptivo según lo preceptuado en los artículos 488 y 489 del C.S.T, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

De conformidad con todo lo expuesto, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



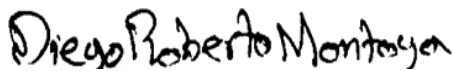
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 17 de junio de 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 25 2017 00328 01
Demandante: RAFAEL ESCOBAR SIERRA
Demandado: UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, en contra de la sentencia proferida el 24 de julio de 2020 por el Juzgado Veinticinco Laboral de Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Rafael Escobar*, instauró demanda ordinaria en contra de la *UGPP*, con la finalidad que se declare que adquirió el pago de la mesada 14, por cumplir la edad y densidad de semanas para tener derecho a la pensión de vejez antes del 31 de julio de 2011, derecho que debe reconocerse a partir del 31 de julio de 2013.

Por consiguiente, se le condene a la encartada al reconocimiento y pago de la mesada 14, más los intereses moratorios e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que ingresó a laborar en su calidad de trabajador oficial el 28 de octubre de 1985 en la empresa Carbocol S.A., siendo absorbida dicha empresa con posterioridad por Ecocarbon Ltda., más exactamente el 16 de octubre de 1993.

Que Ecocarbon Ltda. y Minerales de Colombia S.A. – Mineralco S.A., el 23 de diciembre de 1998 se fusionaron y se creó la empresa Nacional Minera Ltda. – Minercol Ltda.

Puntualizó, que nació el 24 de junio de 1950, por lo que el 24 de junio de 2005 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos de la Convención



Colectiva de Trabajo suscrita con SINTRACARBON a partir del 28 de octubre de 2005, calenda en que cumplió los 20 años de servicios.

Por tal razón, el 17 de noviembre de 2005, Minercol Ltda. emitió la Resolución No. 218, mediante la cual se le reconoció la pensión convencional a partir del 28 de octubre de 2005; el 26 de mayo de 2005, Colpensiones por medio de la Resolución GNR 109091 le reconoció pensión de vejez, en cuantía de \$5.965.207 a partir del 7 de mayo 2013.

Que el FOPEP venía pagando una mesada pensional de \$7.751.733 para el año 2013, y en razón de la figura de la compartibilidad pensional quedó a cargo de pagar la diferencia entre este valor y el de la mesada pensional reconocida por Colpensiones.

Mencionó que la UGPP, asumió el pago de las pensiones que como empleador tenía la Empresa Minercol Ltda., por lo que asumió el pago de la suma de \$1.786.526 como mayor valor a su cargo a partir del 7 de mayo de 2013, y sobre 13 mesadas pensionales al año.

Que la UGPP le pagó la mesada 14 para el año 2013, y en los años 2014 y 2015 solo pagó el mayor valor a su cargo, por lo que se le adeuda la diferencia entre lo pagado a título de mesada 14 de los años 2014 y 2015, y el valor de la mesada pensional del mes de junio de esos años.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que, si bien el demandante adquirió la pensión convencional antes del 31 de julio de 2010, la mesada 14 se eliminó al entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el 25 de julio de dicha anualidad, sumado a que la referida disposición también contempla que la mesada se le otorga a aquellas personas que su pensión sea inferior a 3 S.M.L.M.V., situación que no es el caso del actor pues su prestación es superior a dicho monto.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, compensación y la denominada genérica o innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de julio de 2020, absolvió a la entidad encartada de las pretensiones formuladas en su contra.



Para arribar a dicha conclusión, indicó que, de las pruebas arrojadas al plenario, se advierte que (i) el demandante nació el 24 de junio de 1950, (ii) que la empresa Minercol Ltda. profirió la Resolución No. 218 mediante la cual le reconoció al demandante la pensión de jubilación en los términos de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con SINTRAMINERALCO a partir del 28 de octubre de 2005, (iii) que conforme a las Resoluciones proferidas por Colpensiones, el valor de la mesada pensional del actor conforme a la reliquidación de la pensión de vejez fue de \$5.640.442, (iv) el FOPEP quedó a cargo de pagar la diferencia por compartibilidad de la pensión, quedando a cargo de pagar la diferencia entre ese valor y el valor de la mesada pensional que asumió Colpensiones, (v) que la entidad demandada asumió el pago de pensiones que tenía como empleador la empresa Minercol Ltda., por lo que asumió el pago del mayor valor a partir del 7 de mayo de 2013, y (vi) que está probado el pago de la mesada 14 para el año de 2013, y para los demás solo por el mayor valor a su cargo.

Posteriormente, argumentó que de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, el demandante adquirió el derecho pensional con anterioridad al 31 de julio de 2010, como así lo aceptó la demandada en la contestación de la demanda, también lo es que su derecho se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo referido, la cual prescindió de la mesada 14, pues fue hasta el 28 de octubre de 2005 que el actor cumple los 20 años de servicios, tal como se reconoce de los mismos hechos de la demanda.

Que tampoco le aplica la mesada pensional al actor, por cuanto el Parágrafo preceptúa a ciertas personas que perciban una pensión igual o inferior a los 3 S.M.L.M.V., requisito que no cumple el actor, por cuanto su mesada pensional fue mucho más alta a la preceptuada en la norma en comento.

Asimismo, adujo que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al actor no le asiste el derecho a la mesada 14, en tanto, al haber sido reconocido su derecho pensional derivado de una Convención Colectiva de Trabajo, que fuese reconocida con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no resulta próspero el pago de la pretensión, máxime si no existe prueba que advierta que la convención tenía implícito el pago de la mentada mesada adicional.

Por último, refirió que a pesar de que la demandada hubiese realizado el pago de algunos conceptos derivados de la mesada 14 de manera equivocada, cifras que no tuvo como motivo de discusión toda vez que no se presentó demanda de reconvención.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



La demandada *UGPP* apeló la decisión, aduciendo que el demandante debe ser condenado en costas por cuanto fue vencido en juicio.

El demandante, expuso en el recurso de alzada que se desconocieron sus derechos adquiridos al tenor de lo regulado en el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que, si desde dicha calenda venía recibiendo la mesada adicional del año 2014, no se podía desconocer cuando se surtió la pensión compartida, sin que el *a-quo* se hubiese pronunciado sobre la figura de la compartibilidad.

Que lo anterior, significa que después de reconocida la pensión convencional, siguió efectuando aportes a la seguridad social con la finalidad que cuando cumpliera los 60 años de edad Colpensiones entrara a reconocerle la mesada pensional, de ahí que la mesada 14 no se podía dejar de reconocer.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si le asiste derecho al demandante del reconocimiento y pago de la mesada 14.

De prosperar dicha pretensión, la Sala deberá establecer si hay lugar a condena por concepto de indexación e intereses moratorios.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los problemas jurídicos reseñados en precedencia, como lo dispuso el fallador de instancia, sea lo primero indicar que según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, el demandante nació el 24 de junio de 1950, así como que la Empresa Nacional Minera Limitada, en Resoluciones No. 218 del 17 de noviembre de 2005 y 222 del 25 de noviembre de 2005, reconoció al demandante pensión de carácter convencional como consecuencia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con



SINTRAMINERALCO a partir del 28 de octubre de 2005, prestación que se reconoció en cuantía de \$5.860.847.

Tampoco el hecho que Colpensiones mediante Resolución GNR 168744 del 14 de mayo de 2013, le reconoció al demandante la pensión de vejez en cuantía inicial de \$5.628.230 efectiva a partir del 7 de mayo de 2013, al igual que la UGPP a través de Resolución No. RDP 012056 del 26 de marzo de 2015, asumió el pago de pensiones que tenía como empleador la empresa Minercol Ltda., por lo que asumió el pago del mayor valor a partir del 7 de mayo de 2013, con una diferencia de \$67.383.

Puestas así las cosas, vale la pena recordar que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso:

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

“En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”.

“[...]”

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

“[...]”

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

Como ya se refirió, el demandante fue pensionado con ocasión a una Convención Colectiva de Trabajo que suscribiera la Empresa Nacional Minera Limitada con SINTRAMINERALCO. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL19643-2020, Radicación No. 59204 del 22 de noviembre de 2017, resolvió un caso de similares condicione, donde además hizo un análisis del Acto Legislativo 01 de 2005 de la siguiente manera:

“La Corte extrae de lo reseñado, que el Tribunal no puso en duda el reconocimiento de la pensión de jubilación extralegal al demandante a través del acta n.º 0126 del 2 de marzo de 2009, así como tampoco lo hace el censor al aceptar en el recurso el supuesto fáctico que «la pensión de jubilación extralegal de la cual disfruta el demandante fue reconocida el 2 de marzo de 2009 con vigencia a partir del 29 de noviembre de 2008».

Ahora bien, le asiste razón al casacionista al afirmar que la colegiatura interpretó erradamente el parágrafo 3 del Acto Legislativo N.º 1 de 2005, al considerar que, por habersele reconocido al actor la pensión extralegal antes del 31 de julio de 2010, se incluía el derecho a la mesada 14, conjetura equivocada bajo la óptica que el sentenciador de segunda instancia se vio impedido de establecer si el pacto



contenía o no el reconocimiento extralegal de la mesada discutida, por cuanto no estudió el referido clausulado.

A fin de discernir el anterior análisis se hace la transcripción del citado párrafo, que en su texto dice:

[...]

Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

Se tiene entonces de la norma expuesta que se protegieron los beneficios pensionales contenidas en pactos y convenciones por el término que se estipuló inicialmente en ellos, lo que significa que mientras subsistieran y hasta el 31 de julio de 2010, se ampararían tales reconocimientos extralegales, debiendo, lógicamente demostrarse que los mismos estaban consagrados en dichos acuerdos, derecho que no pudo evidenciarse en el presente caso porque, recuérdese que el pacto no pudo estudiarse por la carencia de la solemnidad legal que señaló el ad quem y, el acta que consagra la pensión extralegal al actor no determina en su clausulado, los artículos que se refieren a la mesada 14 de lo que se colige que este tenía naturaleza legal.

En este orden, erró ostensiblemente el Tribunal al dar alcance de reconocimiento a la mesada 14 solo con el contenido del acta n.º 0126, sin percatarse que la misma nada dice al respecto y solo hace mención a la pensión extralegal, sin que se advierta el expreso reconocimiento de la acreencia discutida.

De otra parte, y como lo advierte el censor, aunque el Tribunal si aludió en su sentencia al inciso 8 del Acto Legislativo n.º 1 de 2005, fue para precisar que se deben reconocer 13 mesadas anuales, por lo que no fue base de su decisión, ya que se detuvo en el análisis del párrafo 3 del mismo mandato constitucional para definir el recurso, no advirtiendo que el acto mediante el cual se reconoció la prestación económica al demandante, da cuenta de una fecha posterior al 31 de julio de 2005, lo que impedía por el texto normativo referido, se atendiera la petición a la mesada 14, toda vez que el inciso mencionado consagra:

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

En este orden, tampoco había lugar a otorgar la citada súplica porque el cumplimiento de los requisitos para adquirir su derecho pensional aconteció en el año 2008, o sea que frente a este mandato también erró el Tribunal, ello sin hacer mención a la cuantía de la mesada que lo es de \$6.141.455, suma superior a los tres SMLMV, esto es, la excepción que está contenida en el párrafo 6 del mismo acto legislativo, que dispone:

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

Significa lo expuesto que ante la evidente interpretación errónea del artículo 1 del Acto Legislativo N.º 1 de 2005 por parte del Tribunal, la sentencia se quiebra y en consecuencia se debe casar".



De lo dicho, se puede colegir que en este especialísimo asunto se presentan situaciones similares.

Ello por cuanto, si bien le fue reconocida una pensión de carácter extralegal como consecuencia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Empresa Nacional Minera Limitada y SINTRAMINERALCO, según se extrae de las Resoluciones emanadas por la primera referida bajo los consecutivo No. No. 218 del 17 de noviembre de 2005 y 222 del 25 de noviembre de 2005, su contenido en nada advierte que la convención regulara pago alguno de mesada 14, tópico que a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005, a pesar de resguarda derechos convencionales hasta el 31 de julio de 2010, lo cierto es que se debió demostrarse que dicho emolumento estaba contenido en la convención, aspecto que no se probó, pues siquiera el pacto convencional fue aportado al plenario.

Por otra parte, como lo interpretó el máximo órgano de cierre, las prerrogativas en este caso convencionales, por cuanto el derecho pensional fue de estirpe extra legal, debieron causarse con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, según lo regulado en el Parágrafo 3º del Acto Legislativo, situación que no sucedió toda vez que el demandante ostentó su pensión a partir del 28 de octubre de 2005.

Y en gracia de discusión, el parágrafo 6º del Acto Legislativo, dispone que la mesada 14 se reconoce para aquellas personas que su prestación no sea superior a 3 S.M.L.M.V., requisito que el demandante no cumple pues que su pensión fue ostensiblemente superior a dicho valor.

Con ocasión de los argumentos expuestos, se cae de peso el argumento expuesto por el demandante para acceder al derecho prestacional, pues lo regulado en el Acto Legislativo en concordancia con la interpretación que sobre el mismo realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no puede entenderse que se le haya vulnerado un derecho adquirido, en virtud a que si bien se aprecia que antes de la configuración de la compartibilidad pensional venía percibiendo 14 mesadas pensionales al año, el actor no puede dejar de lado que el derecho perseguido emana de una pensión de carácter convencional, que envuelve íntegramente la aplicabilidad del artículo 48 de la Carta Política con la modificación del Acto Legislativo y que no puede ser desconocido, de ahí que no deban atender sus súplicas.

Por último, la demandada UGPP encontró inconformidad en el hecho de que a la pasiva no se le condenó en costas. Sobre el particular basta indicar que estas operan de forma objetiva conforme lo dispuesto por el legislador, debiendo asumir su pago la parte que haya resultado vencida en juicio, tal como lo establece el artículo 365 del C.G.P, por manera que al haber resultado el actor vencido en juicio, resulta lógico la procedencia



de la condena en su contra, por lo cual se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

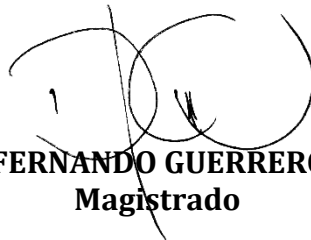
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 24 de julio de 2020, en el sentido de **CONDENAR** en costas de primera instancia a la parte demandante, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

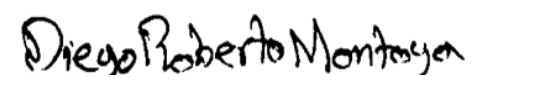
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de alzada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

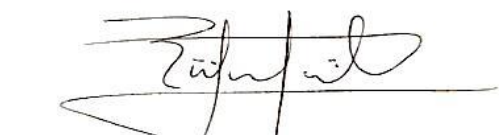
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 28 2017 00391 01
Demandante: PATRICIA PEDRAZA CASAS
Demandado: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR – CAFAM -
COLSUBSIDIO LIMITADA y la COMPAÑÍA DE SEGUROS
BOLÍVAR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferirá el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Patricia Pedraza Casas*, instauró demanda ordinaria en contra la *Entidad Promotora de Salud Famisanar, Cafam, Colsubsidio Ltda. y la Compañía de Seguros Bolívar S.A.*, con la finalidad que se declare que es beneficiaria del pago por concepto de incapacidades como consecuencia de la patología que padece, teniendo en cuenta el valor del 33.33% de cada incapacidad, junto con el pago de intereses.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que ingresó a prestar sus servicios personales a la entidad Citibank Colombia S.A. el 16 de julio de 1992 hasta el 16 de octubre de 2014, encontrándose afectada su labor por cuanto presentó trastorno mixto de ansiedad, depresión y otros problemas relacionados con el estrés, conforme dictamen remitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca de fecha 9 de junio de 2011, el cual se confirmó por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el día 6 de febrero de 2013, quienes concluyeron que el origen de su patología era laboral.

Que en virtud de su patología, estuvo incapacitada desde el 29 de abril de 2010 hasta el 9 de agosto de 2014, y en razón a que en principio su patología había sido calificada



como de origen común, se le pagó el auxilio económico por incapacidad de tan solo el 66.66%.

Mencionó que radicó derechos de petición en varias oportunidades ante la *Compañía de Seguros Bolívar S.A.* el 2 de abril de 2014, 19 de enero, 22 de junio y 29 de septiembre de 2015, solicitando el pago del faltante de incapacidades por valor de 33.33% comprendidas entre el 15 de abril de 2010 y el 26 de abril de 2013.

Que en igual sentido, radicó ante la Superintendencia Nacional de Salud derecho de petición solicitando se ordenara a la *Compañía de Seguros Bolívar S.A.* el pago del 33.33% faltante por las incapacidades ya referidas, pero la encartada en respuestas adiadas el 3 de febrero, 24 de julio y 15 de octubre de 2015, así como el 11 de octubre de 2016, le comunicó que no cancelaría las incapacidades por temas de prescripción y falta de documentación.

Por último, expuso que la *Compañía de Seguros Bolívar S.A.* le reconoció pensión de invalidez mediante comunicado del 1º de octubre de 2014, al igual que el 16 de marzo de 2015 elevó derecho de petición ante el Ministerio del Trabajo solicitando se le ordenara a la encartada el pago de las incapacidades, por lo que el 4 de noviembre de 2015 la Defensoría del Pueblo remitió a la Superintendencia Nacional de Salud una queja.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Entidad Promotora de Salud Famisanar – Cafam - Colsubsidio Limitada*, hoy en día *Entidad Promotora de Salud Famisanar S.A.S.*, contestó la demanda con oposición de las pretensiones, por cuanto en lo que concierne a la obligación del pago de incapacidades, a la actora se le cancelaron los primeros 180 días de incapacidad otorgadas por los galenos tratantes, esto es, por el periodo comprendido entre el 15 de abril y el 11 de octubre de 2010, y con posterioridad se tuvo conocimiento de la calificación de origen efectuada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá teniendo en cuenta que la demandante fue la que informó dicha situación, de ahí que se haya procedido a realizar el recobro a la ARL *Seguros Bolívar S.A* del valor de las prestaciones económicas que ya se le había cancelado a la señora *Patricia Pedraza Casas* antes que los diagnósticos por los que estas se habían otorgado fueran calificados como de origen común, por lo que la ARL reembolsó el valor de \$6.835.604.

Propuso las excepciones de carencia de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación a cargo de la EPS de cubrir contingencias laborales, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la denominada genérica.



La demandada *Compañía de Seguros Bolívar S.A.* también se opuso a las pretensiones, bajo el argumento que las prestaciones solicitadas por la actora se encuentran prescritas en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1562 de 2012. Asimismo, no se puede perder de vista que no hay lugar al pago de dichas incapacidades toda vez que las misma fueron efectivamente atendidas por el Sistema General de Seguridad Social.

Propuso las excepciones de pago de las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de las incapacidades por parte de la *Compañía de Seguros Bolívar S.A.* como administradora de riesgos laborales, prescripción de las prestaciones económicas pretendidas en la demanda, cobro de lo no debido por pago de las incapacidades pretendidas y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de marzo de 2020, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la *Compañía de Seguros Bolívar S.A.*, absolviendo a la encartada de las pretensiones formuladas en su contra.

Por otra parte, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la *Entidad Promotora de Salud Famisanar S.A.S.* y, en consecuencia, también la absolvió de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que teniendo en cuenta que la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que las patologías presentadas por la demandante eran de origen profesional, fue por lo que las prestaciones en que estuvo incapacitada en efecto están a cargo de la *Compañía de Seguros Bolívar S.A.* en un porcentaje del 100% del ingreso base de cotización de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 776 de 2002.

Que a pesar de lo anterior, atendiendo las reglas de prescripción dispuestas en el artículo 18 de la ya referida Ley 776 de 2002 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1562 de 2012, dentro del presente asunto operó el fenómeno prescriptivo para el reclamo de las incapacidades pretendidas, como quiera que el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez fue notificado el 24 de junio de 2011, el cual fue recurrido por la actora y confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, notificándose el día 6 de febrero de 2013, y al haberse surtido la reclamación el 2 de abril de 2014 y la demanda presentarse el 23 de mayo de 2017, era palmaria la procedencia del fenómeno prescriptivo.



III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Adujo que el término prescriptivo para el pago de las pretensiones pretendidas debe tomarse desde el día en que la demandada *Compañía de Seguros Bolívar S.A.* dio respuesta a la petición que lo fue el 29 de octubre del año de 2014, de ahí que hayan algunas incapacidades que no se cubrieron por el fenómeno prescriptivo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago del salario insoluto por concepto de incapacidades médicas en un porcentaje del 33.33% por el periodo comprendido entre el 15 de abril de 2010 y el 26 de abril de 2013.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que conforme las probanzas arrimadas, a folios 3 y 192 a 193 obra certificación emitida por *Famisanar EPS* en la que se constata que la demandante registró incapacidades para un total de 1464 días, de ahí que la mismas hubiesen sido canceladas en un porcentaje del 66.66% bajo el entendido que la enfermedad común.

Tampoco el hecho que mediante dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez se estableció una pérdida de capacidad laboral a la actora en un porcentaje del 31%, asignándosele un origen de profesional y con fecha de estructuración del 18 de mayo de 2010, aunado a que dicho dictamen fue recurrido por la actora, y en razón de ello, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez lo confirmó (Fls. 28 a 35).

Ahora bien, en tratándose de la responsabilidad del pago de incapacidades, el Parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el Decreto 2943 de 2013 dispone:



“ARTÍCULO 1. *Modificar el párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así:*

PARÁGRAFO 1°. *En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.*

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado”.

A su vez, el artículo 3 de la Ley 776 de 2002, mediante el cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Laborales, regula:

“ARTÍCULO 3o. MONTO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD TEMPORAL. *Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario.*

Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional.

El período durante el cual se reconoce la prestación de que trata el presente artículo será hasta por ciento ochenta (180) días, que podrán ser prorrogados hasta por períodos que no superen otros ciento ochenta (180) días continuos adicionales, cuando esta prórroga se determine como necesaria para el tratamiento del afiliado, o para culminar su rehabilitación.

Cumplido el período previsto en el inciso anterior y no se hubiese logrado la curación o rehabilitación del afiliado, se debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de incapacidad permanente parcial o de invalidez. Hasta tanto no se establezca el grado de incapacidad o invalidez la ARP continuará cancelando el subsidio por incapacidad temporal.

Puestas así las cosas, como ya se mencionó, la Junta Regional de Calificación de Invalidez definió que las patologías de la demandante denominadas “*Trastorno Mixto de Ansiedad y Depresión*” eran de origen profesional, y como lo decidió la *a-quo*, en efecto las prestaciones perseguidas por la señora *Patricia Pedraza Casas* están a cargo de la demandada *Compañía de Seguros Bolívar S.A.* sobre un porcentaje del 100% del salario base de cotización, aspecto que no fue refutado por la encartada.

Ahora bien, el objeto de reproche se centra en determinar si en efecto la demandada *Compañía de Seguros Bolívar S.A.* es responsable de dicho pago en tanto operó el fenómeno prescriptivo.



Para lo pertinente, es menester traer a colación lo regulado en el artículo 18 de la Ley 776 de 2002, que a la letra reza:

“ARTÍCULO 18. PRESCRIPCIÓN. Las prestaciones establecidas en el Decreto-ley 1295 de 1994 y en esta ley prescriben:

- a) Las mesadas pensionales en el término de tres (3) años;*
- b) Las demás prestaciones en el término de un (1) año.*

La prescripción se cuenta desde el momento en que se le define el derecho al trabajador”.

Dicha prerrogativa fue modificada por el artículo 22 de la Ley 1562 de 2012, donde se asentó:

“ARTÍCULO 22. PRESCRIPCIÓN. Las mesadas pensionales y las demás prestaciones establecidas en el Sistema General de Riesgos Profesionales prescriben en el término de tres (3) años, contados a partir de la fecha en que se genere, concrete y determine el derecho”.

Es claro entonces que las prestaciones económicas, prescriben en un interregno de tres (3) años.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL2203-2017, Radicación No. 46120 del 15 de febrero de 2017, en lo que concierne al estudio del fenómeno prescriptivo frente al tema de incapacidades expuso:

“En el anterior orden de ideas, para esta Corte es claro que la decisión del Tribunal no fue compatible con el contenido literal del artículo 6º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, norma que interpretada sistemáticamente con los artículos 151 ibídem y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, conduce sin equívocos a la conclusión de que la reclamación presentada por el trabajador, interrumpe la prescripción, y esta comienza a contarse de nuevo a partir del reclamo, por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente, es decir, nuevamente por tres años.

Igualmente, es evidente que la autoridad judicial accionada, al apoyar la decisión referida en la sentencia rad. 37251 de 2012, proferida por este cuerpo colegiado, pasó por alto que la postura contenida en dicho fallo fue recogida de tiempo atrás por esta Sala, dando paso a numerosos pronunciamientos en los que se ha señalado que el entendimiento que debe darse al artículo 6º del Código Procesal del Trabajo, es justamente el que emana de su tenor literal, esto es, que la reclamación que presente el trabajador, con miras a obtener el reconocimiento de sus acreencias laborales, interrumpe el término de prescripción por una sola vez, caso en el cual, una vez finalizada la interrupción, dicho término comienza a contarse nuevamente por un lapso igual al inicial, equivalente a tres años.

Así se dijo, entre otras, en la sentencia SL17165-2015:

Empero, el planteamiento de la censura es equivocado, pues tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo como el 151 del Código Procesal del Trabajo y



de la Seguridad Social, que señalan el plazo general de tres años para la extinción de las obligaciones y acciones laborales, señalan que el simple reclamo escrito del trabajador sobre un derecho determinado, interrumpe la prescripción, pero por una sola vez, plazo que empezará a contarse de nuevo, sin que sea posible interrumpir ese plazo por varias veces, en tanto, como ya quedó dicho, los citados preceptos permiten la interrupción de la prescripción por una sola vez, tenor literal que no admite interpretación distinta ni mucho menos como la planteada por la acusación. Desde luego, no debe olvidarse que de conformidad con el artículo 6º del estatuto adjetivo laboral que regula la reclamación administrativa – consistente en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que se pretenda-- en las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública, mientras esté pendiente el agotamiento de dicha reclamación, el término de prescripción queda suspendido, de manera que la reanudación del término de prescripción se da desde el momento en el que se produzca efectivamente la respuesta de la Administración., o cuando el interesado, transcurrido un mes después de presentada, decide no esperar la respuesta y opta por la acción judicial, disposición que cabalmente también observó el Tribunal, como lo detalló en su sentencia en la manera como a continuación se resume:

La demandante, el 24 de octubre de 2003, reclamó al ISS el retroactivo pensional del período comprendido entre enero y julio de 2003, momento desde el cual el término de la prescripción quedó interrumpido e igualmente suspendido. El ISS, el 27 de abril de 2005 dio respuesta a esa petición y a otra que en igual sentido presentó la demandante el 14 de febrero de 2005 -que debe considerarse inocua-. A partir del día siguiente a esa respuesta, terminó la suspensión de la prescripción y comenzó a correr un nuevo término de tres años, el que de consiguiente venció el 28 de abril de 2008 (Subrayado fuera del texto original).

Y también en la sentencia SL13000-2015, en la que se puntualizó:

*En efecto, de acuerdo con el art. 6º del C.P.T. y S.S., la reclamación administrativa del derecho presentada ante entidades de la administración pública, **suspende** el término de prescripción hasta (i) cuando se decida la petición, o (ii) cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta.*

En cuanto a esta última hipótesis, incorporada por la L. 712/2001, debe clarificarse que fue declarada exequible condicionadamente por la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2006, en el entendido que «el agotamiento de la reclamación administrativa por virtud del silencio administrativo negativo, es optativo del administrado, de tal manera que si decide esperar la respuesta de la administración, la contabilización del término de prescripción solo se hará a partir del momento en el que la respuesta efectivamente se produzca». De suerte que, hoy por hoy, un adecuado entendimiento del art. 6º del C.P.T y S.S., debe necesariamente contemplar el hecho de que hasta tanto no se emita y notifique la respuesta a la reclamación, el término prescriptivo permanece suspendido.

Siendo esto así, en el sub examine la demanda fue promovida dentro del plazo de los tres años siguientes a la fecha de agotamiento de la reclamación administrativa, por cuanto si bien la solicitud del derecho se presentó el 22 de agosto de 2005, lo cierto es que la respuesta vino a producirse el 30 de diciembre de 2005 y notificarse hasta el 26 de enero de 2006 (fl. 130), motivo por el cual, debe entenderse que el término prescriptivo resurgió nuevamente el 27 de enero de 2006, y con él, la posibilidad del trabajador de accionar ante los jueces del trabajo dentro de los tres años siguientes a esta última calenda, como efectivamente ocurrió (Subrayado fuera del texto original)”.



Bajo esta perspectiva, en lo que atañe a declarar probada la excepción de prescripción como lo dedujo la *a-quo* fue una decisión acertada. Nótese que el Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez quedó en firme cuando la Junta Nacional decidió confirmarlo como órgano de cierre, dictamen que le fue notificado a la demandante el 6 de febrero de 2013 según da cuenta la documental obrante a folio 32 del expediente, por lo que fue desde dicha data que empezó a correr el término trienal para que la demandante solicitara el pago pretendido.

Ahora, se tiene que dentro del expediente se observa que la actora formuló reiterativas peticiones a la demandada *Compañía de Seguros Bolívar S.A.* solicitando el pago de las incapacidades en el 100%, adiadas el 2 de abril de 2014, 19 de enero de 2015, 22 de junio de 2015 y 29 de septiembre de 2015 (Fls. 37 a 42).

A pesar de ello, conforme a las reglas del Estatuto Procesal del Trabajo, debe tenerse en cuenta el primer reclamo escrito elevado, que lo fue el 2 de abril de 2014 (Fl. 37); circunstancia por la cual, la reclamación se surtió un mes después, más exactamente el día 2 de mayo de 2014, y al haberse presentado la demanda el 23 de mayo de 2017 según da cuenta el Acta individual de reparto (Fl. 140), es evidente que la acción no fue impetrada dentro del término trienal regulado en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T y de la S.S.

Es así que deja de presente la Sala que no es de resorte el argumento de la demandante en el recurso de alzada, en el sentido de que el término prescriptivo debe analizarse a partir de la respuesta bridada por la encartada el 29 de octubre de 2014, como quiera que confrontada la misma (Fl. 207), fue emitida con ocasión a un escrito que elevara la demandante el día 30 de septiembre de 2014, es decir, una fecha posterior al primigenio que como ya se dijo fue de calenda 2 de abril de 2014 (Fl. 37), sin que de dicho documento se evidencia una renuncia a la prescripción, lo que a su vez conlleva a que la decisión de primer grado se confirme en su integridad. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 26 2017 00418 01
Demandante: BERTHA AURORA TORRES MARTÍNEZ
Demandado: MYRIAM MATAMOROS LÓPEZ y CARLOS ALBERTO
BLANCO ROJAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1. DE LA DEMANDA

La señora *Bertha Aurora Torres Martínez*, formuló demanda ordinaria en contra de *Myriam Matamoros López y Carlos Alberto Blanco Rojas*, con la finalidad que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1992 y el 23 de diciembre de 2015.

Por consiguiente, se condene a los demandados al pago de cesantías desde el 1º de abril de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2001 y desde el 1º de enero de 2014 hasta el 23 de diciembre de 2014, intereses a las cesantías entre el 1º de abril de 1992 y el 31 de diciembre de 2001, 1º de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2013, 1º de enero de 2014 y el 23 de diciembre de 2015, prima de servicios desde el 1º de abril de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2014, 1º de enero de 2015 hasta el 30 de junio de 2015, y vacaciones entre el 1º de abril de 1992 y el 31 de diciembre de 2014.

Asimismo, al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías desde el 1º de abril de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2001 y desde el 1º de enero de 2014 hasta el 23 de diciembre de 2015, pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones entre el 1º de abril de 1992 y el 22 de marzo de 1994, sanción por despido sin justa causa e indexación.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que trabajó al servicio de los demandados a través de un contrato verbal que tuvo inicios el 1º de abril de 1993, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. hasta las 7:00 p.m., donde además se acordó que para el año 2015 el salario ascendía a la suma de \$1.104.600 mensuales, incluido el subsidio de transporte.

Que el cargo para el cual se le contrató fue el de Auxiliar en Salud Oral, cuyas labores consistían en prestar sus servicios como Auxiliar de Odontología en consultorio, atención a los pacientes, recepción de llamadas, funciones de secretaría, entre otras más, recibiendo siempre órdenes directas de los demandados.

Adujo igualmente que, en el año 2012 los demandados terminaron la sociedad de hecho relacionada con la prestación de servicios en el área de salud oral, por lo que continuó prestando sus servicios a la señora *Myriam Matamoros López* desde el mes de enero de dicha anualidad, quien culminó su contrato de trabajo el 23 de diciembre de 2015.

Que la demandada no realizó aportes a pensión ni sus acreencias laborales conforme a lo pretendido.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Myriam Matamoros López* manifestó que con la demandante celebró dos contratos de trabajo por los periodos comprendidos entre el 23 de marzo de 1994 y el 15 de diciembre de 1997 y entre el 1º de enero de 1998 y el 22 de diciembre de 2015, aduciendo que el último salario devengado por la actora fue de \$1.104.600, vínculos en los que se cancelaron todos los derechos laborales, aunado a que en lo alegado operó el fenómeno prescriptivo.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de unidad del vínculo y del extremo inicial indicado, pago, buena fe de la demandada – improcedencia de la sanción moratoria, compensación, prescripción y genérica.

Por su parte, el demandado *Carlos Alberto Franco Rojas*, indicó en su contestación que con la demandante se suscribió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de abril y el 22 de diciembre de 1992, en el cual se le canceló a la actora sus respectivos derechos laborales.



Propuso las excepciones de inexistencia de unidad del vínculo y del extremo inicial indicado, pago, buena fe del demandado – improcedencia de la sanción moratoria, compensación, prescripción y genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de febrero de 2020, declaró que entre la demandante y la señora *Myriam Matamoros López* existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1992 y el 23 de diciembre de 2015, condenando a esta última a cancelar a favor de la actora la suma de \$2.686.724 por concepto de cesantías, así como al pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por el mismo interregno, previo cálculo actuarial del fondo de pensiones en que se encuentre afiliada la señora *Bertha Aurora Torres Martínez*, junto con los intereses de mora respectivos, teniendo como salario base el S.M.L.M.V. para los años 1992 a 1994 y para el año 1997 la suma de \$222.000.

Igualmente, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las acreencias laborales atinentes a la demandada *Myriam Matamoros López* con anterioridad al 23 de diciembre de 2012, al igual que absolvió de condena alguna al demandado *Carlos Alberto Franco Rojas*.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, manifestó que del caudal probatorio se logró colegir que entre la actora y la señora *Myriam Matamoros López* junto con el demandado *Carlos Alberto Franco Rojas*, en efecto existieron vínculos laborales.

En cuanto a los extremos de cada relación laboral, indicó que conforme se acreditó de las certificaciones laborales, el contrato de trabajo suscrito con la señora *Myriam Matamoros López* tuvo como inicio el 1º de abril de 1992, sin que la encartada hubiese demostrado lo contrario, y la fecha de finalización que lo fue el día 23 de diciembre de 2015 se probó con la carta de terminación del vínculo.

Que tampoco fue descartado que desde el año 1992 la actora hubiese tenido contrato de trabajo con el señor *Carlos Alberto Franco Rojas*, ya que al tenor de lo preceptuado en el artículo 26 del C.S.T., era permitido que la actora tuviese contratos de trabajo simultáneos con ambos empleadores, relación que tan sólo se extendió hasta el 31 de diciembre de 1993, como así lo confesó la misma demandante en su interrogatorio de parte.

Frente a la sanción por despido sin justa causa, en atención de la carga dinámica de la prueba que ha adocinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los motivos



reseñados en la carta de terminación del contrato de trabajo pudieron demostrarse por la señora *Myriam Matamoros López*, en especial lo atinente a los llamados de atención y las llegadas tarde a laborar de la demandante, pues incluso esta última así lo confesó en su interrogatorio de parte, de ahí que haya absuelto sobre esta pretensión.

Seguidamente analizó la excepción de prescripción, concluyendo que había operado de manera parcial el medio exceptivo, como quiera que la demanda se presentó el día 4 de julio de 2017 y la relación laboral finalizó el 23 de diciembre de 2015, por lo que la prescripción se extendió con anterioridad al 23 de diciembre del año 2012.

En tal sentido, se pronunció con ocasión a las cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones.

Por consiguiente, adujo que, desde el 16 de enero de 1995, la demandada *Myriam Matamoros López* le pagó directamente las cesantías a la demandante para los años 1995, 1996, 1998, 1999, 2000 y 2001, sin que se refleje certificado de pago de cesantías del año 1997, y con posterioridad al año 2001, esta prestación se consignó directamente al fondo de pensiones; circunstancia por la cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 254 del C.S.T., las cesantías a partir del año 1990 debían ser consignadas directamente al fondo de cesantías, por lo que fulminó condena por los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, valor total que definió en la suma de \$2.686.724.

En cuanto a los intereses a las cesantías, decidió no fulminar condena en tanto, de una parte, operó el fenómeno prescriptivo con anterioridad al 23 de diciembre de 2012, y de otra, con posterioridad a dicha calenda y hasta la fecha del finiquito se acreditó el correspondiente pago.

Respecto de la sanción por la no consignación de las cesantías contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en consecuencia de la procedencia de la buena o mala fe de cada caso en particular conforme lo ha adocinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien se fulminó condena a la demandada por concepto de cesantías desde los años 1995 hasta el 2001, pues fueron entregadas directamente a la trabajadora, dicha situación advirtió la buena fe de la pasiva ya que en ningún momento desconoció el pago de la prestación social, por el contrario, lo realizó sin percatarse que debían consignarse al fondo de cesantías, por lo que absolvió por esta pretensión.

De la prima de servicios, advirtió que las generadas con anterioridad al 23 de diciembre de 2012 se encontraban prescritas, y las posteriores a esta calenda fueron pagadas como así se probó en el plenario, adicional a que así lo confesó la demandante en el interrogatorio de parte, igual situación que ocurrió con el pago de las vacaciones.



En lo que refiere al pago por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, condenó a la demandada por los periodos comprendidos entre el 1º de abril de 1992 y el 22 de marzo de 1994, y entre el 1º de febrero y el 31 de octubre de 1997, ya que sobre dichos interregnos no se reflejó pago conforme se avistó del reporte de semanas emitido por Colpensiones y actualizado para el año 2016, IBC que determinó atendiendo los aportes que ya había realizada la encartada para los respectivos años.

Negó el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Riesgos Laborales, al concluir que la demandante no demostró alguna incursión por gastos médicos o quebrantos de salud, así como que ordenó la indexación de la condena por concepto de cesantías.

Por último, refirió que con relación al contrato de trabajo declarado entre la demandante y el señor *Carlos Alberto Franco Rojas*, no existía condena alguna ya que había operado el fenómeno prescriptivo, sumado a que ya se condenó a la señora *Myriam Matamoros López* por concepto de aportes a pensión.

III.- RECURSOS DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Adujo encontrar inconformidad en lo que concierne a la condena por aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, como quiera que la imputación de estos conceptos también debe ser responsabilidad del señor *Carlos Alberto Franco Rojas*, misma situación que procede con la condena en costas.

La demandada *Myriam Matamoros López* también apeló la decisión, bajo el entendido que el extremo inicial de la relación laboral no es el analizado por la *a-quo*, máxime si desde la contestación de la demanda existió una oposición a la certificación laboral analizada por la Juez para declarar el contrato de trabajo a partir del 1º de abril de 1992, sumado a que amerita valor probatorio al formato de afiliación de la demandante al ISS, en concordancia con lo expuesto por la demandante en el interrogatorio de parte, por lo que la fecha inicial se debe atender a partir del 23 de marzo de 1994.

Que con relación a la condena de cesantías, no son de recibo por cuanto de los pagos de cesantías directas realizadas, se dejaba en la mayoría de ellas la anotación por solicitud que la misma demandante hacía para el pago directo, por lo que no hay contradicción para imputar lo preceptuado en el artículo 254 del C.S.T., así como que se debe analizar



como pagadas las cesantías del año 1997, pago que incluso fue confesado por la demandante en el interrogatorio que se le practicó.

Refirió que la falladora de instancia hizo referencia de la excepción de compensación, precisando que no se podía aplicar el medio exceptivo ya que iba en contravía de lo establecido en el artículo 254 del C.S.T., sin que hubiese tenido en cuenta que la compensación no solo se refería a los pagos realizados por cesantías, sino que también versaba frente al valor de los \$2.575.700 entregados a la actora mediante depósito judicial constituida ante el Banco Agrario, por lo que al haberse demostrado que la demandada no adeudaba ningún concepto, dicho valor debe ser valorado para declarar el medio exceptivo.

Finalmente, con ocasión a los aportes a seguridad social condenados, no es procedente el pago en primer lugar porque los extremos de la relación laboral determinados por la *a-quo* no son los correctos, y en segundo lugar, en lo que respecta a la imputación de pagos de aportes por el año de 1997 no opera la omisión del empleador en la afiliación, por lo que no es procedente la elaboración de cálculo actuarial y pago de título pensional, sino que en esa hipótesis lo que resulta procedente es el pago de mora de aportes pensional, entre otros aspectos por los ejercicios de las actividades de cobro que tenía el ISS en su momento conforme lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Atendiendo los planteamientos esbozados en los recursos de alzada, por metodología en la resolución del asunto que nos ocupa, habrá de determinarse cuál fue el extremo inicial de la relación laboral decretada por la falladora de instancia con ocasión del contrato de trabajo celebrado entre la señora *Bertha Aurora Torres Martínez* y *Myriam Matamoros López*.

Como segundo problema jurídico, la Sala auscultará si es procedente el pago de las cesantías condenadas para los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.



El tercer problema jurídico a resolver se circunscribirá a establecer si es procedente la condena por el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para que así mismo se determine si el demandado señor *Carlos Alberto Franco Rojas* es responsable de pago alguno.

Como cuarto problema jurídico a resolver, se determinará si es procedente la prosperidad de la excepción de compensación formulada por la señora *Myriam Matamoros López*.

c. Del caso en concreto:

Previo a resolver los planteamientos jurídicos ya enunciados, sea lo primero indicar que entre la demandante y el señor *Carlos Alberto Franco Rojas*, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1992 y el 31 de diciembre de 1993, extremos que no fueron refutados por ninguna de las partes.

Tampoco fue objeto de reproche el extremo final declarado por la *a-quo* respecto de la relación laboral declarada entre la demandante y la señora *Myriam Matamoros López*, incluso prueba de ello lo es la carta de terminación del contrato de trabajo que emitiera la encartada (Fls. 18 a 19), y que como ya se advirtió, lo que debe determinarse es verificar cuál fue la fecha de inicio de dicho contrato de trabajo.

De la fecha inicial del contrato de trabajo celebrado entre la demandante y la señora *Myriam Matamoros López*:

La apelación de alzada es motivada en el hecho que la *a-quo* no valoró en profundidad las pruebas para determinar el verdadero extremo inicial de la relación laboral, en especial la certificación arrimada a folio 12 del expediente, máxime si la prueba se refutó desde la contestación de la demanda, y que la misma demandante confesó en su interrogatorio de parte que el 1º de abril de 1994 celebró con el demandado *Carlos Alberto Franco Rojas* un contrato de trabajo que se extendió hasta el mes de diciembre de 1993, debiéndose resaltar como fuerza probatoria el formato de afiliación que realizara la demandada para la actora que da fe que el demandado *Carlos Alberto*, en su calidad de empleador, retiró a la demandante el 22 de diciembre de 1993.

Así las cosas, del caudal probatorio aportado, en efecto se aprecia que a folio 12 la demandante allegó una certificación laboral suscrita por la demandada sin fecha de expedición, documento que refiere que desde el 1º de abril de 1992 la actora se desempeñó como Auxiliar de Odontología, realizando además trabajos de laboratorio.



La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4523-2019, Radicación No. 65837 del 23 de octubre de 2019, rememoró la postura que ha venido manteniendo en decisiones anteriores con ocasión al análisis de las certificaciones laborales, puntualizando lo siguiente:

“En relación a la valoración de esta clase de documentos, la Corte se pronunció en sentencia CSJ SL 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en las sentencias CSJ SL, 23 sep. 2009 rad. 36748; CSJ SL, 24 ago. 2010 rad. 34393; CSJ SL, 30 abr. 2013 rad. 38666; CSJ SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018, en la primera de las citadas la Sala puntualizó:

“(…) El demandante en el interrogatorio de parte admitió que solicitó para diligencias particulares de él las constancias que le expidiera el demandado sobre tiempo de servicios y salario, pero no dijo que su contenido fuera inexacto o contrario a la realidad que de ellas emerge. El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...”

Como lo enfatiza la Corte, le compete al Juez realizar un análisis valorativo en conjunto, con el fin de verificar sin asomo de dudas, si las certificaciones laborales que presuntamente determinen la existencia de un verdadero contrato de trabajo pueden asimilarse como tal, entendiéndose la sana crítica y las reglas probatorias, dentro de ellas la libre formación del convencimiento regulada en el artículo 61 del C.P.T y de la S.S.

Puestas así las cosas, se tiene que aparte de la certificación ya enunciada, obra una segunda certificación laboral fechada el 28 de septiembre de 1999, que no fuese refutada de falsa (Fl. 15), la cual refleja que los extremos accionados relataron que la actora laboraba a sus servicios desde hacía siete años, incluso recomendando a la señora *Bertha Aurora Torres Martínez* como una persona honrada, responsable, emprendedora y cumplidora de su deber.

De las probanzas descritas, logra colegir esta Colegiatura que el extremo inicial del contrato de trabajo se constituyó el día 1º de abril de 1992, ya que además de existir la certificación que fuese controvertida en el recurso de alza e incluso con la contestación de la demanda, existe una segunda certificación que sopesa el extremo



determinado por la falladora, atendiendo la libre formación del convencimiento que se rige en materia laboral según los preceptos del artículo 61 del C.P.T. y de la S.S.

Otro tópico a destacar, es que la apelante argumenta en su recurso que la demandante en su interrogatorio de parte aceptó que la relación laboral con el señor *Carlos Alberto Franco Rojas* había iniciado el 1º de abril de 1992 y culminó el 22 de diciembre de 1993, situación que se acompasa con el formulario de afiliación al ISS, que da fe que la actora fue afiliada por la señora *Matamoros López* a partir del día siguiente (Fl. 17).

A folio 13 se aprecia lo alegado por la apelante, toda vez que obra el certificado de afiliación que realizara la demandada *Myriam Matamoros López*, y que a su vez refleja que el demandado *Carlos Alberto Blanco Rojas* fue empleador hasta el 22 de diciembre de 1993.

A pesar de esto, no puede pretender la demandada que se tenga como extremo inicial del contrato el 23 de diciembre de 1993, en tanto es verídico que hay prueba que advierte el vínculo laboral desde el 1º de abril de 1992 como ya se analizó, y que si bien la actora confesó en su interrogatorio que existió un contrato de trabajo con el señor *Carlos Alberto Franco* por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1992 y el mes de diciembre de 1993, tal aspecto en nada incide para que no existiese un contrato simultáneo en dicho interregno con los dos demandados, pues se recuerda que la falladora de instancia expuso en su motiva que ese actuar se permitía al darse la figura de la coexistencia de contratos a la luz de lo regulado en el artículo 26 del C.S.T., argumento que no fue refutado en el recurso; circunstancia por la cual, la sentencia de primer grado se confirmará por este puntualísimo aspecto.

Del pago de las cesantías para los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001:

La apelante basa su argumento en el entendido que en los pagos de las cesantías quedaron la anotación que se pagaban directamente a la actora por solicitud de esta, lo que se acompasa con las reglas establecidas en el artículo 254 del C.S.T., de ahí que no se deba fulminar condena sobre esos rubros, sumado al hecho que, las cesantías del año 1997 sí se pagaron como así lo confesó la misma demandante en el interrogatorio de parte.

El artículo 254 del C.S.T. establece

“ARTICULO 254. PROHIBICION DE PAGOS PARCIALES. Se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la



terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado”.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2061-2020, Radicación No. 79983 del 24 de junio de 2020, en un caso de similares condiciones, puntualizó acerca del pago directo de cesantías al trabajador lo siguiente:

“Entrando en materia y con el objeto de desatar el cuestionamiento planteado al inicio del presente considerando, la Sala recuerda que la finalidad de la cesantía es la de salvaguardar las necesidades del trabajador, ya sea cuando el vínculo laboral culmina y este permanece cesante, o para satisfacer asuntos relacionados con la vivienda, la educación u otros, en los casos que determine la ley.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al empleador le corresponde consignar su valor liquidado a más tardar al 14 de febrero del año siguiente al de su causación, en una cuenta individual que escoja el trabajador en un fondo de cesantías.

No obstante lo anterior es frecuente que el empleador incurra en el pago irregular del auxilio de cesantía, esto es, que no las consigne en un fondo previsto para tal fin, sino que las entregue directamente al trabajador, como sucedió en el sub examine y el recurrente no lo controvierte.

Modus operandi este que por más común que parezca, en momento alguno puede ser avalado por el juez del trabajo, toda vez que, como bien lo evidencia el ataque en su recurso de casación, el artículo 254 del CST consagra la prohibición expresa de efectuar pagos parciales de cesantía al señalar que «se prohíbe a los patronos efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuarán perderán las sumas pagadas sin que puedan repetir lo pagado».

Refuerza lo anterior, lo dicho en sentencia CSJ SL7335-2014, que al reiterar lo enseñado en sentencia CSJ SL, 26 sep. 2006, rad. 27186., precisó lo siguiente:

La obligación de pago de esta prestación social recae sobre el empleador, quien de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 debe consignar su valor liquidado antes del 15 de febrero del año siguiente, en una cuenta individual que para tales efectos escoja el trabajador en un fondo de cesantía.

Sin embargo, puede ocurrir que el empleador incurra en el pago irregular de esta prestación, esto es, que no las consigne en un fondo sino que las entregue directamente al trabajador. Para esta clase de situaciones que no siguen los lineamientos que al respecto ha señalado la ley laboral, existe una sanción específica que se encuentra en el artículo 254 del C.S.T. y que lo es la pérdida de lo pagado por ese concepto.

Lo expuesto en precedencia es suficiente para concluir que el cargo prospera, pues es claro que el Tribunal se reveló contra lo previsto por el artículo 254 del CST, el que tajantemente prohíbe la realización de pagos parciales, salvo los casos autorizados por la ley, so pena de entenderse por no cancelados”.

A folios 57 a 58 y 60 a 64, reposan los comprobantes de pago que certifican que la demandada pagó directamente las cesantías a la actora para los años 1995, 1996, 1998, 1999, 2000 y 2001.



Los documentos referidos, no advierten que este pago se hubiese realizado de manera directa salvo en los casos expresamente autorizados por la ley, pues tan solo contienen la rúbrica de la señora *Bertha Aurora Torres Martínez*, sin que se hubiese expuesto si quiera de manera superflua cuál era su destinación, por lo que el argumento de la apelante se cae de peso.

Ahora, frente a las cesantías de 1997, confrontado lo expuesto por la demandante en su interrogatorio de parte, se confronta que aceptó el pago directo de este concepto, pero a pesar de ello y atendiendo las reglas emanadas del artículo 254 del C.S.T. en concordancia con lo aludido por el Superior Funcional, no hay lugar a absolucón de la condena impuesta por cesantías en los años ya descritos.

De la condena por concepto de aportes al sistema de seguridad social, y la responsabilidad de los mismos respecto del demandado *Carlos Alberto Franco Rojas*:

Este problema jurídico debe resolverse en dos planteamientos, el primero atinente a si opera la omisión del empleador en los pagos por estos conceptos atendiendo la decisión de la *a-quo*, y por consiguiente la elaboración del cálculo actuarial y pago del título pensional, sino que lo que verdaderamente opera es el pago de mora de aportes pensionales.

El segundo, determinar si el demandado *Carlos Alberto Franco Rojas* debe responder por el pago de los aportes condenados en primer grado.

En lo que concierne al primer planteamiento, conforme los periodos condenados por la *a-quo*, en efecto no fueron cotizados como así se acreditó del reporte de semanas emitido por Colpensiones visible a folio 17, por lo que, como lo ha asentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de varios pronunciamientos, siendo algunos las sentencias con Radicación No. 32096 del 2 de febrero de 2008, 32179 del 27 de enero de 2009 y SL3990-2020, Radicación No. 73994 del 14 de octubre de 2020, era obligación del empleador efectuar los aportes pensionales en su momento, situación que se acompasa con los preceptos del literal b) del artículo 9 y el Parágrafo de la Ley 797 de 2009, en concordancia con lo reseñado en el artículo 17 de la Ley 3798 de 2003, de ahí que proceda el cálculo actuarial y pago de título pensional en los periodos comprendidos entre el 1 de abril de 1992 y el 22 de marzo de 1994, y entre el 1 de febrero y el 31 de octubre de 1997.

Por otra parte, sobre la responsabilidad en los pagos de los aportes pensionales ordenados frente al demandado *Carlos Alberto Franco Rojas*, la Sala advierte que al



haberse declarado la existencia de un contrato de trabajo entre este y la actora desde el 1º de abril de 1992 y el 31 de diciembre de 1993, el resultado es que se le obligue al demandado a responder también por el pago de los aportes, pero únicamente por el periodo declarado de la relación, ya que los restantes deben ser asumidos por la demandada *Myriam Matamoros López* en su integridad.

Se destaca igualmente que atendiendo a que con el demandado se declaró único contrato como consecuencia de la figura de coexistencia regulada en el artículo 26 del C.S.T., sería del caso ordenar el aporte por ambos demandados derivado de los dos contratos que se declararon, pero en razón a que este puntualísimo aspecto no fue apelado, tan solo se ordenará al señor *Carlos Alberto* la responsabilidad de los periodos enunciados.

De otra parte, el fondo pensional debe verificar al momento de elaborar el cálculo actuarial si existen períodos de afiliación que deban calcularse y solucionarse de manera diferente ante la existencia de una mora patronal en el pago de aportes frente a la afiliación del trabajador.

De la excepción de compensación:

Se aduce que este medio exceptivo debe prosperar, por cuanto obra un pago de depósitos judiciales por valor de \$2.575.700, que le fuesen giradas a favor de la actora.

Verificada la documental arrimada al plenario, se logra colegir que el mentado pago se realizó por depósito judicial que le fue repartido al Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta Ciudad (Fls. 120 a 122).

El referido pago fue consignado por valor de \$2.248.919 (Fl. 114), y expresamente se imputó por la parte accionada en esa oportunidad, que es con ocasión de una reliquidación de prestaciones sociales, como así da fe el documento visible a folio 123 del expediente.

Por ende, el pago que ya se imputó por el empleador para la liquidación definitiva del contrato de trabajo, no puede a su vez entenderse que se realizó para el pago del auxilio de cesantías frente a las cuales la condena se emitió por no haber sido solucionadas en debida forma, esto es, por no haberse consignado en su momento al correspondiente fondo como lo exige el artículo 254 del C.S.T.

Aunado a lo anterior, que dicho pago tampoco puede compensarse a fin para sufragar la cancelación de aportes a pensión, toda vez que como se expuso en antelación, tales



montos deben efectuarse directamente al fondo pensional previo cálculo actuarial, de ahí que sea lógico que la suma de \$2.248.919 no fue con la finalidad de sufragar esta condena, iterándose, que la misma parte demandada fue enfática en exponer vía documental que el pago era a efectos de quedar en paz y salvo de emolumentos adeudados con anterioridad.

De la excepción de prescripción:

Como bien se expuso, la condena operó por concepto de cesantías y aportes al sistema de seguridad.

Como la relación laboral con la señora *Myriam Matamoros López* el 23 de diciembre de 2015 y la demanda se presentó el 24 de julio de 2017 (Fl. 26), no operó el fenómeno prescriptivo para el pago de las cesantías imputadas, ya que como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, su exigibilidad procede una vez culminado el contrato de trabajo, sentencias SL3462-2014, Radicación No. 82209 del 16 de septiembre de 2020, SL3264-2020, Radicación No. 74557 del 1 de septiembre de 2020, SL1720-2020 Radicación No. 73202 del 24 de junio de 2020, entre otras, por lo que al no haber operado el término trienal de los tres años para reclamar por la vía ordinaria en atención de lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S., es palmario la inoperancia de este medio exceptivo.

Tampoco opera para los aportes al sistema de seguridad en pensiones, así lo ha aludido igualmente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos, siendo uno de ellos las sentencias SL1087-2020, Radicación No. 72565 del 20 de abril de 2020, SL1128-2020, Radicación No. 72899 del 20 de abril de 2020, SL1313 de 2020, Radicación No. 77643 del 31 de marzo de 2020.

Por todas las razones anotadas, la sentencia de primer grado se revocará parcialmente en lo que respecta a que el demandado *Carlos Alberto Franco Rojas* también responder por los pagos de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, pero únicamente por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1992 y el 31 de diciembre de 1993. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar igualmente al demandado *Carlos Alberto Franco Rojas*, a solucionar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, pero únicamente por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1992 y el 31 de diciembre de 1993, previo cálculo actuarial que realice el fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la señora *Bertha Aurora Torres Martínez*, junto con los intereses de mora respectivos, y con los salarios determinados por la falladora de instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 33 **2017 00487 01**
Demandante: JOEL MOYA ZARAZA
Demandado: INGENIERÍA DE VÍAS S.A.S. Y EQUIPOS Y
TRITURADOS S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Joel Moya Zaraza*, formuló demanda ordinaria laboral contra el *Consortio Vías y Equipos*, conformado por *Ingeniería de Vías S.A.S. y Equipos y Triturados S.A.S.*, a fin que se convalide como definitivo el reintegro ordenado en sentencia de tutela y en consecuencia se condene a las accionadas al pago de los salarios insolutos desde el 30 de junio de 2016, la indemnización prevista en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el subsidio familiar más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria deprecia la indemnización por despido encontrándose con recomendaciones médicas, y en consecuencia se solucione la reliquidación de las prestaciones sociales compatibles con el reintegro, tale como vacaciones, primas de servicios, cesantías, interés sobre cesantías, primas extralegales y subsidio familiar, más los aportes al Sistema General de Seguridad Social y reintegrar lo solucionado por concepto de terapias.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que prestó servicios personales para los diversos consorcios en que ha sido representante legal el señor *Pedro Contecha*



Carrillo, laborando para el Consorcio de Vías el 22 de agosto de 2007, posteriormente con el Consorcio Transversal del Carare por contrato por duración de obra y posteriormente con el Consorcio Vías y Equipos 2015; que frente a los consorcios ha suscrito contratos por duración de obra, no obstante no ha existido solución de continuidad.

Que laboró hasta el 30 de junio de 2016, cuando fue despedido pese a tener recomendaciones médica; que se desempeñó en oficios varios, en ejecución de lo cual sufrió varios accidentes de trabajo, específicamente los acaecidos el 3 de enero de 2012, el que le ocasionó una serie de tratamientos y restricciones laborales, siendo reubicado en la empresa el 8 de febrero de 2016, lo cual fue consignado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en dictamen del 6 de marzo de 2017, siendo diagnosticado con *“trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía”*.

Que para la fecha del despido se encontraba con recomendaciones médico-laborales, sin que la empleadora haya solicitado permiso al Ministerio de Trabajo, afectando su mínimo vital y el de su núcleo familiar; que presentó acción de tutela la cual fue conocida por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de control de Conocimiento de Bogotá, el que en fallo del 4 de abril de 2017 amparó transitoriamente sus derechos fundamentales, ordenando su reintegro, providencia que fuera adicionada por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá, en el sentido de disponer el pago de los salarios insolutos.

Que el cumplimiento del fallo solo se dio tras presentar incidente de desacato, actuando además de mala fe al citarlo para el reintegro en comunicación posterior a la hora de ingreso a la empresa; que no han sido reconocidos todos sus derechos laborales tras el reintegro y no se le ha permitido continuar con las terapias.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad *Ingeniería de Vías S.A.S*, operó la *litis contestatio* señalando que el Consorcio Vías y Equipos 2015, solucionó en su integridad las acreencias laborales del accionante, sin que haya estado en estado de discapacidad para la fecha de terminación del vínculo laboral, lo que obedeció a la terminación de la obra o labor contratada.



Propuso y sustentó las excepciones previas de inexistencia del demandado, ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y las de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y buena fe.

La sociedad *Equipos y Triturados S.A.S* operó la *litis contestatio* por conducto de *curador ad-litem*, formuló las excepciones de prescripción y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 19 de febrero de 2020, declaró que la terminación del contrato de trabajo por parte del Consorcio Vías y Equipos 2015, integrada por las sociedades accionadas, obedeció a motivos discriminatorios, y en consecuencia las condenó a mantener la orden de reintegro, y las sumas correspondientes por concepto de salarios dejados de cancelar desde el 1º de julio de 2016 hasta el 12 de mayo de 2017, auxilio no salarial, cesantías, intereses a las cesantías, prima de vacaciones, la sanción contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la respectiva indexación.

Como sustento de su decisión, indicó que se acreditaron las afecciones de salud que implicaban restricciones laborales, siendo calificado por las EPS y la Junta Regional de Calificación de Invalidez, calificándose la limitación como de origen laboral; de igual manera con las recomendaciones laborales realizadas por la empleadora *Ingenierías y Vías S.A.S* el 3 de octubre de 2015, teniendo conocimiento que el accionante padecía de la patología lumbar, más aun cuando en comunicación enviada a AXA Colpatria el 25 de enero de 2016 se objetó el reporte del accidente de trabajo; por otra parte, que la estabilidad laboral reforzada se predica aún en el evento de no existir calificación de pérdida de la capacidad laboral, máxime que en el presente evento se acreditó que la patología implicaba restricciones frente a la específicas labores desarrolladas por el trabajo en oficios varios.

En ese orden de ideas concluyó que el actor era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, sin que por pasiva se haya acreditado la causa legal aducida para dar por terminado el contrato de trabajo, pues no se aportó el texto del mismo, aunado a que la vinculación se ha mantenido en el tiempo sin ceñirse a una obra que hubiese culminado.



III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la sociedad *Ingeniería de Vías S.A.S.*, presentó recurso de apelación, señalando que integraba al mismo lo expuesto en alegatos de conclusión, refiriendo además (i) que no se demostró la ocurrencia del presunto accidente de trabajo con ocasión del contrato de trabajo suscrito con el Consorcio Vías y Equipos 2015, pues la ocurrencia se dio cuando se encontraba laborando para otra empresa; (ii) por otra parte, que se condenó al Consorcio Vías y Equipos 2015, cuando se demandó al Consorcio Vías y Equipos, el cual es diferente e inexistente.

(iii) Que el contrato de trabajo si fue aportado al plenario, siendo el Consorcio una persona jurídica diferente de las sociedades que lo integren, y en cuyo texto se acreditó que se pactó por la duración de la obra o labor contratada, consistente en la ejecución del 5%; (iv) que la estabilidad laboral reforzada se predica de quienes tengan una limitación severa o profunda, debiéndose acreditar la calificación del grado de discapacidad, sin que las recomendaciones e incapacidades acrediten *per se* la limitación física en los porcentajes exigidos normativamente; finalmente (v) que no es dable condenar al pago de conceptos que no constituyan salario de conformidad con el artículo 128 del C.S.T, pues se solucionan por mera liberalidad.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, por cuestiones metodológicas, la Sala determinará si el accionante es destinatario de la estabilidad laboral reforzada consagrada en la Ley 361 de 1997.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:



Inicialmente acota la Sala que no es dable estimar como punto de apelación lo expuesto en los alegatos de conclusión, toda vez que dicha etapa procesal no está dirigida a sustentar la inconformidad frente a la sentencia de primera instancia, máxime que el artículo 66 del C.P.T y de la S.S, consagra que “Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria”.

De tal manera que no es dable considerar como parte de la sustentación del recurso, lo expuesto en los alegatos.

Ahora bien, se aduce por el recurrente que la condena operó en contra de una persona jurídica diferente de la accionada, en tanto la condena se emitió contra el Consorcio Vías y Equipos 2015, siendo que la acción se dirigió contra el Consorcio Vías y Equipos, refiriendo además que el mismo ostenta una personería jurídica distinta de las sociedades que lo integran, esto es, de las sociedades *Ingeniería de Vías S.A.S. y Equipos y Triturados S.A.S.*

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5588-2019, Radicación No. 66813 del 11 de diciembre de 2019, señaló:

“Los aludidos contratos cuestionados, reafirman que si en tales acuerdos contractuales de folios 105 a 109, aparece con meridiana claridad que el actor los suscribió con los «consorcios» allí nombrados, lo correcto era haber demandado a todas las personas naturales o jurídicas que los integraban; pues bien, sabido es, que los consorcios, supuesto empleador, no tienen capacidad legal y jurídica para comparecer en juicio como parte. Ciertamente, en la sentencia CSJ SL, 5 feb. 2017, rad. 76623, expresó:

Ahora, si la Sala entendiera que la promotora del litigio hace referencia es al domicilio del demandado, se tiene que por tratarse de un consorcio este carece de personería jurídica y, en esa medida quienes tienen capacidad para ser parte son las personas naturales o jurídicas que lo conforman, [...]

“De ahí que si los integrantes de un consorcio deben comparecer al proceso, lo harán de manera individual, en condición de demandantes. (Subraya la Sala).

Circunstancia que operó en el presente proceso, pues si bien se identificó el consorcio como Vías Equipos 2015, lo cierto es que la condena se emite frente a quienes ostentan personería jurídica, esto es, las sociedades *Ingeniería de Vías S.A.S. y Equipos y Triturados S.A.S.*, quienes además integraron el contradictorio y



operaron la *litis contestatio*, motivo por el cual no le asiste razón al apelante, al señalar que la demanda se dirigió contra una persona inexistente.

Ahora bien, frente a la estabilidad laboral reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el inciso segundo de dicho precepto, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas en razón de dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio, que:

“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se



transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adocrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

En la citada providencia la Corte concluyó que:

“[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

De igual manera, en dicha providencia, se cita la sentencia SL11411-2017, Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017 a efectos de establecer que:

“[...] la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”

Finalmente, no debe soslayarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:



“No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.”

“[...]

“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:

“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.

“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada”.

Un entendimiento razonable de la anterior postura señala que las anteriores circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido.

En ese orden de ideas, para la prosperidad de las pretensiones del demandante, se debía acreditar, como primera medida, el supuesto fáctico que la normativa en comento protege, esto es, que ninguna persona en situación de discapacidad sea despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.



Ahora bien, el Alto Tribunal en sentencia SL2841-2020, Radicación No. 67130 del 22 de julio de 2020, hizo un análisis exhaustivo sobre la estabilidad reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, donde además categorizó una nueva expresión para las personas sobre las que verse esta figura, entendiéndose esta como *“discapacidad relevante”*, esto es, que el *“criterio que identifica la población destinataria de la estabilidad laboral reforzada es la condición de discapacidad relevante (entendida esta como la pérdida sustancial de la capacidad laboral, ya sea física o mental) y no, la expresión general y abstracta de condición de debilidad manifiesta por afecciones de salud”*.

Ahora bien, como primera medida es menester señalar que el apelante estima que no se acredita dicha situación fáctica, en tanto el presunto accidente de trabajo no acaeció en ejecución del contrato de trabajo que ató a las partes, sino a labores ejecutadas con otro empleador, situación que en manera alguna enerva las conclusiones del *a-quo*, en tanto la estabilidad laboral se garantiza frente a la discapacidad relevante predicada para la fecha de terminación del contrato de trabajo, independientemente de si resulta ser una secuela de un accidente de trabajo acaecido antes del inicio de la relación laboral, como lo pretende hacer ver el recurrente.

Aunado a lo anterior, se aportó la misiva de terminación del contrato de trabajo, la cual da cuenta que operó dicha determinación el 30 de junio de 2016 (Fl. 68), aduciendo tratarse de un contrato por duración de la obra o labor, fecha para la cual el accionante si acreditó ostentar una condición de discapacidad relevante.

En efecto, en dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 6 de marzo de 2017 (Fls. 70 a 73), se refiere un último estudio del puesto de trabajo del 9 de marzo de 2016, y en el cual se establece un diagnóstico de *“trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, con inicio de sintomatología en el año 2014”*, analizando conceptos médicos entre los años 2012 a febrero de 2016, concluyendo entre otros aspectos:

“El operario con una herramienta de madera en forma de rastrillo, extiende el sobrante del asfalto para dejarlo lo más parejo posible, para que la vibro compactadora compacte el asfalto, tareas con riesgos biomecánicos por posturas de columna lumbar por fuera de los ángulos de confort, asociados a movimientos repetitivos de flexo extensión y rotaciones de columna lumbar, y levantamiento de pesos por encima de los límites permitidos”



De igual manera milita el dictamen de la EPS Cafesalud del 16 de junio de 2016 (Fl. 74), esto es, de fecha próxima a la terminación del contrato de trabajo acaecido el 30 de junio de 2016, en el que se establece un diagnóstico de *“trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía de origen laboral”*, refiriendo la estrecha relación entre las funciones desempeñadas y la exacerbación de la patología.

De igual manera se evidencia que la patología si repercutía e impactaba de manera negativa en el ejercicio de las funciones desempeñadas, pues incluso, la sociedad *Ingeniería de Vías S.A.S.* emitió el 3 de octubre de 2015 recomendaciones laborales, tales como *“reubicación de puesto de trabajo”*, *“no realizar levantamiento de cargas”*, *“evitar movimientos de agacharse”*, funciones que, tal como se evidenció en el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, eran desempeñadas por el actor.

Lo anterior se corrobora además en tanto con posterioridad al reintegro ordenado en la acción de protección constitucional, el accionante continuó en manejo de su patología, estableciéndose por AXA Colpatria el 31 de mayo de 2017 (Fl. 77) un concepto médico de aptitud laboral, señalando que *“puede trabajar con recomendaciones laborales”*, entre ellas *“se recomienda evitar acciones que impliquen flexionar el tronco con fuerza como en las labores que se hacen accionando picas, palas o porras con fuerza”*, señalando en el ítem de concepto *“apto con recomendaciones”*, lo cual permite avizorar de manera fehaciente que la patología implicaba una discapacidad relevante respecto de las funciones para las cuales fue contratado.

Es menester acotar igualmente que la empleadora conocía del estado de salud del trabajador, lo que se desprende de las recomendaciones laborales que se emitieran por la demandada en octubre de 2015, así como del oficio que remitirá AXA Colpatria al Consorcio el 25 de enero de 2016, en el cual se le informa que el 16 de octubre de 2015 el trabajador fue valorado por la patología, y en su criterio no era de origen laboral, objetando el reporte de la EPS, señalándose de manera precisa que padece de *“discopatía lumbar”* (Fl. 186).

En ese orden de ideas, al acreditarse que para la fecha de terminación del contrato el accionante presentaba una discapacidad relevante frente al empleo que ocupaba, se activa la presunción del despido discriminatorio, lo cual, a *contrario sensu* de lo alegado en el recurso, no fue desvirtuado.



Ello en tanto se aduce que se aportó el contrato de trabajo que acredita que su duración era por duración de la obra o labor y se limitaba a la ejecución del 5% del proyecto, y si bien se aporta tal documental (Fl. 257 a 259), no se acreditó que en efecto el 30 de junio de 2016 haya culminado en dicho porcentaje la labor contratada, más aun cuando se acreditó la necesidad de la continuación de la labor, al continuarse con la ejecución del mismo tras el reintegro.

En efecto, en aras de derruir la presunción con fundamento en la causa de terminación del contrato era la culminación de la obra o labor contratada, se debía acreditar sin lugar a dubitación alguna, las acciones que implicaban la ejecución del proyecto en el 5% y que las mismas se ejecutaron y culminaron el 30 de junio de 2016, lo cual quedó huérfano de prueba.

Como corolario de lo anterior le asistió la razón al *a-quo* al mantener la orden de reintegro dispuesta en las sentencias de protección constitucional, al haber acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Finalmente, se refiere por pasiva que no es dable emitir condena por concepto de acreencias laborales que no constituyan salario al tenor de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T. al ser pago que opera *motu pro prio* y por mera liberalidad.

Sobre el particular se tiene que se emitió condena por el auxilio no salarial, a cuyo pago si tiene derecho el actor, en tanto la estabilidad laboral reforzada implica la ineficacia de la terminación del contrato, y el restablecimiento de los derechos laborales dejados de percibir con ocasión del mismo, independientemente de si tienen un origen legal o extralegal, pues al disponer el reintegro sin solución de continuidad, dichas acreencias deben ingresar al patrimonio del trabajador, máxime que una interpretación contraria implicaría hacer surtir efectos a un acto declarado ineficaz.

De cara a lo enunciado, concluye la Sala que la decisión de primera instancia debe ser confirmada en su integridad, pues por activa se acreditó el estado de discapacidad relevante y el conocimiento de la empleadora de dicha situación, sin que se haya logrado derruir la presunción del despido discriminatorio.

SIN COSTAS en esta instancia.



DECISIÓN:

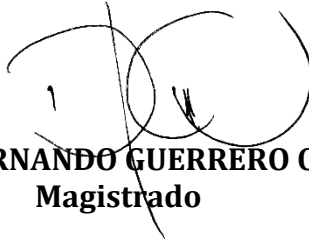
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

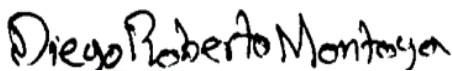
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 05 2017 00509 01
Demandante: AIDA FRANCO LUGO
Demandado: FONCEP Y LUZ MARINA REYES DUQUE
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Luz Marina Reyes Duque* y el *FONCEP*, en contra de la sentencia proferida el 30 de enero de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Aida Franco Lugo*, instauró demanda ordinaria en contra del *FONCEP*, con la finalidad que se declare que por su condición de cónyuge supérstite del causante *José Milcíades Castro Reyes*, es beneficiaria del 50% de la pensión de sobrevivientes que quedó en suspenso por decisión de la encartada mediante Resolución No. 0334 del 12 de febrero de 2016.

Por consiguiente, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde la fecha del fallecimiento con los aumentos legales y convencionales, junto con la respectiva indexación, e intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que el 20 de octubre falleció el señor *José Milcíades Castro Reyes*, por lo que la encartada mediante Resolución No. 0334 de 2016 le reconoció pensión de sobrevivientes en un 50% a la hija del causante *María Fernanda Castro Reyes*, dejando en suspenso el 50% restante hasta que sea la jurisdicción ordinaria dirima el conflicto.

Que a través de la Resolución No. 0491 de 2016, se corrigió la Resolución No. 334 de 2016, en lo que respecta al nombre del causante, así como que ella y el fallecido mantuvieron un matrimonio católico desde el día 9 de noviembre de 1968 hasta el 19



de julio de 2013, calenda cuando se separaron de hecho sin existir liquidación de la sociedad conyugal.

Al unísono, refirió que la señora *Luz Marina Reyes Duque* pretende igualmente el reconocimiento del derecho pensional aquí deprecado cuando no tiene derecho al mismo, pues lo único que se evidencia en el transcurrir del trámite procesal, es que obra copia del acta de conciliación de alimentos mediante la cual el fallecido se comprometió con las visitas y demás aspectos de su hija, pero sin que se demuestre una convivencia.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El *FONCEP* se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con el argumento que lo pretendido debe ser demostrado en el transcurrir del trámite procesal. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación demandada, prescripción de las mesadas pensionales y la denominada genérica.

Por su parte, la señora *Luz Marina Reyes Duque*, integrada como interviniente *ad excludendum*, solicitó en su escrito demandatorio el pago de la pensión de sobrevivientes por considerar que tiene derecho al mismo al existir una convivencia con el causante, sin que la señora *Aida Franco Lugo* sea merecedora de ningún derecho prestacional de la índole que aquí nos ocupa.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de enero de 2020, condenó al *FONCEP* a reconocer y pagar a la señora *Aida Franco Lugo* el 50% de la pensión de sobrevivientes dejada en suspenso por la entidad, con ocasión del fallecimiento del señor *José Milcíades Castro Reyes* a partir del 21 de octubre de 2015 junto con sus reajustes legales y mesadas adicionales, además dispuso que dicha prestación se acrecentaría a partir del momento en que la menor *María Fernanda Castro Reyes*, hija del causante, dejase de percibir por causas legales su proporción pensional.

Asimismo, declaró probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación con respecto a la pretensión de intereses moratorios.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó en primer lugar que, del conjunto de pruebas se pudo colegir que la señora *Luz Marina Reyes Duque*, en calidad de compañera permanente, si bien tuvo una hija con el causante, dicha situación no acredita que en efecto hubiese tenido una convivencia durante los últimos cinco (5) años, conforme lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por el contrario, no se acreditó la convivencia necesaria.



Que contrario a lo sucedido con la señora *Luz Marina Reyes Duque*, la señora *Aida Franco Lugo* acreditó haber contraído matrimonio con el causante según consta en el Registro Civil de Matrimonio, más aún si efectivamente entre los cónyuges se logró acreditar una convivencia de más de cinco (5) años.

Por último, refirió el *a-quo* que no hay lugar al pago de intereses moratorios ni costas procesales en responsabilidad de la encartada, como quiera que el derecho pensional deprecado estaba supeditado a que fuese la autoridad judicial quien lo dirimiera, por lo que no incurrió en ninguna tardanza o desconoció derecho alguno.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La señora *Luz Marina Reyes Duque* apeló la decisión. Argumentó que se encontraba probada la convivencia desde el momento del nacimiento de la hija menor que procrearon como pareja, en tanto compartieron techo, lecho y mesa, aunado a que está probado de que la señora *Aida Franco Lugo* fue demandada por el causante como consecuencia del abandono de hogar.

Adicionalmente, expuso que la decisión de primer grado está vulnerando sus derechos económicos, pues dependía económicamente del causante.

El *FONCEP* igualmente apeló la decisión, con el argumento que como se probó entre el causante y la señora *Aida Franco Lugo* existieron interrupciones de convivencia, de ahí que la misma no tenga derecho a la pensión reconocida.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si a las señoras *Aida Franco Lugo* y *Luz Marina Reyes Duque* les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que en vida dejara causada el señor *José Milcíades Castro Reyes*.



c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que el *FONCEP* mediante Resolución No. 0334 del 12 de febrero de 2016, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que causó el señor *José Milcíades Castro Reyes* en un 50% a la menor *María Fernanda Castro Reyes*, a partir del 21 de octubre de 2015, acto administrativo que además dispuso dejar en suspenso el 50% restante de la prestación, hasta que fuese la jurisdicción ordinaria quien resolviera la misma con ocasión de la convivencia simultánea que se alegaba entre las señoras *Aida Franco Lugo* y *María Fernanda Castro Reyes* (Fls. 11 a 19). La mentada resolución, posteriormente fue corregida por la encartada en Resolución No. 0491 del 8 de septiembre de 2016, en el sentido de aclarar el nombre del causante (Fls. 20 a 23).

De la misma manera, dentro del plenario obra copia del Registro Civil de Matrimonio que da fe que la señora *Aida Franco Lugo* y el señor el señor *José Milcíades Castro Reyes* contrajeron matrimonio por el rito católico el 9 de noviembre de 1968 (Fl. 3),

Tampoco el hecho que el señor *José Milcíades Castro Reyes* falleció el 20 de octubre de 2015, aspecto respecto del cual se deja de presente que si bien no obra copia del Registro Civil de Defunción, de los referidos actos administrativos proferidos por la encartada en concordancia con la aceptación en su contestación de demanda al hecho primero, se puede colegir el deceso de causante, que se reitera, no fue controvertido por ninguno de los sujetos que integran la litis, situación que a su vez conduce a que el derecho deprecado se estudie a la luz de las prerrogativas de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula, que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, normativa aplicable a las accionantes en tanto contaban con más de 30 años de edad.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de



vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un 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”.

En sentencia SL3938-2020, Radicación No. 71764 del 14 de octubre de 2020, hizo un análisis sobre la postura que ha venido manteniendo respecto de los cónyuges, enfatizando que cuando se separan de hecho, ostentan el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, siempre que acrediten convivencia por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier época, al respecto mencionó:

“Fluye de lo plasmado en precedencia que el Tribunal no pudo incurrir en la transgresión normativa que se le endilga, pues a pesar de que la sociedad conyugal que existió entre Blanca Gómez de Méndez y Gustavo Méndez Gómez fue disuelta y liquidada, lo cierto es que la unión conyugal persistió hasta la muerte de este, en la medida en que no medió divorcio que así lo dispusiera.

No escapa a la Sala que, mediante sentencia CC C-515-2019, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad pura y simple de la expresión «con la cual existe la sociedad conyugal vigente», contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En las consideraciones de esa providencia sostuvo que el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea.

Con todo, tal criterio ubica a la pensión de sobrevivientes, sin más, dentro de los efectos patrimoniales del matrimonio. En cambio, la actual tesis de esta Corporación entiende que el fundamento de la prestación por muerte, en estos casos, es la vigencia de la unión conyugal, precisamente porque la pensión se ubica dentro de los efectos personales del matrimonio.

Ello viene corroborado con el hecho que lo que da lugar a la prestación es la comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, «la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva (...)» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245, y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605, CSJ SL7299-2015, CSJ SL1399-2018).

Y es que el matrimonio genera unos derechos y obligaciones que no se extinguen con la separación de hecho ni con la disolución de la sociedad conyugal, sino solo con su nulidad, el divorcio, o la muerte de uno de los consortes. Por ejemplo, el deber de socorro y ayuda mutua «en todas las circunstancias de la vida» no desaparece cuando los cónyuges se separan de hecho, como tampoco cuando liquidan la sociedad conyugal, por manera que el matrimonio sigue produciendo efectos personales, independientemente de las decisiones de los cónyuges acerca de la sociedad patrimonial que se genera con su unión.

De otro lado, la jurisprudencia consolidada y pacífica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia optimiza el principio de solidaridad, pues no se olvida del rol del cónyuge supérstite que convivió no menos de 5 años con el



causante, en la construcción de la prestación que, a la postre, le fue reconocida al trabajador.”

Por lo anterior, procede la Sala a analizar si las señoras *Aida Franco Lugo* y *Aida Franco Lugo*, son beneficiarias de la prestación pretendida.

En el transcurso del trámite procesal, se recaudó el interrogatorio de parte de *Aida Franco Lugo*, quien manifestó que tiene 72 años de edad, así como que la separación con el causante señor *José Milcíades Castro Reyes* se dio en razón de relaciones extramatrimoniales del causante.

Que conoció a la señora *Luz Marina Reyes Duque* al final de la vida del causante, quien falleció en el año 2015 debido a un infarto. Asimismo, adujo que desde el año 2013 se separó de cuerpos con el causante sin que lo acompañara en su convalecencia, pero sí lo visitó en la clínica antes del deceso.

Seguidamente, expuso que elevó solicitud de pensión de sobrevivientes al *FONCEP*, aceptando que el causante elevó una denuncia en su contra por abandono de hogar; que con anterioridad al fallecimiento el causante vivía en Villas de Madrigal, siendo su hija quien sufragó los gastos del sepelio, enfatizando que siempre convivió con él hasta el año 2013, aunado a que tuvo conocimiento de la existencia de la hija menor *María Fernanda Castro* cuando tenía aproximadamente dos años de edad.

A su turno, rindió interrogatorio de parte la señora *Luz Marina Reyes Duque*, exponiendo que contrajo nupcias con el señor *Jorge Alonso Sierra*, separándose aproximadamente en el año 2000, sin recordar de manera fehaciente la fecha del distanciamiento. Que conoció al causante porque además de ser pareja eran primos, iniciado su relación sentimental aproximadamente en el año 2002, arrendando una casa con local comercial en Cajicá, cuyo propietario era el señor *Emilio Navarrete*, y además de vivir en Cajicá, también habitaban en ocasiones en el barrio Modelia de la Ciudad de Bogotá.

Indicó que su hija *María Fernanda Castro* nació el 2 de febrero de 2004 y que el causante falleció a los 73 años de edad; que tuvo un inconveniente con el causante, por lo que el 13 de junio de 2008 suscribieron un acta de conciliación ante la Comisaría de Familia, no obstante, dicha desavenencia en nada afectó su relación sentimental.

Que si bien en dicha conciliación se acordaron visitas con la menor, las mismas no se llevaron a cabo por cuanto nunca se separaron, de ahí que haya puntualizado que la convivencia de pareja se dio de manera permanente e ininterrumpida desde el año 2002 hasta el deceso del causante.



De otra parte, expuso que la casa ubicada en el barrio Modelia de esta ciudad la vendieron en el año 2007, y se radicaron en el barrio Villas de Madrigal, también en Bogotá. Por último, refirió que el negocio que tenían en Cajicá eran unas canchas de tejo y que en los momentos de recaídas que le sucedieron al causante a tal punto que lo tenían que dializar, era el hermano de este, de nombre *Tobías Castro* quien lo acompañaba, y cuando él no podía era ella quien lo trasladaba en taxi.

El declarante *Jaime Emilio Navarrete*, expuso que no conoce a la señora *Aida Franco Lugo*, sí distingue a la señora *Luz Marina Reyes Duque*, pues ella con el causante tomaron en arriendo una casa con local comercial de su propiedad desde el año 2002 hasta el año 2009 en Cajicá, donde explotaron unas canchas de tejo.

Que tiene conocimiento que después del año 2009 el causante y la señora *Luz Marina Reyes Duque* se fueron a vivir a la ciudad de Bogotá, y cuando estaban en arriendo en su propiedad, la pareja viajaba constantemente a esta ciudad.

Sintetizó que luego de entregar la casa y el local comercial, la pareja iba a visitarlo aproximadamente cada tres meses, sin tener conocimiento que como pareja hubiesen tenido algún inconveniente.

La testigo *Claudia Patricia Gualtero Díaz*, refirió que conoce a la señora *Luz Marina Reyes Duque* porque son amigas desde el año 2002, al habitar además la casa de su suegro, señor *Jaime Emilio Navarrete*, de ahí que tenga conocimiento que la pareja convivió desde el año 2002 hasta el 2009 cuando se radicaron en Bogotá, en donde los visitó en aproximadamente cinco ocasiones, a eventos sociales y al entierro.

La testigo *Sandra Patricia Castro Franco*, hija de *Aida Franco Lugo* y del causante señor *José Milcíades Castro Reyes*, expuso que conoce a la señora *Luz Marina Reyes Duque* porque es prima de su fallecido padre, al igual que tiene conocimiento que sus padres se separaron de cuerpos en el año 2013, pero antes se habían distanciado en algunas ocasiones, las cuales no superaron los dos años.

Que la separación se dio en razón a que su padre y causante del derecho pensional aquí pretendido, era irrespetuoso con su madre, quien sufría toda clase de maltratos, así como que mientras convivieron compartieron techo, lecho y mesa con una convivencia constante.

Adujo que la pareja se quedaba en una casa que era propiedad de su padre ubicada en el Barrio Villas de Madrigal de esta Ciudad y a veces en una casa de su patrimonio



ubicada también en el Barrio Villa Luz de Bogotá, sin conocer a la hija menor que tuvo su padre con la señora *Luz Marina Reyes Duque*.

El señor *Edilson Misael Bobadilla Méndez*, expuso en su declaración que es cónyuge de *Adriana Stella Castro Franco* desde el año 2009, quien es hija de la señora *Aida Franco Lugo* y del causante. Señaló que esporádicamente visitaba a la señora *Aida Franco Lugo* y en ocasiones se reunían para eventos familiares, por lo que resaltó tener conocimiento que nunca vio al causante distanciado de la señora *Aida Franco Lugo*. Refirió además que conoció a la señora *Luz Marina Reyes Duque* cuando el causante estuvo enfermo porque ella fue a visitarlo.

Al unísono, se surtió el testimonio de la señora *Adriana Stella Castro Franco*, hija de la señora *Aida Franco Lugo* y del causante, quien manifestó que conoce a la señora *Luz Marina Reyes Duque* porque es una prima de su difunto padre. Mencionó que sus padres después del año 2013 se separaron definitivamente, y antes de dicha anualidad, tuvieron separaciones intermitentes, situaciones que se daban por los inconvenientes en los comportamientos de su padre.

Asentó que, para el año 2013 su padre vivía en Villas de Madrigal y su madre en Villa Luz, y la situación de que sus padres compartieran casas se dio por mucho tiempo.

Del análisis de los interrogatorios de parte y testimonios surtidos, puede colegir la Sala que la señora *Luz Marina Reyes Duque*, en calidad de compañera permanente no lo logró acreditar una convivencia en los últimos cinco (5) años anteriores al fallecimiento del señor *José Milcíades Castro Reyes*.

Al respecto, nótese que los testimonios de *Jaime Emilio Navarrete* y *Claudia Patricia Gualtero Díaz*, fueron contestes en señalar que en efecto la señora *Luz Marina Reyes Duque* tuvo una convivencia con el fallecido desde el año 2002 pero tan solo hasta el 2009, cuando dicha pareja se fue de Cajicá, pues con posterioridad a dicho interregno si bien manifestaron que en ocasiones los frecuentaron en la ciudad de Bogotá, lo cierto es que manifestaron que dichas visitas no eran frecuentes, de ahí que no se les pueda dar plena certeza de la convivencia después del año 2009.

Otro tópico a resaltar es que si bien obras fotografías en las que la señora *Luz Marina Reyes Duque* aparece compartiendo con el causante y con la hija que tuvieron como pareja de nombre *María Fernanda Castro Reyes* (Fls. 113 a 116), las mismas no se pueden entender como una convivencia mutua en los últimos cinco años al fallecimiento del señor *José Milcíades Castro Reyes*, máxime si se tiene en cuenta que dentro de las pruebas documentales arrimadas al plenario, se aportó por la señora *Aida Franco Lugo* el acta de conciliación emitida por la Alcaldía Municipal de Cajicá –



Comisaría de Familia fechada el 13 de junio de 2008 y que no fue refutada de falsa, que da cuenta que comparecieron la señora *Luz Marina Reyes Duque* y el causante, en su calidad de padres de la menor *María Fernanda Castro Reyes* para su custodia, en la que se acordó una cuota alimentaria y los días de visitas (Fls. 25 a 27).

En virtud de lo anterior, la Comisaría de Familia de Cajicá el 15 de marzo de 2012 realizó una visita domiciliaria a la señora *Luz Marina Reyes Duque* con el objeto de la custodia de la menor (Fls. 29 a 34), documentos que advierten que para dicha data se expuso en el acápite de relaciones familiares que el causante no convivía como pareja con la señora *Luz Marina Reyes Duque*, situación que la Sala le asigna plena credibilidad toda vez que el documento incluso fue firmado por la señora *Luz Marina Reyes Duque*; circunstancia por la cual, es palmario que el tiempo de convivencia regulada en la Ley 797 de 2003 no logró ser acreditado, como así lo decidió el *a-quo*.

Ahora bien, frente al caso de la señora *Aida Franco Lugo*, al ser la cónyuge del causante desde el 9 de noviembre de 1968 como da fe el Registro Civil de Matrimonio (Fl. 24), y atendiendo las declaraciones de sus hijas *Sandra Patricia Castro Franco* y *Adriana Stella Castro Franco* quienes a su vez era hijas del causante, es claro que existió una convivencia mutua por más de cinco años, y a pesar que las declarantes manifestaron que sus padres tuvieron separaciones, fueron enfáticas en decir que fue en algunas temporadas y que estas no tuvieron más de dos años, por lo que se puede colegir la satisfacción del requisito de convivencia conforme lo ha analizado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por las razones anotadas, la sentencia de primer grado será confirmada en su integridad, no sin antes advertir que como lo definió el fallador de instancia, la pensión aquí reconocida a la señora *Aida Franco Lugo* deberá acrecentarse por la encartada en un 100%, una vez la menor *María Fernanda Castro Reyes* deje de percibir la prestación por las causas legales en que le fue reconocida. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 30 de enero de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 11001310 50 39 2017 00707 01
Demandante: ANA LIDA MOLANO DE SANCHEZ
Demandado: UGPP
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la sala a estudiar el recurso de apelación elevado por la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida el 3 de marzo del 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1. DE LA DEMANDA:

La señora *Ana Lida Molano de Sánchez* instauró demanda ordinaria laboral en contra de la *UGPP* para que se declare que mantuvo un vínculo laboral con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero del 6 de mayo de 1976 al 15 de noviembre de 1992, el cual finalizó mediante audiencia especial de conciliación y con ocasión al cual le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación proporcional, prevista en el artículo 8° de la ley 171 de 1961; en consecuencia solicita se condene a la demandada a reconocerle y pagarle a partir del 13 de enero del 2017 el derecho pensional reclamado, actualizando el último salario promedio, al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas, debidamente indexadas hasta la fecha de su pago, a reconocer y pagar las costas y agencias en derecho, junto con aquello que resulte probado ultra y extra petita.

1.2 SUPUESTOS FÁCTICOS:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que se vinculó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante contrato de trabajo a término indefinido del 6 de mayo de 1976 al 15 de noviembre de 1991; data en la cual, las partes decidieron terminar de mutuo acuerdo el vínculo laboral; el último cargo que



desempeñó fue el de Auxiliar de Servicios Bancarios y su último salario ascendió a la suma de \$199.258, monto que fue tomado para la liquidación de las prestaciones sociales.

Nació el 13 de enero del 1957 y por ello, una vez arribó a los 60 años, presentó la correspondiente reclamación administrativa, pero la misma fue denegada mediante resolución No RDP 022957 del 1° de junio del 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *UGPP* en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que resulta improcedente conceder el derecho pensional anhelado.

Propuso como medios exceptivos los que denominó a partir del Acto Legislativo 01 del 2005 las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del sistema general de seguridad social en pensiones, prescripción, eventual pensión de vejez a cargo de Colpensiones, imposibilidad de tener derecho a dos pensiones de vejez por incompatibilidad pensional, buena fe y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia surtida el 3 de marzo del 2020 declaró que la demandante tiene derecho a la pensión de jubilación establecida en el artículo 8° de la ley 171 de 196, desde el 13 de enero del 2017, fecha en que cumplió los 60 años de edad; condenó a la pasiva a pagarle la pensión de jubilación a partir del 13 de enero del 2017, en cuantía inicial de \$737.717 y el retroactivo pensional por valor de \$34.290.309,10; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión indicó que de conformidad con los documentos obrantes en el proceso, tales como la certificación expedida por el Ministerio de Cultura y Desarrollo Rural, vista a folio 20, y la certificación de información laboral formato 1, la vinculación de la demandante se dio como trabajadora oficial al servicio de la extinta *Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero*, a través de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 6 de mayo del 76 y el 15 de



noviembre de 1991, con una asignación total promedio en su último año de servicios de \$199.258, igualmente, es claro que el contrato terminó por mutuo acuerdo, como se probó con la documental vista a folio 21 y 22, allegada con la demanda, consistente en audiencia especial de conciliación, avalada por el Juzgado Tercero Laboral de Circuito de Ibagué, suscrita el 8 de noviembre de 1991, y en cuyo numeral segundo, sobre el retiro de la institución se consignó que este sería a partir del 16 de noviembre de 1991, de mutuo consentimiento.

Que en el presente caso se dan los requisitos para acceder a la pensión restringida de jubilación, ya que la ex trabajadora laboró por más de 15 años y se retiró de manera voluntaria, por lo que deberá reconocerse la prestación pensional a partir del momento en que cumplió los 60 años de edad, esto es, el 13 de enero de 2017, igualmente, conforme a la certificación que se anexó con la demanda, vista a folio 20, se tiene que trabajó 5590 días, por lo que la pensión debe ascender con una tasa de reemplazo al 58.22% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

Para para efectos de analizar la viabilidad de acceder a la indexación, debe recordarse que en sentencia SL 713 de octubre de 2013 se mantuvo la posición predominante que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia 29022 del 31 de julio de 2007 que avala la actualización de las pensiones causadas con posterioridad a la Constitución Política de 1991, en la que se amplió dicho criterio en el entendido que este también es aplicable a todas las pensiones, incluso, causadas con anterioridad a la misma, esta posición fue reiterada en la sentencia 11550 del 2015, por esta razón y al ser indiscutible que dentro del presente asunto transcurrieron casi 25 años entre la data en que terminó el contrato de trabajo, y el momento en que la actora cumplió 60 años de edad, es viable ordenar la indexación de la primera mesada.

Igualmente, ordenó el ajuste de las sumas adeudadas debido a la devaluación monetaria desde el día que se hizo exigible cada una de las mesadas y hasta el día que se verifique el pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que el Acto Legislativo 01 del 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, trae consigo una definición clara de lo que es un derecho adquirido a la pensión, que implica el cumplir todos los requisitos para su reconocimiento, siendo que para el caso de la pensión restringida por retiro voluntario, la edad es un requisito de causación y no de exigibilidad, como lo dispuso el despacho.

Aunado a lo anterior, el retiro operó por medio de un acuerdo de voluntades, y por lo tanto no se puede endilgar que fue un retiro voluntario, como lo establece la norma; por otra parte, que se debe disponer el descuento de aportes a salud, y en cuanto a las costas y agencias en derecho, que la demandada actuó de buena fe y ha cumplido con las obligaciones que le competen.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico.

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho a la pensión deprecada.

c. Pensión Sanción:

De conformidad con el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, existen tres situaciones distintas para las pensiones proporcionales de jubilación, a saber:

- (i) cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 10 años y menos de 15, evento ante el cual debe pensionarlo cuando cumpla 60 años de edad,



(ii) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 15 años, caso en el cual debe pensionarlo cuando cumpla 50 años de edad, y

(iii) Cuando después de 15 años de servicio. El trabajador se retira voluntariamente, tiene derecho a la pensión cuando cumpla 60 años de edad.

En punto de lo anterior, la Sala determinará si la actora cumplió con los requisitos de alguna de las situaciones antes mencionadas.

En el caso concreto y respecto de los tiempos de servicios, se aprecia que se probó que la accionante se vinculó a la *Caja De Crédito Agrario, Industrial y Minero* del 6 de mayo de 1973 al 15 de noviembre de 1991, según consta en el certificado laboral expedido por el *Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural* del 25 de julio del 2017 (Fl 20); a su vez se lee en el acta de conciliación celebrada ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué del 8 de noviembre de 1991 (Fl 21) y la liquidación final de cesantías (Fl 23). Igualmente, se aprecia en el Formato 1 de certificación laboral de folio 81, que no hubo ninguna interrupción.

Se demostró asimismo que, el contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo, tal y como se evidencia de la citada acta de conciliación, situación esta última asimilada a una terminación voluntaria por parte del trabajador, conforme a lo dicho por la SL CSJ, entre otras sentencias en la del 6 sep. 2011, rad. 45545, 859 del 2013, del 4 dic. 2013, rad. 43701 y más recientemente en la sentencia SL 4617 de 2017.

Así las cosas, al haberse terminado el contrato por mutuo acuerdo, para lograr el reconocimiento de la pensión la demandante debió haber acreditado 15 años de servicios, coligiéndose que en el presente caso la actora superó tal término, pues laboró 5590 días, o 15 años, 6 meses y 10 días. Como consecuencia de lo anterior, acreditó los requisitos para que se le reconozca la pensión restringida, pues los presupuestos de causación de la pensión bajo estudio hacen referencia al tiempo de servicios y en este caso, al retiro voluntario.

Debe precisarse que, contrario a lo alegado por el recurrente, el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho, tal como lo ha precisado Sala de Casación



Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en la de Radiación No. 51.859 del 26 de noviembre de 2014, resultando indiferente si el cumplimiento de la edad se produce en vigencia de la Ley 100 de 1993 o el AL 01 de 2005, pues quienes se ubicaron en las hipótesis previstas por la Ley 171 de 1961, tenían un derecho adquirido que el mismo preservó.

Cabe mencionar que en sentencia SL 10.902 de 2014 la CSJ expuso:

“...en reciente determinación CSJ SL 818-13 (radicado 38786) [...] se explicó que la pensión de jubilación proporcional del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 no fue subrogada por el Instituto de Seguros Sociales por la simple afiliación que se le hiciera, de manera que si el trabajador satisfizo los requisitos de dicha normativa (15 años, y mutuo acuerdo), es decir los dejó causados, independientemente de que la edad la hubiese cumplido con posterioridad. Así se unificó el criterio, que luego fue reiterado en la providencia SL889-13 (radicación 42962)”

Por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de reconocer la pensión restringida de la Ley 171 de 1961, sin que prosperen los argumentos de la alzada en lo antes estudiado.

d. Sobre la compartibilidad y compatibilidad de las pensiones extralegales.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1946, previeron la subrogación gradual de las pensiones legales, pero no de las extralegales, pues esa posibilidad solo surgió a partir del 17 de octubre de 1985, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985, que previó la compartibilidad de esas pensiones, con el consecuente pago del mayor valor, si a ello hubiera lugar, situación reiterada con el Acuerdo 049 de 1990.

Es así que, como quiera que la pensión de la demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, el reconocimiento de la pensión aquí estudiada será compatible con la pensión de vejez que pudiere corresponder a cargo de *Colpensiones*, siendo a cuenta de la *UGPP* el mayor valor si existiere.

Siendo ello así, en la medida en que en primera instancia no se dio un pronunciamiento sobre el particular, la sentencia debe ser adicionada en tal sentido.

e. Tasa de remplazo:

En este aspecto, se aprecia que conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la referida Ley, la tasa de remplazo aplicable es el 58,22%, toda vez que como se dijo precedentemente, esta Sala encontró que laboró efectivamente un total de 15 años, 6 meses y 10 días, habiendo entonces un total de 5.590 días, como en efecto lo determinó el fallador de primera instancia.

f. Factores salariales para IBL:

En este punto es necesario aclarar que los factores salariales que deben tenerse en cuenta para calcular el salario base de liquidación, corresponden a los contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 y Ley 33 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, tal como lo determinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Radicación 52.399 del 17 de febrero de 2016 y 61.023 del 27 de enero de 2016, precedente que acoge esta Sala.

En ese sentido, nuestro máximo órgano de cierre mediante sentencia SL 2427-2016, que reitera la radicado 52.399 del 17 de febrero de 2016, precisa:

“Por último, no está por demás recordar que el IBL de pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con la totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L. 33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia de la SL CSJ del 10 ago. 2010 rad. 38885, reiterada recientemente en providencia SL 13192-2015.”

Verificada la norma a aplicarse al presente caso, tan solo deben tomarse para efecto del cálculo de la primera mesada pensional, el valor correspondiente al sueldo básico y la prima de antigüedad.



Además, se debe clarificar que, frente a la prima de antigüedad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que de ese concepto solo debía tenerse en cuenta una sesentava parte, atendiendo su criterio plasmado en sentencia SL 17066 de 2014, en la que precisó que tal valor no debía tomarse de manera total, sino que debía promediarse por la sesentava parte, en la medida que corresponde a un quinquenio que se paga una vez al año y no es una suma fija mensual.

De esta manera, dado que la prima de antigüedad asciende \$26.315 conforme al reporte contenido en el certificado de factores salariales obrante en el expediente administrativo (Fl 20), su sesentava parte es de \$438,58.

Así las cosas, teniendo en cuenta la referida prima de antigüedad y el salario básico de \$101.211, tenemos como salario promedio la suma de \$101.649.58

g. Valor de la primera mesada:

Con base en los anteriores parámetros, se tiene que el IBL indexado a la fecha en que cumplió 60 años, esto es, al 13 de enero de 2017 corresponde a \$1.237.231,2¹, aplicado el porcentaje de 58,22% como monto, determina un valor de **\$720.316**, como en efecto fue determinado por el *a-quo*.

h. Indexación de las condenas:

Esta se torna procedente, como dijo el *a-quo*, en la medida que es claro que ante la existencia del fenómeno inflacionario el valor de las mesadas pensionales que ha debido recibir el demandante desde el momento de su causación, ha sufrido detrimento en su valor real con el transcurso del tiempo, diezmando su patrimonio, razón por la que la doctrina laboral ha establecido el mecanismo de la actualización o indexación, a fin de que el trabajador o pensionado reciba su justo precio al momento de la obligación, teniendo en cuenta para ello la variación del IPC desde el momento de la causación hasta el momento del pago.

¹ \$101.649,58 *133,40 (I.P.C Final 2016)/10,96 (I.P.C Inicialm1990)



Frente al tema de la indexación, la SL CSJ en sentencia SL 11912 de 2017 dijo que:

“[...]se trata de reconocer al beneficiario de una condena la pérdida de poder adquisitivo que experimenta el dinero en una economía inflacionaria como la nuestra, aspecto este último que reviste las características del hecho notorio, de manera que lo que se busca con tal instrumento es que el acreedor de la prestación no reciba tan sólo las especies a que nominalmente tenía derecho en un momento dado (su valor extrínseco), apocadas en su valor intrínseco por el paso del tiempo, sino que cuando las reciba conserven el mismo potencial económico que tenían para la época en la que debieron ser pagadas, esto es, conservado su poder de compra en el mercado (su valor intrínseco), por donde es obvio que con la indexación, en modo alguno, se sanciona al deudor de una determinada obligación de pagar sumas de dinero, porque con ella tan sólo se busca asegurar la el equilibrio económico de las prestaciones en mercados con tendencia inflacionaria.”

Por manera que resulta ajustada la decisión de primera instancia frente a este particular.

i. Prescripción

Debe aclararse que las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, en la medida que la fecha de exigibilidad de la pensión es el 13 de enero del 2017, la reclamación administrativa con la cual se agotó la vía gubernativa tuvo lugar el 17 de febrero del 2017 (Fl 24), por lo que no se superó el término del artículo 151 del C.P.T. y de la S.S, ya que incluso la demanda fue radicada el 21 de noviembre de 2017 (Fl 30).

j. De los descuentos a salud:

Peticiona la parte recurrente en la alzada que se ordene el descuento de los aportes a salud, frente a lo cual el máximo órgano de cierre en sentencia SL-3691 del 2020, en la cual se indicó:

“Con el fin de resolver el asunto controvertido por el recurrente, resulta preciso recordar que el inciso 2º del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, dispone que la cotización en salud de los pensionados, quienes son afiliados obligatorios a este Sistema en el régimen contributivo, tal como lo determina la misma normativa en los artículos 157 y 203, se encuentra en su totalidad a cargo de aquellos. Por su parte, el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley en mención, establece que las entidades pagadoras de las pensiones deben descontar las cotizaciones en salud y transferirlas a la E.P.S., a la que se encuentre afiliado el pensionado



y girar un punto porcentual de aquéllas a la administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), en concordancia con los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998, que señalan que los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos deberán ser afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizantes y que los aportes de éstos se calcularán con base en su mesada pensional.

“Así las cosas, se tiene que por ministerio de la ley, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización para salud y transferirla a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado. Así se desprende expresamente del mandato del art. 42 incisa 3º del Decreto 692 de 1994, cuando señala:

“Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.

“Igualmente, y en consonancia con lo preceptuado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 antes citado, resulta palmario que es el pensionado quien debe asumir el pago de las cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud, resultando natural que lo haga, desde el momento mismo en que ostenta tal calidad.

“En este orden, para esta Sala de la Corte, no se advierte el defecto denunciado por el recurrente, como quiera que, para que operen tales deducciones, no se requiere una orden del operador judicial de instancia, ya que las mismas, conforme quedó visto, operan de pleno derecho y así debe hacerse al momento de cumplirse con la condena.”

Argumento por el cual, si bien por ministerio de la ley se debe verificar el descuento de aportes, se adicionará la sentencia en este aspecto.

k. Condena en costas.

Finalmente, en lo que respecta al reparo efectuado por la pasiva, frente a la condena en costas, basta indicar que estas operan de forma objetiva y recaen sobre la parte que resulte vencida en juicio, como lo ordena el artículo 365 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y de la S.S.

Deviene de lo enunciado que al haber sido vencida en juicio la entidad hoy demandada, le corresponde asumir el valor de las costas de primera instancia como fue determinado por el *a-quo*.



SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

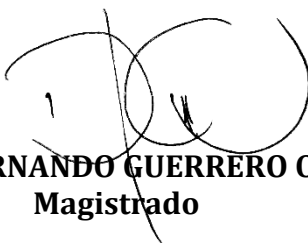
PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia del 3 de marzo del 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el sentido de indicar que la presente pensión será compartida con la pensión de vejez que le sea concedida a la promotora por parte de Colpensiones, debiendo asumir la demandada el mayor valor que resulte entre esta y la hoy concedida a partir de dicho momento.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de autorizar el descuento de los respectivos aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

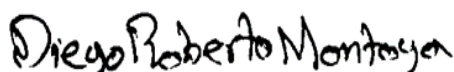
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia primigenia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 34 2017 00084 01
Demandante: ROCÍO DEL ROSARIO DEL RÍO SARAVIA
Demandado: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por las partes, demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Rocío del Rosario del Río Saravia*, formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la *Fundación Universitaria San Martín*, entre el 1º de agosto de 1985 y el 23 de diciembre de 2014; en consecuencia, se condene a la accionada al pago de salarios adeudados desde el 1º de septiembre de 2014, prestaciones sociales del último contrato finalizado el 23 de diciembre de 2014, las prestaciones sociales adeudadas desde el año 1993 hasta el año 2003 de manera indexada; intereses a las cesantías desde 1993 hasta 2003, de manera indexada; indemnización por despido injusto; sanción por la no consignación del auxilio de cesantías desde el año 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014; indemnización moratoria y los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde la fecha de vinculación hasta el 23 de diciembre de 2014.

De manera subsidiaria se condene a reconocer la pensión sanción en los términos estipulados en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que labora para la *Fundación Universitaria San Martín* desde el 1º de agosto de 1985, inicialmente con la



suscripción de contrato individual de trabajo entre el 1º de agosto de 1985 y el 31 de diciembre de 1992 y posteriormente mediante contrato de prestación de servicios entre el 16 de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 2003; finalmente, mediante contrato a término fijo desde el 16 de febrero de 2004 y el 21 de diciembre de 2014.

Que la última asignación mensual ascendió a \$1.887.946; que la accionada no canceló los salarios entre el 1º de septiembre de 2014 y el 21 de diciembre de 2014; que no le notificó además la terminación del contrato de trabajo, el cual finalizó al no permitirle el ingreso a realizar sus funciones; que no cotizó durante todo el tiempo de servicio, los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Relata que no le fue cancelada la liquidación de prestaciones sociales desde el 15 de enero de 1993 hasta el 31 de diciembre de 2003, ni las prestaciones sociales de los contratos laborales a término fijo entre el 15 de enero de 2004 y el 21 de diciembre de 2014.

Finalmente, que no le fueron solucionados los intereses a las cesantías y que su labor fue como docente en los extremos laborales referidos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Fundación Universitaria San Martín* operó la *litis contestatio* señalando que entre las partes existieron diferentes tipos de vinculaciones, totalmente autónomos e independientes, siendo los últimos contratos de trabajo de docente y por duración de periodos académicos, finalizando en el segundo periodo de 2014; que es cierto que inicialmente se vinculó mediante contratos de trabajo entre 1985 y 1992, los cuales también fueron por periodos académicos y fueron debidamente liquidados.

Que es cierto que con posterioridad se suscribieron contratos de prestación de servicios, no obstante, no prestó servicios para el segundo semestre de 2003; que si se cancelaron los salarios del mes de septiembre, mas no de octubre a diciembre, lo cual obedeció a que no prestó el servicio; finalmente que no es cierto que se haya prohibido el ingreso y que si solucionaron aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.



Formuló como excepciones de mérito las que denominó buena fe, cobro de lo no debido, compensación y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 20 de febrero de 2020, declaró que entre las partes existieron 45 contratos de trabajo entre el 1º de agosto de 1985 y el 20 de diciembre de 2014; condenó a la accionada al pago de prima de servicios, intereses a las cesantías, auxilio de cesantías entre el 16 de enero de 1993 y el 30 de junio de 2003, y proporcional entre el 21 de julio de 2014 y el 20 de diciembre de 2014; la indemnización por despido injusto; intereses moratorios en virtud de los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, a partir del 21 de diciembre de 2014; y aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; absolvió de las restantes pretensiones y declararon parcialmente probadas las excepciones de prescripción y compensación.

Para tal efecto señaló que al plenario se aportaron los contratos de trabajo entre el 1º de agosto de 1985 y el año 1992 y del 16 de febrero de 2004 a 2014, para ocupar el cargo de docente, las que se regulan por las disposiciones propias de dicho tiempo de contratos.

De igual manera que se vinculó mediante contratos de prestación de servicios entre los años 1993 a 2003, para desempeñarse como asesor pedagógico, no obstante, de las funciones consignadas en los mismos, se evidencia que se trata de un simple formalismo, lo cual no desnaturaliza que la accionada se benefició de la prestación del servicio como docente, lo cual se constata además con las certificaciones allegadas al plenario.

De tal manera que se encuentra acreditada la prestación del servicio en calidad de docente, sin haberse desvirtuado la presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T.

Una vez determinado lo anterior, así como el monto de los salarios de cada uno de los contratos por periodos académicos, señaló, frente a la excepción de prescripción, que las prestaciones se hacían exigibles a la terminación de cada contrato de trabajo, siendo la 10 de septiembre de 2013, desde esa fecha tenía 3



años, lo cual acaecido en febrero de 2017, por lo que la prescripción se generó respecto de primas de servicio e interés a las cesantías, con anterioridad al 8 de febrero de 2014.

Frente al pago de salarios que sí fue solucionado el mes de septiembre de 2014, mas no entre octubre y diciembre de 2014, condenando a dicha acreencia; frente al auxilio de cesantías, que ente 1993 a 2003 la vinculación operó en virtud de un contrato ficto de trabajo, adeudándose el auxilio de cesantías, de igual manera, que no se acreditó el pago del auxilio de cesantías del último contrato, vigente entre el 21 de julio de 2014 y el 20 de diciembre de 2014, condenado por dicho periodo al pago de los intereses a las cesantías y prima de servicios.

Frente a la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, refiere que se impone condena por el último periodo pactado, imponiendo la obligación del pago por el periodo entre el 21 de julio de 2014 y el 20 de diciembre de 2014, que debía ser consignado a más tardar el 14 de febrero de 2015; en igual sentido, frente a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., que aquella resulta procedente, máxime que la mora se presentó antes de la intervención de la *Fundación Universitaria San Martín*, la cual corresponde a los intereses moratorias al presentar la demanda después de 2 años contados desde la terminación del contrato de trabajo.

Condenó de igual manera al pago de la indemnización por el despido sin justa causa, ello en tanto no se presentó desahucio frente al último contrato de trabajo suscrito entre las partes, el cual se entendía prorrogado entre el 21 de enero hasta el 20 de junio de 2015.

Finalmente, consideró que la accionada debe solucionar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por los periodos no cotizados en calidad de empleadora.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* por activa se interpone recurso de apelación señalando (i) que de conformidad con el C.S.T. los contratos a término fijo deben ser pactados por escrito, los cuales se suscribieron entre los 1985 hasta 1992, no obstante, desde 1993 hasta el año 2003 fueron de prestación de servicios, por

ende, al ser desvirtuados, se entiende que dicho periodo se regulo por un solo contrato de trabajo a término indefinido; (ii) por otra, que desde el 2004 hasta el 2014, el contrato no era a término fijo, sino por periodos académicos, y de conformidad con la sentencia C-483 de 1995, no pueden ser inferiores a un año; de tal manera que los contratos en dichos periodos no se ajustan a las regulaciones legales, por ende, entre 1993 y el 2014 existió un contrato de trabajo a término indefinido, máxime que no era dable liquidar cada contrato de manera independiente, ni entender prórrogas indefinidas de contratos de trabajo inferiores a un año, sin allegarse los respectivos desahucios; (iii) finalmente, que al tratarse que entre 1993 y 2014 existió un contrato de trabajo a término indefinido, se deben reliquidar todas las pretensiones acorde a esa nueva realidad.

La parte demandada sustenta la inconformidad en que (i) existieron 45 contratos de trabajo a término fijo, no obstante, y si bien los contratos con docentes se regulan por el C.S.T., nada impide que se suscriban medios de vinculación diferentes, motivo por el cual entre 1993 a 2014, los contratos eran por periodos académicos, y por ende no existe un solo contrato a término indefinido; (ii) por otra parte, que se debe absolver del pago de cesantías entre 1993 y 2003, toda vez que al ser contratos de docencia, operó el término prescriptivo; (iii) que tampoco debía operar la condena por la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías; (iv) que la sanción moratoria debe limitarse al 14 de febrero de 2015; finalmente (v) frente a la indemnización por despido injusto, que el contrato de docencia (Fl. 295 y 296), era por periodo académico de julio a diciembre, el mismo no requería preaviso ni se prorrogaba automáticamente en el tiempo, por ende, el contrato culminó por vencimiento del plazo pactado, sin acreditarse el despido el 20 de diciembre de 2014.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:



Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala determinará, (i) si entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de enero de 1993 y el 20 de diciembre de 2014; en caso afirmativo (ii) si se deben reliquidar las condenas impuestas; (iii) de otra parte, si se deben revocar las condenas por concepto de auxilio de cesantías, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, y indemnización por desóído injusto y limitar la indemnización moratoria.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

a) Contrato de trabajo:

Acota la Sala inicialmente, que no existió inconformidad por la partes, frente a la declaratoria de existencia de contratos a término fijo entre el 1º de agosto de 1985 y el 31 de diciembre de 1992, radicando la inconformidad, en que desde el 16 de enero de 1993 se suscribieron contratos de prestación de servicios, los cuales al encontrarse desvirtuados, lo cual no fue reprochado por pasiva en el recurso, debe tenerse la relación laboral regulada por un solo contrato de trabajo a término indefinido.

De igual manera se aduce por activa que los nuevos contratos de trabajo que se suscribieron entre los años 2004 a 2014, trasgredieron las normas que regulan las prorrogas automáticas de los contratos a término fijo, así como la contratación con docentes, por ende, insiste en que se declare la existencia de un solo contrato de trabajo entre los años 1993 a 2014.

Sobre el particular acota la Sala como primera medida, que en ninguna de las pretensiones de la demanda se buscaba la declaratoria del contrato de trabajo en los términos que refiere el recurrente, por el contrario, se pretendió la declaratoria de un contrato de trabajo entre el 1º de agosto de 1985 y el 23 de diciembre de 2014.

Ahora bien, al no haberse recurrido la decisión de establecer una primera vinculación laboral mediante sendos contratos de trabajo entre los años 1985 y 1992, se tendrá período por debidamente liquidado. De igual manera, no se discutió la ineficacia de los contratos de prestación de servicios que ataron a las partes entre el 16 de enero de 1993 y el 30 de junio de 2003, motivo por el cual, y



atendiendo a que la accionante se desempeñó como docente, se debe dar plena aplicación al artículo 101 del C.S.T., el cual regula:

“ARTICULO 101. DURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, salvo estipulación por tiempo menor”.

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia C-483 de 1995, declaró exequible dicha normativa, salvo la expresión "*por tiempo menor*", que se declaró inexecutable, señalando sobre el particular:

“Pero acontece que el tenor literal de la disposición enjuiciada define de manera expresa hasta dónde puede llegar el pacto entre las partes sobre duración del contrato, señalando que éste “se entiende celebrado por el año escolar, salvo estipulación por tiempo menor”.

“Ello significa que la disposición supletiva señalada por la ley ante la falta de acuerdo explícito entre los contratantes opera en la medida en que ellos no hayan estipulado un término contractual inferior a un año.

“En otras palabras, a la luz de la norma, el pacto en contrario que están en posibilidad de celebrar los contratantes tan sólo puede tener el sentido de fijar un lapso contractual que no supere el legal supletivo equivalente al año lectivo. No les permite contratar por tiempo superior, toda vez que, a falta del pacto por término inferior al del año escolar, se aplica la norma subsidiaria prevista por el legislador.

“[...]

“La limitante establecida por la norma acusada, según el análisis que precede, transgrede el principio en mención, al impedir a los profesores de establecimientos particulares de enseñanza la celebración de contratos de trabajo por un tiempo mayor al del año escolar, pues, dado que a la luz de la norma el máximo período de contratación es de un año, ocurre que no obstante haberse desempeñado de acuerdo con las condiciones fijadas por la ley y por el contrato mismo, de antemano se sabe que su vinculación laboral se verá interrumpida, con notorio sacrificio de su estabilidad en el empleo, pues nada les garantiza que seguirán trabajando durante el siguiente año lectivo, y con la necesaria pérdida de la continuidad indispensable para el cómputo y pago de sus prestaciones sociales.

“No significa lo anterior que los denominados contratos a término fijo sean per se inconstitucionales; ellos son permitidos siempre que provengan del acuerdo entre las partes, es decir que haya consenso entre el empleador y el trabajador sobre la duración de la relación laboral, y no de la imposición del legislador, pues ésta se opone a la Carta en cuanto condena por vía general a una determinada clase de trabajadores a la inestabilidad en el empleo.

“Lo inadecuado entonces se da -a la luz de la Constitución- cuando la ley, violando la estabilidad laboral, impone pactos o convenios por una duración máxima determinada.



“Por tanto, no hay razón válida para que se obligue a los profesores de establecimientos particulares de enseñanza, que incluyen los de educación media, a celebrar contratos únicamente por el año escolar, si esa no es su voluntad y cuando es bien sabido, por otra parte, que, siendo la educación un derecho de todos los colombianos y un servicio público, el siguiente período académico también habrá de requerir el concurso de los profesores para continuar la formación de los alumnos.

Una vez determinado lo anterior, y para desatar el problema jurídico, debe señalarse que no le asiste razón al recurrente al referir que entre las partes medió un solo contrato de trabajo a término indefinido entre los años 1993 y 2014, ello en tanto, al declararse la ineficacia de los contratos de prestación de servicios (16 de enero de 1993 a 30 de junio de 2003), no es dable estimar que la vinculación operó por un solo contrato, sino, como expresamente lo regula el artículo 101 del C.S.T., lo sería por el respectivo año escolar.

Aunado a ello, de la relación de contratos consignada en la sentencia de primera instancia, se avizora que incluso existió una interrupción entre 1º de julio de 2003 y el 16 de febrero de 2014, cuando se suscribieron los nuevos contratos de trabajo por período escolar, sin que se haya recurrido una continuada prestación del servicio en ese interregno, ni en las interrupciones que se prestaban entre cada período académico.

Es pertinente traer a colación lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un evento de similares connotaciones, mediante sentencia SL 593 – 2013, Radicación No. 44053 del 21 de agosto de 2013, en la cual estimó:

“Ahora bien, aunque lo anterior es suficiente para dar al traste con la acusación, estima necesario la Corporación precisar que los contratos de trabajo con los profesores, según lo dispuesto en el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, deben entenderse celebrados por los períodos académicos correspondientes, salvo que las partes estipulen que se celebran por períodos mayores o a término indefinido, que no es el caso de sub lite.

“Ciertamente, pretende el recurrente que con fundamento en el ya citado artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, se declare la unicidad del contrato de trabajo, desde el 5 de agosto de 1985 hasta el 4 de abril de 2001, es decir, a término indefinido. Sin embargo, en el proceso está demostrada la celebración de varios contratos, unos de naturaleza civil y otros de carácter laboral, a término fijo o por duración determinada, en unos casos, de enero a mayo, en otros de febrero a junio, unos más, entre agosto y noviembre, los cuales tuvieron solución de continuidad debido a la naturaleza propia de la prestación



del servicio contratado como docente, en los que como lo afirma el actor, “laboró en cada uno de los 2 periodos (sic) I y II’ anuales, es decir, por año escolar lectivo o período académico (...).”
“[...]

“Con otras palabras, los contratos que se celebren con los docentes no son necesariamente continuos, sino que, a la luz del artículo 101 del Código Sustantivo de Trabajo, pueden interrumpirse al finalizar el respectivo período académico, que en la mayoría de los allegados al plenario fueron semestrales y no anuales. En efecto, los firmados entre las partes, tanto los de naturaleza civil como los de carácter laboral, salvo el contrato de trabajo que tuvo vigencia entre el 01/07 de 1994 y el 09/04 de 2001, consensual y expresamente las partes precisaron las fechas de iniciación y terminación de cada uno, sin que de allí pueda inferirse, como lo pretende la censura, la unicidad del vínculo jurídico que con solución de continuidad en varias ocasiones los ligó.

En ese orden de ideas, no resulta dable estimar la existencia de un solo contrato de trabajo, pues no se avizoró que esa haya sido la intención de las partes, por el contrario, en el período que fue vinculada mediante contrato de prestación de servicios, en virtud del principio de primacía de la realidad, se debe dar aplicación al artículo 101 del C.S.T. y entender la duración del contrato de trabajo por la duración del período académico, mas no a término indefinido, aunado a ello que se estableció la existencia de interrupciones, incluso de un periodo semestral para el año 2003, así como interrupciones en cada periodo académico, lo cual se ajusta derecho, en tanto nuestra Superioridad, se reitera, señaló que los contratos que se celebren con los docentes no son necesariamente continuos, y a la luz del artículo 101 del C.S.T., pueden interrumpirse al finalizar el respectivo período académico.

De otra parte, tampoco lo asiste razón al apelante, al señalar que los contratos deben constar necesariamente por escrito. *A contrario sensu*, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4999-2019, Radicación No. 55833, del 12 de noviembre de 2019, en la cual se memoró la sentencia SL17830-2016, consignó:

“Y es que, las pruebas atrás mencionadas reflejan que el vínculo del demandante para con la accionada lo fue por semestre, situación permitida por el artículo 101 del CST, en atención a que el mismo desarrolla una modalidad especial de duración del contrato de trabajo, diferente a la regulada en el artículo 45 del mismo ordenamiento, en tanto, dicho régimen se destina exclusivamente a aquellas personas con dedicación permanente como profesores de colegios o, como en este caso, universidades, donde, por lo general, sus servicios no son requeridos durante todo el año calendario. De allí, que contemple una duración contractual presunta, sin que requiera forma escrita, eso sí, salvaguardando la



voluntad de las partes de acogerse expresamente a la misma, o que decidan celebrarlo por períodos mayores o a término indefinido.

En ese orden de ideas, estima la Sala que le asistió razón a la *a-quo* al estimar que entre las partes no medió un solo contrato de trabajo a término indefinido, sino diversos contratos de trabajo por duración del respectivo período académico, bien sea por la expresa voluntad de las partes, o en aplicación del artículo 101 del C.S.T, primacía de la realidad, motivo por el cual no se revocará la decisión de primer grado por este aspecto.

b) Auxilio de cesantías:

La *a-quo* emitió condena por conceto de auxilio de cesantías por el período comprendido entre el 16 de enero de 1993 y el 30 de junio de 2003, ello en virtud de la declaratoria de existencia de los contratos de trabajo por periodo escolar que operaron frente a la ineficacia de los contratos de prestación de servicios; aduciendo el recurrente, que no es dable emitir tal condena al haber operado el fenómeno prescriptivo.

Sobre el particular, se tiene que la demanda fue radicada el 8 de febrero de 2017, sin que se avizore una reclamación escrita que haya interrumpido la prescripción con posterioridad al 8 de febrero de 2014.

En ese orden de ideas, operó el fenómeno prescriptivo de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 8 de febrero de 2014, lo cual, como aduce el recurrente, afectaba el auxilio de cesantías de los años 1993 a 2003; ello en tanto, si bien la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha señalado que tal prestación social, se hace exigible a la finalización del contrato de trabajo, no puede perderse de vista que en el presente evento se acreditó la existencia de diversos contratos de trabajo, los cuales para dicha data, se entendían celebrados por duración del respectivo periodo académico, por ende, el auxilio de cesantías se hacía exigible a la terminación de cada uno de ellos.

En efecto, en sentencia SL4999-2019, Radicación No. 55833, del 12 de noviembre de 2019, se estimó:

“Se extinguen por el paso del tiempo las obligaciones que no se cobraron dentro del plazo establecido en la ley, que para el caso de los derechos de los trabajadores es de 3 años, contados a partir de la exigibilidad del respectivo



derecho, el cual puede ser interrumpido por una vez, mediante la presentación de un reclamo escrito.

“En el sub lite, el demandante se queja de la declaración de prescripción de los derechos nacidos con anterioridad al año 2002, es decir, todo lo causado entre 1975 y 2001, pues considera que, al ser desvinculado en diciembre de 2004, esta se generaría en el mismo mes del año 2007 y la demanda fue presentada en mayo de la última anualidad mencionada.

“Si bien los contratos fueron sucesivos, no fueron continuos, en la medida que ellos se pactaban por un número determinado de horas de cada semestre académico para docentes universitarios, como se encuentra permitido, conforme la interpretación que del artículo 101 del CST ha dado la jurisprudencia de esta Corporación. Así se dijo en la sentencia CSJ SL17830-2016:

“Además, esta Corporación en sentencia CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 38182, que reiteró la identificada con el radicado No. 15623, indicó, que por año escolar debía también comprender el semestre universitario. Así se dijo:

“Según el precitado artículo 101, la regla es la de que tales contratos se entienden celebrados por el año escolar ante el silencio de las partes contratantes sobre el término de duración de la relación.

“Ahora bien, por año escolar esta Sala, de antaño, ha entendido el “equivalente al periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario”. (Rad. 15623 de 2001)

“En tal medida, al acreditar esos documentos que los vínculos del demandante lo fueron por semestre, lo procedente era calcular las cesantías y las vacaciones conforme a lo señalado en el artículo 102 del Código Sustantivo del Trabajo y, en los demás aspectos no regulados específicamente, por disposición del artículo 196 de la Ley 115 de 1994, debía estarse a lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, tal como se señaló en la sentencia CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 38182.

“De modo que, al vencimiento de cada contrato se hacía exigible el pago de las prestaciones sociales correspondientes, de las cuales la primera instancia encontró pagadas la totalidad de lo causado para los años 2002 a 2004 y consideró prescritas las de anualidades anteriores.

*“Dentro del plenario no se aprecia que, con antelación a la presentación de la demanda, el recurrente hubiera interrumpido el término de prescripción, de modo que fue la interposición de esta la que tuvo tal efecto, es decir, el 22 de junio de 2007 (f.º 12, cuaderno principal), lo que lleva a concluir que se extinguieron por prescripción todos los pedimentos que eran exigibles del 22 de junio de 2004 hacia atrás, **excepto los aportes pensionales**, dada su naturaleza imprescriptible”.*

De tal manera, que la accionante contaba con tres (3) años desde la terminación de cada contrato por periodo académico para interponer la acción respectiva, lo cual no se predica del período comprendido entre el 16 de enero de 1993 y el 30



de junio de 2003, más aún cuando no se evidenció la existencia de un solo contrato de trabajo a término indefinido.

En ese orden de ideas, habrá de revocarse la condena por dicho aspecto.

c) Sanción por la no consignación del auxilio de cesantías:

La *a-quo* de manera confusa estimó frente a la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, que era dable imponer condena por el último periodo pactado, esto es, entre el 21 de julio de 2014 y el 20 de diciembre de 2014, en tanto el auxilio de cesantías debía ser consignado a más tardar el 14 de febrero de 2015, refiriendo en la parte resolutive condenar *“por concepto de intereses moratorios generados en virtud de la aplicación de las indemnizaciones moratorias de que tratan el artículo 65 del C.S.T. y de la S.S. (sic) y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, liquidados a la tasa máxima legal certificados por la Superintendencia Financiera para créditos de libre asignación y los cuales se causan a partir del 21 de diciembre de 2014, sobre el valor de las prestaciones sociales y los salarios y prestaciones sociales (sic) adeudados a la fecha de terminación del contrato y por concepto de indemnización moratoria”*.

Por pasiva se sustenta la alzada frente a la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías. No obstante, no debe soslayarse que la *a-quo* aclaró dicha condena, señalando que operaba frente al último periodo contratado, y :

“respecto a la imposición de la condena por el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria generada por el no reconocimiento y pago oportuno de las cesantías en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en armonía con el artículo 65 del C.S.T., bajo el entendido que la relación laboral se dio por finalizada el 20 de diciembre de 2014 y no se hizo el reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones sociales y los salarios adeudados, para cuyos efectos y dado que la demanda se presentó habiendo superado el término de los 24 meses que regula la norma del artículo 65 del C.S.T., lo procedente es imponer a título de indemnización oratoria el reconocimiento y pago de los intereses asignados para créditos de libre asignación en su tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera los cuales se causan a partir de la fecha siguiente a la finalización del vínculo laboral es decir a partir del 21 de diciembre de 2014 y hasta que se pague en su totalidad el valor de las acreencias aquí reconocidas”.

De lo anterior se tiene que la condena impuesta no hizo relación a la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, sino a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., ello en tanto en manera alguna se dispuso el pago

de un día de salario desde la mora de la consignación, sino al pago de intereses moratorios desde la fecha de terminación del contrato, lo cual se ciñe a las previsiones del artículo 65 del C.S.T.

En ese orden de ideas, no se revocará la decisión de primera instancia, toda vez que, se reitera, no se emitió condena al pago de esta pretensión, según la aclaración de la parte resolutive de la sentencia, aunado a ello que no resultaría procedente la condena, en tanto para el último periodo las cesantías debían ser solucionadas directamente a la trabajadora, al finalizar el 20 de diciembre de 2014.

d) Indemnización moratoria:

En lo que atañe a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., debe acotarse que no procede de manera automática, en tanto debe analizarse si la omisión proviene de un actuar de buena o mala fe patronal.

Ahora bien, en efecto para el 20 de diciembre de 2014, cuando culminó el contrato de trabajo, surgió la obligación de la empleadora de solucionar salarios y prestaciones sociales, y si bien para dicha data no se habían adoptado decisiones que afectaran el manejo presupuestal, no debe soslayarse que de conformidad con la Resolución No. 01702 de 10 de febrero de 2015

“[...] el Ministerio considera que frente a la situación particular de la Fundación Universitaria San Martín y la cantidad de alumnos y familias afectadas con la grave interrupción del servicio educativo y la afectación de sus condiciones de calidad, es procedente aplicar temporalmente los institutos de salvamento establecidos en el artículo 14 de la ley 1740 de 2014 [...]”.

En esa medida, a juicio de la Corporación, es claro que la omisión de pago a partir de la fecha de expedición de la Resolución en comento, no derivó de una buena o mala fe, sino de la imposibilidad de disposición de recursos en aras de ejecutar la implementación de las medidas de salvamento dispuestas por el Ministerio de Educación, por lo que, a partir de la expedición de dicha resolución surge una justificación legal que impidió el pago, derivada de las implicaciones sociales que surgen de la situación de la Fundación Universitaria san Martin, circunstancia que ubica entonces a la demandada en el terreno de la buena fe a partir de la expedición del acto administrativo en comento, esto es 10 de febrero de 2015.



En esa medida, se limitará el pago de la sanción moratoria hasta la aludida fecha, en la cual, se reitera, la demandada se encontró en una imposibilidad de cancelar las creencias adeudadas a la actora. En tal sentido, la sanción moratoria se condenará entre el 21 de diciembre de 2014 y el 10 de febrero de 2015, modificando la sentencia de primer grado en este punto.

e) Indemnización por despido injusto:

La *a-quo* emitió condena estimando para ello que la empleadora no verificó el desahucio respectivo antes de la terminación del periodo pactado, por lo cual el contrato se prorrogó de manera automática entre el 21 de enero y el 20 de junio de 2015.

Por pasiva se aduce que se debe revocar esta condena toda vez que el contrato de trabajo culminó por vencimiento del plazo pactado, sin acreditarse el despido el 20 de diciembre de 2014, y sin que se predique la necesidad de preaviso, ni la aplicación de una prórroga automática.

Sobre el particular se debe señalar que el último contrato de trabajo operó entre el 21 de julio de 2014 y el 20 de diciembre de 2014, señalándose por activa que no le fue comunicada la terminación y no le fue permitido el ingreso. La pasiva por su parte refiere que el contrato terminó por vencimiento del plazo pactado, sin ser exigible preaviso, ni predicarse la automática reconducción del contrato de trabajo.

Sobre el particular, debe acotarse que si bien no se acreditó por activa el supuesto fáctico atinente a que no se permitió su ingreso, por pasiva se confiesa la razón de la terminación del contrato de trabajo, esto es, el vencimiento del plazo pactado.

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3110-2018, Radicación No. 47494, del 1º de agosto de 2018, sealó:

“De acuerdo con los antecedentes de la contienda presentada entre las partes que fueron registrados al inicio, en la demanda, como pretensiones subsidiarias, se solicitó que se declarase que los contratos de trabajo suscritos entre las partes fueron a término fijo de un año y que se prorrogaron por un año más, por terminación extemporánea. Al igual que, en caso que el juzgador concluyese que los contratos suscritos eran a término fijo de un año por prórroga automática, se condenara a la fundación a



reconocer salarios y prestaciones sociales por ese año de prórroga, por terminación extemporánea de los contratos de trabajo, en aplicación del inciso 3º del artículo 64 del CST.

*“En otras palabras, la parte actora, como pretensiones subsidiarias a la declaración de un solo contrato de trabajo a término indefinido y a la indemnización por despido correspondiente a esta modalidad de vinculación, solicitó, en caso que el juez determinase que los contratos fueron a término fijo de un año, se les reconociese los salarios y prestaciones sociales del año de **prórroga automática**, con fundamento en el inciso 3 del artículo 64 del CST.*

*“El Tribunal en la sentencia impugnada arribó a la conclusión que la fundación suscribió varios contratos con cada accionante y que los contratos celebrados entre las partes fueron bajo la modalidad del artículo 101 del CST, es decir, para el ad quem, estaba excluida la existencia del contrato a término fijo de un año. Por tal razón, encuentra la Sala que el ad quem no procedió a referirse expresamente a las pretensiones subsidiarias, objeto de disconformidad del recurrente. **Es de recordar por la Sala que el contrato del artículo 101 del CST es una modalidad del contrato a término fijo, cuyo plazo está definido por el legislador y puede ser excepcionado por las partes.** Por lo que el ad quem se equivocó al considerarlos excluyentes.*

“[...]

“Al margen de que el cargo fue presentado por la vía directa, de aceptarse que la parte actora apeló para el reconocimiento de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo a término fijo de un año, bajo el supuesto que había operado la prórroga automática, es de advertir por la Sala que esta clase de contrato no prevé el preaviso o el desahucio, de manera que el contrato finaliza por su propia virtud, sin que opere la prórroga automática.

“Por tanto, no podía el juez de segundo grado declarar la prórroga automática. En todo caso, si el ad quem dejó un extremo de la apelación sin resolver, le correspondía a la parte demandante pedir sentencia complementaria en el momento oportuno.

“[...]

“Ahora bien, las precitadas consideraciones conducen a esta corporación a concluir que el juez de alzada no pudo incurrir en la infracción directa del artículo 46 del CST, no solo porque la indemnización por la terminación unilateral de contrato a término fijo de un año no fue tema de estudio en la segunda instancia, sino también en razón a que, conforme a las premisas establecidas en segunda instancia relacionadas con la existencia de los contratos de trabajo regulados por el artículo 101 del CST y no rebatidas en sede de casación, dicho precepto no es aplicable a esta clase de relaciones laborales. En consecuencia, tampoco lo era el artículo 64 ibidem. Disposiciones sobre las cuales la parte impugnante edificó la demostración del cargo.



“En todo caso, cumple recordar la sentencia CSJ SL del 1º de febrero de 2011, No. 35678, donde, sobre la terminación de los contratos de enseñanza, se reiteró:

“Así puede afirmarse, porque sabido es que el contrato de los profesores de establecimientos particulares de enseñanza que se entienden celebrados por el año escolar, “no prevé el preaviso o desahucio, de manera que basta la culminación del respectivo período académico para que finalice el contrato por su propia virtud y, por consiguiente, no opera la tácita reconducción, esto es, la prórroga automática del nexo si las partes no expresan oportunamente su ánimo de terminarlo”, tal cual lo expresó la Corte en la sentencia de casación del 23 de abril de 2001, radicación 15.623.

En ese orden de ideas, no le asistió la razón a la *a-quo* al emitir condena por este concepto, en tanto no le resulta aplicable al *sub-examine* la figura del preaviso ni de la automática reconducción, aunado a ello que por activa se adujo que el contrato culminó por cuanto la empleadora no le permitió el ingreso, lo cual no fue acreditado por ningún medio probatorio, y por el contrario el extremo final de la relación declarada, coincide con el plazo de terminación del periodo académico pactado en el último contrato de trabajo.

Como corolario de lo anterior se revocará esta condena para en su lugar absolver a la accionada del pago de la indemnización por despido injusto. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ABSOLVER** a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN del auxilio de cesantías de los periodos comprendidos entre el 16 de enero de 1993 y el 30 de junio de 2003, declarando probada la excepción de prescripción respecto de dicha pretensión.



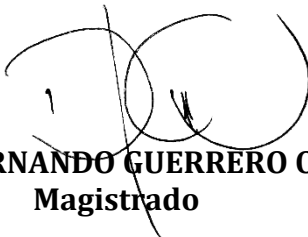
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de limitar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., al pago de los intereses moratorios a la tasa más alta legal certificada por la Superintendencia Financiera, respecto de los salarios y prestaciones sociales adeudadas, por el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2014 y el 10 de febrero de 2015.

TERCERO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la accionada de la indemnización por despido sin justa causa.

CUARTO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de alzada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

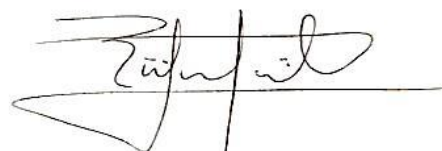
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado
Salvo Voto Parcial

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 36 2018 00269 01
Demandante: MARTHA LUCIA CHAPARRO PACHON
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 12 de marzo del 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Lucia Chaparro Pachón*, formuló demanda en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad de la vinculación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad; que la AFP debe ordenar el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y enviar el valor de los saldos que existan en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los cobros y gastos de administración; que *Colpensiones* debe aceptar a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca hubiera existido el traslado, declarar que la AFP debe cancelarle y pagarle los 50 salarios mínimos de que trata el artículo 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993.

En consecuencia se condene a la AFP a aceptar la vinculación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, condenar a la AFP a enviar el valor de los saldos de administración y los dineros descontados por cobros y gastos de administración, recibiendo el traslado de los aportes y rendimientos financieros, al pago de los 50 salarios mínimos, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que ha prestado sus servicios como empleada en varias empresas desde el 6 de febrero de 1986; que desde la fecha de su vinculación hasta el 17 de agosto del 2004, estuvo vinculada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que el 17 de agosto del 2004 los asesores de la AFP indujeron a la demandante a la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no le indicaron los riesgos del traslado, no le suministraron información consistente, veraz y objetivamente verificable de las promesas con las cuales fue inducida al traslado a la AFP y nunca le realizaron una simulación pensional.

Que el 11 de enero del 2018 solicitó la desvinculación ante la *AFP Porvenir S.A*, pero la misma fue despachada de forma desfavorable el 12 de enero del 2018; posteriormente, el 14 de diciembre del 2017 solicitó la afiliación a *Colpensiones*, pero le indicaron que la misma no era procedente.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas, indicando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP.

Formuló las excepciones las que denominó inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Porvenir S.A. igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que a la fecha de la vinculación inicial, esto es, el 17 de enero de 2004, le fue suministrada toda la información requerida sobre las características y diferencias de ambos regímenes.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, buena fe y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de marzo de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante el 1º de octubre de 1994; condenó a *Porvenir S.A* a trasladar a *Colpensiones*



los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar concepto alguno por gastos de administración, declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas a *Porvenir S.A.*

Para arribar a dicha conclusión, indicó que, atendiendo los postulados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de la debida información al momento del traslado del afiliado, le corresponde acreditarla a la *AFP Porvenir S.A.*, aspecto que no fue probado dentro del presente asunto, como quiera que lo único que se advierte en el plenario es que tan solo obra el formulario de afiliación suscrito por el demandante.

Además, puntualizó que como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, lo que procede es la ineficacia del traslado en los precisos términos de la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, teniendo en cuenta que, si bien en los fallos de la Corte se ha declarado la ineficacia, la misma indicó que cada caso se debe estudiar de forma particular y el presente caso no es análogo a los indicados, pues a 1º de abril de 1994 tenía 31 años y no tenía los 15 años de servicios, los cuales tampoco tenía a la fecha del traslado. Razón por la cual, no le es aplicable el precedente de la Corte Suprema de Justicia y por el contrario si esta inmersa en la prohibición legal pues le falta menos de 10 años para pensionarse; adicionalmente se corrobora conforme al interrogatorio de parte, que suscribió de forma válida el formulario de afiliación a *Porvenir S.A.*, máxime que tampoco se acercó a la demandada para formular pregunta alguna, luego no fue diligente en cuanto a su futuro pensional y realmente se quiere pensional es por un tema netamente económico. Finalmente, que de existir un error, sería de derecho, el cual no vicia el consentimiento.

Porvenir S.A. expuso en el recurso de alzada que se está dando demostrado, sin estarlo, que no se brindó una información, máxime cuando no se le pide a la parte demandante hacer un esfuerzo probatorio, acorde a un criterio jurisprudencial del cual se aparta, pues se debe analizar el caso particular; que en este caso no se avizora documental alguna de engaño para afirmarse que realmente se dio, y no existen proyecciones que permitan entreverlo. Por otra parte, que no se incurrió en transgresión normativa, de conformidad con el deber de información existente para la época del traslado.

Por otra parte, que no se establece si en efecto pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida le resulta más favorable.



De otra parte, condenar a la AFP a descontar los gastos de administración, vulnera el debido proceso y el derecho de defensa, pues no se ha acreditado que durante la afiliación la demandante no estuviera cubierta por los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.



Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera*



una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del actor en *Porvenir S.A.* del 17 de agosto del 2004 (Fl. 105), el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son*



suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información pertinente, a *contrario sensu* indicó que se trasladó porque le dijeron que su pensión sería heredable, incluso hasta el grado de sus sobrinos y que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar.

En ese orden de ideas, al no haberse acreditado de manera fehaciente por pasiva el cumplimiento del deber de información, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A* no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.



Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineffectividad del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

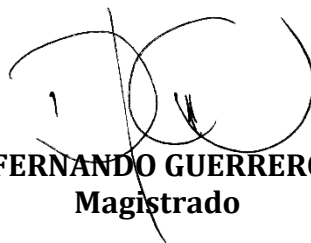
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

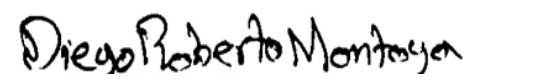
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de marzo del 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

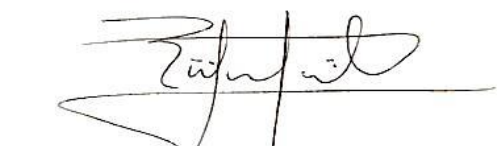
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 36 201800526 01
Demandante: BILMA ESPERANZA LARA FUENTES
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO

Protección S.A aporta sustitución de poder, en virtud del cual se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora *Olga Bibiana Hernández Téllez*, identificado con C.C No 52.532.969 y T.P No 228.020 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 2 de marzo del 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Bilma Esperanza Lara Fuente*, formuló demanda en contra de *Colpensiones*, *Porvenir S.A.* y *Protección S.A.*, con la finalidad que se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó la demandante a *Protección S.A.*, por la indebida y nula información que suministró el fondo privado; ordenar a las demandadas a realizar todas las gestiones administrativas encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado el 29 de agosto de 1994 por la demandante; se ordene a las demandadas a trasladar la totalidad de los dineros efectuados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; se ordene a *Colpensiones* recibir sin solución de continuidad a la demandante, se le ordene corregir la historia laboral, se declare para todos los efectos como única



afiliación la efectuada el 1° de febrero de 1983, se condene en costas a las demandadas, junto con aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 15 de octubre de 1963 y se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales el 1° de febrero de 1983; que el 29 de agosto de 1994 mientras laboraba al Banco Caja Social se trasladó a *Colmena*, hoy *Protección S.A*, sin haber obtenido la debida información que suministró el fondo privado, y a la fecha ha cotizado un total de 1780 semanas.

Finalmente que radicó solicitud de declaratoria de nulidad de la afiliación ante las entidades hoy demandadas, sin embargo, las mismas denegaron su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y con la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra alegando que dentro del proceso no existe prueba alguna que de cuenta de que al demandante se la haya hecho incurrir en error.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones prestadoras de seguridad social del orden público y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de marzo del 2020 declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 1° de septiembre de 1994, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen



de Ahorro Individual con Solidaridad; condenó a la AFP *Porvenir S.A* a trasladar a *Colpensiones* los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante que incluyan cotizaciones, rendimientos, sin descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otro emolumento; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las AFP demandadas.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que, atendiendo los postulados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de la debida información al momento del traslado del afiliado, le corresponde acreditarla a la AFP, aspecto que no fue probado dentro del presente asunto, como quiera que lo único que se advierte en el plenario es que tan solo obra el formulario de afiliación suscrito por el demandante.

Además, puntualizó que como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, lo que procede es la ineficacia del traslado en los precisos términos de la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones inconforme con la decisión la apeló, aduciendo que se debe revocar la decisión proferida teniendo en cuenta que en sentencias como la SL-1452 del 2019 ha indicado que cada caso se debe estudiar de forma particular y los asuntos aquí debatidos no son análogos a los estudiados por la H. Corte teniendo en cuenta que la demandante al 1° de abril de 1994, tan solo contaba con 30 años de edad y no tenía 15 años de servicios, luego no era beneficiaria del régimen de transición y por lo tanto no contaba con una expectativa legítima, además que la demandante por su ocupación tenía conocimiento del estatuto financiero y además se traslado entre AFP manteniendo su voluntad de afiliación, lo que permite concluir que se esta ante un error de derecho y no de hecho.

Porvenir S.A expuso en el recurso de alzada, que se debe revocar la providencia y en consecuencia absolver a la demandada, pues respecto a la condena de trasladar todos los dineros sin descuento alguno, también en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se destinan recursos a los gastos de administración; igualmente en el concepto emitido por la Superintendencia Financiera Rad. 69-003-00 del 17 de enero del 2020, se refiere que en los eventos de nulidad o ineficacia las únicas sumas a retornar son los aportes de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima por seguro provisional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza; de igual manera que dicha condena no esta contenida en la demanda, y frente a la misma opera la prescripción.



De otra parte, la solicitud de vinculación es un documento público que se presume auténtico y de presentar un vicio del consentimiento se encuentra subsanado, el cual en todo caso no fue probado en el proceso, además la demandante realizó actos de ratificación mediante el traslado entre fondos y era una persona capaz al momento de su suscripción, y se le garantizó el derecho de retracto.

Así mismo, indica que existe una diferencia jurídica entre ineficacia y nulidad, siendo que en el presente caso se alegó la nulidad; respecto a la condena en costas indica que le resulta jurídicamente imposible allanarse a las pretensiones que se formulan, por tanto, solicita que se desestimen las condenas en este punto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media



al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la actora en *Colmena*, hoy *Protección S.A* del 29 de agosto de 1994 (Fl. 237) y formulario de afiliación a *Porvenir S.A* del 30 de abril del 2001 (Fl. 160), en los que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información pertinente, por cuanto si bien admitió que leyó el formulario de afiliación y lo firmó de forma libre y voluntaria, expresó que la afiliación la hizo porque le dijeron que tendría una mejor pensión, que no le aparecían unas semanas de afiliación a *Colpensiones* y le dijeron que realizarían el trámite requerido para recuperar esas semanas.

En ese orden de ideas, al no haberse acreditado de manera fehaciente por pasiva el cumplimiento del deber de información, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”



De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A* no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo tocante a la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”,* criterio que a juicio de esta corporación resulta aplicable incluso a los gastos de administración por cuanto este es un rubro que en todo caso descontó la AFP de los dineros cotizados a pensión por la demandante conforme a los parámetros legales, por tanto resulta innegable que a los mismos se les aplica el mismo racero frente a la prescripción, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Finalmente, en lo que respecta a la condena fulminada por las costas procesales a la AFP recurrente, basta indicar que estas operan de forma objetiva conforme lo dispuesto por el legislador, debiendo asumir su pago la parte que haya resultado vencida en juicio, tal como lo establece el artículo 365 del C.G.P, por manera que al haber resultado vencida en juicio resulta lógico que se confirma la condena impartida en su contra.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



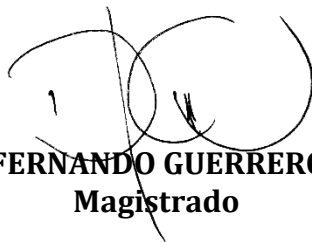
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

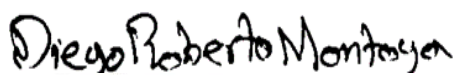
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de marzo del 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

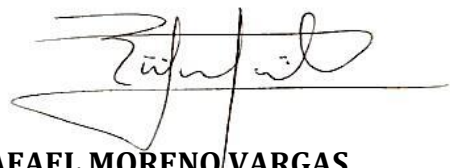
NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 38 2018 00609 01
Demandante: LUIS HELI HERNANDEZ RODRIGUEZ
Demandado: FIDUPREVISORA S.A., en su condición de VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE PANFLOTA y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administrador del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y ASESORES EN DERECHO S.A.S. como mandataria en representación de PANFLOTA.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, en contra de la sentencia proferida el 7 de junio del 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Luis Helí Hernández Rodríguez*, formuló demanda ordinaria en contra de *La Fiduprevisora S.A.*, en su condición de *Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo de Panflota*, la *Federación Nacional de Cafeteros* como *Administrador del Fondo Nacional del Café*, y *Asesores en Derecho S.A.S.* como mandataria en representación de *Panflota*, a efectos de que se declare que el demandante fue trabajador de la *Flota Mercante Grancolombiana S.A.*, hoy *Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.*; se condene a *Asesores en Derecho S.A.S.* a expedir una nueva Resolución de la pensión de jubilación debidamente indexada a favor del demandante a partir del 2 de enero del 2005, junto con los aumentos legales hasta la fecha real de su pago en cumplimiento de la sentencia C-891 del 2006, por el tiempo laborado en la *Compañía de Inversiones de la Flota Mercante*, se condene a la *Fiduciaria La Previsora S.A.* como Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo Panflota a pagar al demandante en plenitud los valores condenados en la sentencias del 1º de marzo del 2007, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá; se condene a la demandada al pago de los perjuicios materiales y morales de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; el pago de los intereses moratorios; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, acompañado de las costas procesales.



Subsidiariamente que dichas condenas se fulminen en contra de la *Federación Nacional de Cafeteros* o el *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que contrajo nupcias con la señora *Aura Magnolia Romero* el 12 de junio de 1986 y laboró para la *Flota Mercante Grancolombiana S.A* mediante contrato de trabajo a término indefinido del 29 de mayo de 1971 al 27 de enero de 1992, desempeñando como último cargo el de Primer Contraмаestre a bordo de los buques de la Flota Mercante, percibiendo un salario promedio mensual de US 1.463,36.

Que dentro de la Flota Mercante funciona la Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial UNIMAR y mediante laudo arbitral del 16 de junio de 1977 se decidió el conflicto colectivo surgido entre las partes, siendo el demandante miembro del referido sindicato.

Refiere que el liquidador de la *Flota Mercante S.A*, hoy *Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A* al expedir la Resolución No 006 del 15 de abril del 2005 dio aplicación a la ley 100 de 1993 con el promedio de los 10 últimos años, destacando que inició proceso ordinario laboral con miras a obtener la reliquidación de la pensión, el cual le correspondió al Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá quien mediante sentencia del 1º de mayo del 2007 condenó a la pasiva a efectuar la reliquidación pensional en cuantía de \$2.421.056 teniendo en cuenta el promedio del salario del último año, junto con los respectivos reajustes de ley, al pago de los intereses moratorios y las costas procesales; providencia que fue modificada por el Tribunal Superior de Bogotá absolviendo a la demandada del pago de los intereses moratorios, aclarando que en el referido proceso no fue solicitada la indexación de la primera mesada pensional.

Que inició el proceso ejecutivo 2010-952, en virtud del cual el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito declaró la falta de jurisdicción y competencia enviando, el proceso a la Superintendencia de Sociedades, quien suscitó el respectivo conflicto, el cual fue definido a cargo de esta última entidad por arte del Consejo Superior de la Judicatura, sin embargo, el proceso de liquidación finalizó sin que a la fecha hayan sido cancelados los valores adeudados.

Que mediante derechos de petición y tutela ha solicitado la devolución del expediente al Juzgado Laboral, pero la Superintendencia indica que solo lo hará por orden judicial.



Finaliza puntualizando que el 3 de mayo del 2018, presentó la respectiva reclamación ante las entidades demandadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La Fiduprevisora S.A., en su condición de *Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo de Panflota*, se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, alegando que dicha entidad no puede efectuar pagos o sumas diferentes a las establecidas por el fideicomitente dentro del contrato de fiducia 3-1-0138 de 2006.

Formuló como medios exceptivos los que denominó cosa juzgada, aplicación del principio de confianza legítima, el Patrimonio Autónomo no es responsable de la obligación dineraria, inexistencia de sustitución patronal, inexistencia de sucesión procesal, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación y la genérica.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su escrito de contestación se opone a las pretensiones, proponiendo las excepciones de indebida vinculación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto a la parte pasiva, prescripción de los derechos que se reclaman en las pretensiones de la demanda y la genérica.

La Federación Nacional de Cafeteros en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que el demandante jamás laboró para dicha entidad y en todo caso, las pretensiones incoadas en contra de dicha entidad carecen de sustento fáctico y jurídico.

Formula como medios exceptivos los que denominó ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción, cosa juzgada, pago y compensación, la genérica.

Asesores en Derecho S.A., como *Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo de Panflota*, se opuso a las pretensiones argumentando que la prestación pensional no debe ser indexada dado el especialísimo régimen laboral de los marinos, se avizora la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y por lo tanto, en aras de garantizar los perjuicios del fenómeno de la inflación y otros, aplicando la TRM vigente.



Propuso las excepciones de cosa juzgada, no procedencia al pago de intereses moratorios, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, la genérica, oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de febrero del 2020, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo por el lapso comprendido del 29 de mayo de 1971 al 27 de enero de 1992; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones formuladas por el demandante; se releva del estudio de los medios exceptivos y condena en costas al demandante.

Como sustento de su decisión, indica que con fundamento en la documental obrante a folios 384 a 387, del expediente, cuaderno 1, entre otras pruebas aportadas al expediente, se puede deducir que entre el demandante *Luis Elías Hernández Rodríguez* y la *Flota Mercante Gran Colombiana* existió una vinculación contractual laboral, por virtud de la cual desarrolló actividades al servicio de esta empresa desde el 29 de mayo de 1971 al 27 de enero de 1992, desempeñándose como Primer Contramaestre.

Ahora, pretende el demandante que se ordene a *Asesores en Derecho S.A.S.* expedir una nueva resolución de la pensión de jubilación, debidamente indexada a favor del demandante, frente a lo cual en acta de conciliación suscrita el 10 de febrero de 1992 se estableció: *“por cuanto el trabajador ha completado el tiempo de servicio para tener derecho a la pensión plena de jubilación a cargo de la empresa y faltarle solamente cumplir 55 años de edad, una vez que ella le sea demostrada, se le comenzará a reconocer y pagar teniendo en cuenta el tipo de cambio oficial del banco de la República vigente en el momento en el cual se configura la obligación, o sea, cuando reúne los requisitos de edad y tiempo de servicios”* (folios 23 y 25).

De otra parte, el Laudo Arbitral de 1976 a 1978, el Tribunal de Arbitramento obligatorio, al resolver el conflicto colectivo de trabajo surgido entre UNIMAR y la Flota Mercante Gran Colombiana en junio de 1977, señaló: *“10. Las mesadas en moneda legal se cancelarán al tipo de cambio oficial vigente en cada pago”* (folios 389 a 412), y en la Resolución 006 del 15 de abril de 2005, se resolvió reconocer y pagar al actor la pensión de jubilación a partir del 2 de enero de 2005 manifestándose de manera expresa *“se liquidará teniendo en cuenta el tipo de cambio oficial del dólar de los Estados Unidos, vigente en el momento en el cual se configurará la obligación”* (folio 458).

Señala de igual manera que el Juzgado Dieciocho laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 1º de marzo de 2007, en la cual resolvió reajustar el valor de la primera mesada pensional, decisión que fuera fuera apelada y mediante sentencia del 30 de



junio de 2009, la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá absolvió del pago de intereses moratorios, y en cumplimiento se expide la Resolución 33 del 7 de junio de 2011, reajustando el valor de la pensión, señalándose que se aplican para los años 2005 a 2011 los IPC desde el 5.50%, para obtener un total de \$3'176.057.

En este orden de ideas, no cabe duda de que entre la fecha del retiro de la empresa y la fecha del cumplimiento del requisito de la edad, 55 años, transcurrió el tiempo que originó la pérdida de poder adquisitivo del IBL y es por ello que se hacía necesario actualizar el último salario promedio devengado, que se tomó para liquidar la prestación, supuesto que ya se configuró, como se colige, de las pruebas reseñadas, además, una vez revisada la liquidación, no merece reproche alguno en los términos en que se efectuó.

De tal manera, que incluso al haber sido definido judicialmente la manera de obtener el cumplimiento de este tipo de obligación, era a través de un proceso ejecutivo o al interior del proceso de liquidación que se deben ventilar lo discutido por el actor, luego estamos operando el fenómeno de la cosa juzgada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación, en el que en suma indica que se desconoce la pérdida de poder adquisitivo del dólar, siendo la indexación un derecho fundamental, y para ello basta con remitirse al documento COMPESS 3601 proferido por la Cancillería, en el que se vislumbra dicha situación, y por ello se estableció una prima móvil y elevar a pesos colombianos los salarios de los Cónsules y demás dignatarios para determinar que efectivamente el dólar pierde el poder adquisitivo.

De igual manera, que en procesos similares se ha condenado a la accionada al pago de la actualización monetaria; por otra parte, que en el proceso anterior se deprecó que se incrementara el valor del porcentaje que le correspondía como mesada, por cuanto se aplicó el valor de 10 años, cuando tenían que haberle aplicado sobre el salario del último año, con una tasa de reemplazo del 75%, lo cual dista de la indexación.

Ahora bien, que la prescripción opera en el término de cinco (5) años para el proceso ejecutivo, el cual se inició y no se ha definido de fondo, al ser archivado, lo cual conduce a que resulte procedente demandar, ante la desaparición del acreedor principal, al subsidiario, esto es, la *Federación Nacional de Cafeteros*, quien debe solucionar además los intereses moratorios, lo cual garantiza sus derechos fundamentales.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse como problema jurídico, si es procedente la indexación de la primera mesada pensional del demandante a partir de la fecha en que inició a percibir la pensión, junto con el retroactivo de las diferencias de las mesadas pensionales y los intereses moratorios.

c. Del caso en concreto:

Como ya se enunció, lo pretendido por el extremo accionante es la indexación de la primera mesada pensional y, por consiguiente, el retroactivo de las diferencias en sus mesadas pensionales respecto de dicha indexación.

De la documental que reposa en el proceso, se aprecia que al señor *Luis Helí Hernández Rodríguez*, la antigua *Flota Mercante Grancolombiana S.A.* mediante Resolución No. 006 del 15 de abril del 2005, le reconoció pagó pensión de jubilación a partir del 2 de enero de 2005, en cuantía de \$1.900.287 a partir del 2 de enero del 2005, la cual fue reliquidada mediante decisión judicial adoptada por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá del 1º de marzo del 2007, modificada por el Tribunal Superior de Bogotá con sentencia del 30 de junio del 2009, determinando el monto de la prestación en cuantía de \$2.421.056.

Siendo del caso precisar, que no se puede predicar la cosa juzgada en lo tocante al proceso ordinario laboral con Radicación No. 0751 del 2006, como quiera que en el mismo tan solo se analizó la viabilidad de reajustar la pensión teniendo en cuenta los salarios devengados en el último año y el consecuente pago con arreglo a ello, de los intereses moratorios, las diferencias pensionales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*. Más no se analizó la indexación de la primera mesada pensional, lo que en suma implica que no existe identidad en la *causa petendi*, elemento indispensable para que se predique la cosa juzgada.



En la parte motiva del Acto Administrativo, quedó consignado conforme el Acta de Conciliación suscrita el 10 de febrero de 1992, que la empresa se comprometió a reconocer la pensión plena de jubilación cuando el demandante reuniera los 55 años de edad, liquidándola teniendo en cuenta el tipo de cambio oficial del dólar al momento en que se configure la obligación, asimismo se tiene que el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, al realizar la reliquidación pensional teniendo en cuenta los factores salariales del último año expuso:

“Es así, que tomando como salario promedio del último año de servicios determinado precedentemente, esto es, US 1.463,36 mensual, y aplicando el monto de pensión previsto por el artículo 260 (75%), tenemos que la primera mesada pensional asciende a la suma de US.1097,52, la que convertida a pesos colombianos atendiendo a la tasa vigente al 2 de enero del 2005 (1US=2.389,75 pesos colombianos Fl 41,43), arroja una suma mensual de DOS MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDDS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS MCTE (2.622.798,00), suma que corresponde a la primera mesada pensional a favor del actor debidamente ajustada.”

Destacando que si bien el referido fallo, fue modificado por el Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia del 30 de junio del 2009, lo fue únicamente en lo tocante a la condena a los intereses moratorios, la cual fue revocada, pero se confirmó la decisión primigenia en cuanto al monto de la pensión y su reliquidación, en los términos descritos en el aparte transcrito.

De lo anterior, se puede colegir que la tasación de la prestación se efectuó en moneda extranjera (dólares), y a su vez, para el interregno en que se reconoció el derecho pensional, la antigua Flota Mercante y el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá al efectuar la reliquidación pensional, aplicó la tasa de cambio vigente, que como y se dijo fue el 2 de enero del 2005.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente jurisprudencia ha hecho un análisis sobre la procedencia de la indexación de mesadas pensionales incluso, reconocidas con anterioridad a la Constitución Política de 1991, indexación que se aplica a pensión tanto de origen legal como extralegal; así lo sostuvo en la sentencia SL3863-2020, Radicación No. 79577 del 15 de septiembre de 2020:

“La línea de criterio jurisprudencial que se ha desarrollado entorno a la indexación de la primera mesada pensional ha sido objeto de constantes variaciones al interior de esta Corporación.

“Al respecto, se advierte que el precedente que actualmente impera tiene que ver con que la indexación de la primera mesada pensional ha de proceder indistintamente de la naturaleza jurídica de la prestación -sea de origen legal o convencional-, así como de la fecha a partir de la cual fue reconocida.

“Lo anterior, teniendo en cuenta que dicho criterio modificó la jurisprudencia que en su momento se encontraba vigente, la cual sostuvo, que la indexación de la



primera mesada constituía una excepción a la regla y que, en tal sentido, sólo era procedente respecto de las prestaciones reconocidas en vigencia de la Ley 100 de 1993.

“Dicha posición varió y permitió la indexación de las pensiones tanto legales como convencionales otorgadas, siempre que las mismas fueran causadas con posterioridad a julio de 1991, es decir, la fecha de vigencia de la Constitución Nacional.

“Sin embargo, se reitera, la actual posición de esta Sala ha establecido que todas las pensiones, tanto legales como extralegales, indistintamente de si fueron reconocidas antes o después del 1991, pueden ser objeto de indexación. Así quedó consignado en la sentencia CSJ SL13356-2017, la cual dispuso:

“Posteriormente, se modificó la jurisprudencia, estableciendo que la indexación de las pensiones era excepcional, que su único fundamento era la Ley 100 de 1993 y solo procedía respecto a pensiones legales causadas en su vigencia; postura que años después fue morigerada, cuando se admitió la indexación de pensiones legales causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, pero en vigencia de la Constitución de 1991, y luego, extendiendo la indexación a las pensiones extralegales, bajo las mismas condiciones de causación.

“Finalmente, la sentencia CSJ SL13256-2017 precisó:

“Como lo había sostenido esta Sala de la Corte en las sentencias del 8 de febrero de 1996, Rad. 7996 y 5 de agosto de 1996, Rad. 8616, constituye un hecho notorio que los ingresos del trabajador sufren una pérdida significativa de su poder adquisitivo, cuando media un lapso considerable entre la fecha en la cual se retiran del servicio y aquella en la cual les es reconocida la pensión de jubilación. Asimismo, como también lo había reconocido la Sala, ese fenómeno impacta por igual a todas las pensiones de jubilación que se ven sometidas a la devaluación de la moneda, sin importar su naturaleza legal o extralegal, o la fecha en la que hubieran sido reconocidas, entre otras, porque la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es una realidad palpable con anterioridad y con posterioridad a la expedición de normas como la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993.

“Si las pensiones de jubilación se ven enfrentadas por igual al mismo fenómeno inflacionario, no existe, a primera vista, una razón o condición derivada de la fecha de su reconocimiento, que autorice un trato desigual, a la hora de adoptar correctivos como la indexación de los salarios tenidos en cuenta para la liquidación. Por lo mismo, para estos efectos, no deberían existir diferenciaciones o categorizaciones de pensionados, que pudieran resultar arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.”

Ahora, a pesar de la procedencia de la indexación, las pretensiones del demandante no tienen vocación de prosperidad, como quiera que al haberse efectuado el cálculo de la prestación en moneda extranjera, a la que se le aplicó la tasa de cambio la tasa de cambio oficial al momento del correspondiente pago, trascendencia que hace que se compense la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano.

Este tópico también ha sido analizado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en situación relacionadas con la Flota Mercante Grancolombiana, siendo ejemplo la sentencia SL1835-2019, Radicación No. 56396 del 28 de mayo de 2019, en la que se expuso:



“Se adelanta desde ya que el cargo no puede prosperar, porque no se exhibe ningún fundamento jurídico para demostrar que una obligación pactada en una moneda extranjera fuerte como el dólar, deba también recibir el beneficio de la indexación, siendo distintas sus condiciones frente a la moneda nacional, que es víctima de una devaluación constante, elemento este que motiva la condena por aquella.

“En efecto, no puede olvidarse que esta es una forma de actualización de las obligaciones dinerarias, que tiene como objeto esencial la defensa del salario del trabajador, frente a los embates de la devaluación que sufre el peso colombiano. Este aspecto, no lo sufre el dólar americano, hecho conocido suficientemente y sobre el cual dijo la Corte, en la sentencia CSJ SL4975-2018:

“De igual forma, como el demandante devengó en el equivalente a dólares americanos, la Sala no indexará los salarios percibidos, toda vez que esta moneda claramente conserva mejor su capacidad adquisitiva y no se devalúa en la misma magnitud que el peso de nuestra economía, caracterizada por ser altamente inflacionaria, de manera que la posible pérdida del poder adquisitivo de la pensión aquí controvertida se contrarresta mediante la conversión del valor de la mesada de dólares a pesos colombianos. En la sentencia SL2575-2015, sobre este particular, la Sala asentó:

“Como se acordó que la pensión se reconocería teniendo en cuenta la tasa de cambio oficial, no hay lugar a la indexación del Ingreso Base de Liquidación, pues el efecto de la inflación en el poder adquisitivo de la pensión se contrarresta mediante la conversión del valor de la mesada de dólares americanos a pesos colombianos. Así se afirma por cuanto es un hecho notorio que para la fecha en que se causó el derecho pensional del demandante, el dólar americano tenía un valor superior al que tiene en la actualidad debido a la revaluación que, frente a dicha moneda, ha sufrido el peso colombiano”.

Así las cosas, es palmario que la devaluación de la moneda colombiana se contrarresta con el cambio oficial de dólares a pesos colombianos, escenario que remplaza la pérdida del poder adquisitivo; circunstancia por la cual, al no encontrar ninguna afectación en el monto de la pensión que se le reconociera al demandante.

Finalmente, en lo tocante al *petitum* consistente en que se ordene el pago de los valores objeto de condena en las sentencias proferidas en el curso del proceso ordinario 2006-751, basta indicar que tal pedimento no puede ser abordado mediante el presente juicio ordinario laboral, pues la vía que debe ser utilizada es el proceso ejecutivo laboral (Art. 101 del C.P.T y la S.S), indistintamente de que haya cambiado por razón de la liquidación la entidad llamada a responder por las obligaciones generadas en el curso del referido proceso, pues de ser el caso lo que existiría sería una sucesión procesal (Art. 68 del C.G.P).

Destacando que tampoco se podría controvertir por este medio, las decisiones que hubieren sido proferidas a lo largo del proceso ejecutivo entablado por el demandante No. 2010-952, que por orden del Consejo Superior de la Judicatura fue remitido por competencia a la Superintendencia de Sociedades, habida consideración que no puede entablarse un nuevo proceso ordinario laboral, con miras a debatir decisiones judiciales que ya hayan sido adoptadas en el curso de un proceso ejecutivo laboral, como pretende



el aquí accionante, por manera que más allá del argumento aludido a la prescripción a que se hace alusión en la alzada, son realmente estos los argumentos por los cuales no se podría acceder mediante esta decisión judicial a condenar a la pasiva a cumplir con las decisiones judiciales dictadas en el proceso ordinario laboral 2006-751.

Deviene de lo enunciado que la decisión adoptada en primera instancia se encuentra ajustada a derecho y por tanto, debe ser confirmada en su integridad pero con arreglo a los argumentos expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

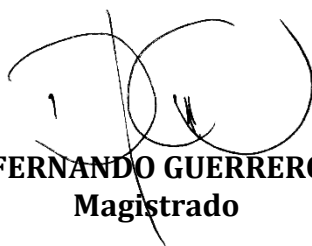
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

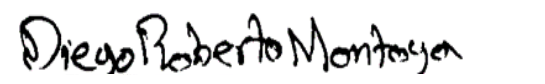
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 24 de febrero del 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

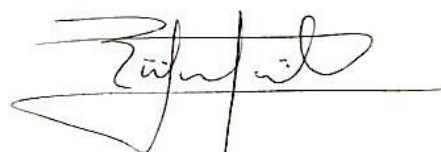
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOLYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 11001310 50 39 2017 00509 01
Demandante: ESNEDA FRANCO GIRALDO
Demandado: COLPENSIONES Y ESTHER JULIA RAMÍREZ DE
VÉLEZ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *Lilian Patricia García González*, identificada con C.C No 52.199.648 y T.P No 187.952.

SENTENCIA:

Procede la sala a estudiar el recurso de apelación elevado por la parte actora, contra la sentencia proferida el 19 de febrero del 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1. DE LA DEMANDA:

La señora *Esneda Franco Giraldo* instauró demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Esther Julia Ramírez de Vélez* para que se declare que en su condición de cónyuge supérstite tiene derecho a la pensión de sobrevivientes del señor *Ricardo Toro Toro*.

En consecuencia, se ordene a *Colpensiones* incluirla en nómina de pensionados en su condición de cónyuge supérstite a partir del 5 de mayo del 2014, así como el reconocimiento y pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre, incluyendo los reajustes anuales, al pago de los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que el señor *Ricardo Toro Toro* falleció el 5 de mayo del 2014, habiendo contraído nupcias con la promotora del litigio el 7 de octubre de 1963, procreado 4 hijos, en la actualidad mayores de edad, precisando que la convivencia de la pareja se extendió desde el 7 de octubre de 1963 al 24 de diciembre de 1980, cuando se dio una separación de hecho.

Refiere que el 2 de mayo de 2016 radicó la solicitud pensional ante el entonces *Instituto de Seguros Sociales*, pero la misma le fue denegada mediante la Resolución No. GNR 197658 del 5 de julio del 2016, por lo que presentó recurso de apelación el 29 de julio del 2016, el que fue desatado de forma desfavorable con la Resolución No VPB035115 del 8 de septiembre del 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que la sustitución pensional ya fue reconocida a la señora *Esther Julia Ramírez*, quien oportunamente solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

Propuso como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

A su turno la señora *Esneda Franco Giraldo* en su escrito de contestación de la demanda se opuso a las pretensiones incoadas por la libelista, aduciendo que los hechos de la demanda se presentan de forma parcializada y omiten eventos de suma importancia, pues la demandante abandonó al causante dejándolo solo y a cargo de sus cuatro hijos el 24 de diciembre de 1980.

Igualmente, propone como excepciones de mérito o de fondo las de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 19 de febrero del 2020 resolvió declarar probada la excepción de cobro de lo no debido y absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la parte actora.

Como sustento de su decisión indicó que no admite discusión que el señor *Ricardo Toro Toro* falleció el 5 de mayo de 2014, como da cuenta el certificado de defunción visible a folio, 24, asimismo, que entre el causante y la demandante contrajeron nupcias el 7 de octubre de 1963, de conformidad con lo establecido en el registro civil de matrimonio, visible a folio 25, y procrearon 4 hijos de nombre *Omar de Jesús Toro, Gloria Stella Toro, John Edison Toro, y Fabián Albeiro Toro*.

Refiere que de las pruebas aportadas al proceso se constata que la pareja convivió por lo menos entre los años 1963 a 1974, fecha en que nació su último hijo, no obstante, si bien la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que los 5 años de convivencia se deben dar en cualquier tiempo, no debe perderse de vista que la evolución de la jurisprudencia frente al tema, se circunscribe a que pese a la separación siguen existiendo lazos familiares, buscando así proteger a la cónyuge que en algún momento cooperó para construir la pensión.

Estima que en este caso de particulares connotaciones, tiene relevancia las causas de la separación, la cuales no provinieron del causante, sino que fue producto de un abandono del hogar de la demandante, sin que se haya acreditado lo referido por la accionante en el interrogatorio de parte, esto es, que hayan mediado maltratos por el causante.

Razones por las cuales concluyó que no era dable acceder a la pensión de sobrevivientes, pues incluso en interrogatorio de parte la accionante confesó que era deseo del causante divorciarse formalmente.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación, en el que en suma indica que dentro del presente proceso se ha ventilado una situación *sui generis*, frente a la cual resultaba evidente que no fuera de conocimiento público o incluso de los hijos de la pareja, la real causa de la separación, en tanto eran situaciones que pertenecían a su intimidad y fuero interno.

En ese orden de ideas, la demandante no abandonó el hogar, sino que se vio obligada por razones de peso, además, si bien es cierto puede que hayan pasado muchos años para que diera a conceder cómo sucedieron en realidad los hechos, no es dable por esa situación restar validez a sus asertos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. De la Pensión de Sobrevivientes:

En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe precisar la Sala es que la pensión de sobrevivientes debe ser analizada a la luz de la norma vigente para la fecha de fallecimiento del causante. En tal media, como quiera que el señor *Ricardo Toro Toro* falleció el 5 de mayo del 2014, acorde se verifica en el certificado de defunción obrante a folio 24, la norma aplicable es la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificó la Ley 100 de 1993.

Ahora, a efectos de poder analizar los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, debe recordar la Sala que los mismos difieren, en tratándose de la muerte de un afiliado o de un pensionado.



En tal sentir, pese a que la promotora no alude nada respecto de dicha calidad encuentra la Corporación al analizar el expediente administrativo del causante que la *Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones* le reconoció y pago al demandante la pensión de vejez mediante la Resolución No. 1387 del 31 de julio del 2002 y a partir del 1° de septiembre del 2002, en cuantía de \$330.020 incrementada con el 14% por su compañera permanente *Esther Julia Ramírez de Vélez*.

Por manera que el presente juicio debe ser analizado conforme a las reglas previstas para conceder la sustitución pensional por muerte del pensionado.

d. De los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un 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”.

En igual sentido, se tiene que en reciente pronunciamiento efectuado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró la Alta Corporación de cierre en sentencia SL- 1730 del 2020, que el mentado requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años, resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”.

De otra parte, juzga conveniente esta Sala, reiterar que en tratándose de cónyuge con vínculo matrimonial vigente, esta podrá acreditar los cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, criterio recientemente reiterado en sentencia SL2010-2019, en la cual se indicó:

“En torno a los alcances de dicha disposición, esta Sala de la Corte ha precisado que, en su conjunto, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 le dio una especial relevancia al concepto de unión conyugal y que, en ese sentido, privilegió el derecho del cónyuge a recibir la pensión de sobrevivientes, aun cuando estuviera separado de hecho del causante durante sus últimos años de vida, incluso sin mediar un compañero o compañera permanente que le dispute el derecho, siempre y cuando acredite una convivencia real y efectiva durante el lapso legal de cinco (5) años, pero no necesariamente anteriores al deceso, sino en cualquier tiempo. (Ver CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, reiterada en las sentencias CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 40995, CSJ SL704-2013, CSJ SL13276-2014, CSJ SL12218-2015, CSJ SL6519-2017 y CSJ SL1399-2018, entre muchas otras).

No obstante lo anterior, imperioso es recordar que tal interpretación normativa fue acogida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, fundamentándose en que tal derecho deviene por cuanto el o la cónyuge ayudó a las construcción del derecho pensional a más de haber brindado al pensionado o afiliado asistencia económica, en virtud de un lazo indeleble, jurídico y económico que se mantuvo a razón del vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho y hasta el momento del deceso del causante, luego aun cuando el matrimonio haya sido disuelto, el o la cónyuge tendría derecho al reconocimiento pensional, cuando quiera que se acredite que la comunidad de vida y apoyo mutuo se extendió,

incluso después de la liquidación de la sociedad. Así en sentencia SL-5141 del 2019 puntualizó:

“En torno a la discusión jurídica planteada por la recurrente, conviene precisar que esta Sala ha indicado que a efectos de verificar el cumplimiento del requisito de la convivencia, el juzgador debe, en cada caso, analizar la vigencia del vínculo marital o conyugal y sus particularidades (ver Sentencia CSJ SL 1399-2018), entendido este, más allá de la mera denominación formal que en el derecho de familia se le otorgue (matrimonial, unión marital, sociedad conyugal, sociedad patrimonial, etc.), o de eventos donde existan separaciones de cuerpos transitorias, «en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares», pues lo que a efectos de la protección del derecho de la seguridad social incumbe, es demostrar si entre la pareja perduraron esos «lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja» (ver Sentencia CSJ SL 1399-2018).

“Por lo indicado, en casos de cónyuges «separados de hecho» o incluso «con sociedad conyugal liquidada» (CSJ SL, 25 abr. 2018, rad. 45779), esta sala ha precisado que no resulta relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia adopte la unión de la pareja, pues se itera, lo que quiso amparar el legislador, de cara a la prestación pensional de sobrevivientes, es la perdurabilidad, de manera patente, de la «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva (...)» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605; SL7299-2015; SL1399-2018); además de concederle una protección al cónyuge supérstite que «entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión [y] se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba» (sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637), ello precisamente, en virtud del principio de solidaridad del que es partícipe el derecho a la seguridad social.

“Tal postura toma más fuerza si con posterioridad a la separación o a la liquidación de la sociedad conyugal, además de persistir esa comunidad de vida, no existió una convivencia simultánea con otro compañero permanente, y si quien invoca la concesión de la prestación se ve desprovista de todo sustento ante el fallecimiento pensionado. En sentencia CSJ SL 1399-2018, esta Sala coligió (...)

“(i) el legislador de 2003 tuvo en mente la situación de un grupo social, integrado a más de las veces por mujeres cuyos trabajos históricamente han sido relegados al cuidado del hogar y que, por consiguiente, podían quedar en estado de vulnerabilidad o inminente miseria ante el abandono de su consorte y su posterior deceso; (ii) esta dimensión sociológica debe servir de parámetro interpretativo, a



modo de un reconocimiento que la seguridad social hace a la pareja que durante largo periodo contribuyó a la consolidación de la pensión, mediante un trabajo que hasta hace poco no gozaba de valor económico o relevancia social; y (iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge separado de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente.

“Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.”

Criterio este que ha mantenido nuestra corporación de cierre en recientes pronunciamientos como las sentencias SL-2862 del 2020 y SL-1869 del 2020, esta última en la cual se indicó:

“En efecto, según jurisprudencia de esta Sala, el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo. Criterio expuesto, entre otras, en sentencia CSJ SL2232-2019, en la que se rememora la CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, que adoctrinó:

“El texto del artículo 13, literal b) inciso tercero de Ley 797 de 2003, que la recurrente denuncia como interpretada erróneamente es del siguiente tenor: “En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobrevivientes será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existía la sociedad conyugal vigente”.

“Varios supuestos normativos contienen tal preceptiva, diferenciando la existencia de una convivencia simultánea, bajo el supuesto de que exista, en todo caso un tercero en la disputa pensional, sea este, compañera (o) permanente o la (el) cónyuge.

“En efecto, bajo el entendimiento que le otorgó la sentencia C-1035 de 2008, que declaró la exequibilidad condicionada de la primera frase, si en los



últimos 5 años antes del fallecimiento, la compañera (o) la (el) cónyuge mantuvieron una comunidad de vida, la pensión debe ser dividida entre aquellos, en proporción al tiempo de convivencia con el causante.

“Asimismo, cuando no se halla presente la pluricitada convivencia simultánea, pero el causante mantuvo una unión conyugal, precedida de una separación de hecho, la disposición expresamente consagra que es viable la reclamación de una cuota parte de la pensión por parte de la compañera (o) permanente, siempre que hubiere convivido con el causante por un lapso superior a 5 años, antes de su deceso, pero deja a salvo la cuota parte restante al cónyuge con quien existía una sociedad vigente.

“Ciertamente es que el literal a) de la aludida disposición es inequívoco en la exigencia de que tanto el cónyuge como la o el compañero permanente superviviente acredite que hizo una vida marital por lo menos 5 años continuos con anterioridad a la muerte y, justamente, bajo esa hermenéutica, esta Sala de la Corte ha señalado sobre la imposibilidad de acceder al reconocimiento de esta prestación a quien no haya demostrado que, en efecto, existió una verdadera comunidad de vida.

“Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado o afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.

“Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.

“No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.

No obstante lo anterior, también ha tenido la Sala la oportunidad de indicar que la sola separación de cuerpos de los cónyuges se ha generado por situaciones



relacionadas con maltrato físico o psicológico, pues en este caso la falta de convivencia se genera a consecuencia de la legítima protección de los derechos a la vida e integridad personal, en tal sentir en sentencia SL 1727 del 2020, puntualizó la Sala:

“En el segundo supuesto, de contornos similares al estudiado, la potencial beneficiaria de la pensión de sobrevivientes fue víctima del maltrato doméstico, y como consecuencia de ello, se produjo la separación entre los cónyuges. Sin embargo, aunque no existía convivencia al momento del deceso del causante, esta Sala en la sentencia CSJ SL2010-2019 concedió la prestación.

“Los fundamentos expuestos para otorgar el beneficio pensional fueron: (i) que la accionante interrumpió la convivencia con su cónyuge debido a los actos de violencia a los que éste la sometía; (ii) que el requisito de convivencia para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente no es exigible cuando se pruebe, siquiera sumariamente, que la separación fue culpa exclusiva del cónyuge causante; (iii) que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, los 5 años de convivencia exigidos para la sustitución pensional podían darse en cualquier tiempo, mientras se mantuviera el vínculo del matrimonio; (iv) que el requisito de convivencia no se podía considerar incumplido solamente por la separación de cuerpos, cuando la beneficiaria fue sometida a maltrato físico y psicológico; y (v) que existen reglas y principios en el ordenamiento jurídico colombiano que obligan al Estado a prevenir, remediar y castigar cualquier forma de maltrato intrafamiliar.

“La Corte encontró fundado el error del Tribunal que denegó la prestación, por haber omitido decidir la controversia,

[...] desde la perspectiva en la que estaba obligada a hacerlo, es decir, definiendo si la demandante tenía derecho a la pensión de sobrevivientes a pesar de la separación, por no haber tenido culpa en la misma, en la medida en que había sido sometida a tratos crueles bajo los cuales no podía ser forzada a convivir. [...] no le bastaba con advertir la falta de convivencia en el momento de la muerte del pensionado, pues ese era un supuesto intrascendente, sino que debía ocuparse de definir la existencia de los tratos crueles de los que, presuntamente, había sido víctima la demandante, así como la suficiencia de ese supuesto para excusar o dar por cumplidos los requisitos necesarios para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada.

“Este precedente es relevante, pues al igual que en el presente caso, de las pruebas era posible inferir que el rompimiento conyugal no se produjo por la voluntad de la recurrente, sino por culpa exclusiva del causante, «[...] de manera que era dable aplicar la excepción a la regla de la convivencia prevista en el artículo 7 del Decreto 1160 de 1989». Sobre el punto la Sala explicó,



[...] no sería posible entender, bajo ninguna circunstancia, que una víctima de maltrato pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes de su cónyuge, por el solo hecho de renunciar a la cohabitación y buscar legítimamente la protección de su vida y su integridad personal. Pensar diferente sería, ni más ni menos, una forma de revictimización contraria a los valores más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, al derecho a la igualdad y no discriminación y al artículo 12 de nuestra Constitución Política, de conformidad con el cual nadie puede ser sometido a «...tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes...» Igualmente, implicaría reproducir patrones y contextos de violencia contra la mujer, negarle el derecho a oponerse al maltrato y condenar a otras mujeres a soportarlo, con tal de no perder beneficios jurídicos como el de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL2010-2019)."

e. Del caso en concreto:

En el *sub-lite*, la señora *Esneda Franco Ramírez* reclama el derecho a la sustitución pensional del causante, en calidad de cónyuge supérstite. Calidad debidamente acreditada con el registro civil de matrimonial de folio 25, en el cual se constata que la pareja contrajo nupcias el 7 de octubre de 1963. Igualmente, se encuentra debidamente acreditado que la pareja procreó cuatro hijos: *Gloria Estella Toro Franco* quien nació el 23 de noviembre de 1967, *Jhon Edison Toro Franco* quien nació el 29 de marzo de 1973, *Fabian Alberto Toro Franco* quien nació el 4 de junio de 1974 y *Omar de Jesús Toro Franco* quien nació el 22 de marzo de 1964 (Fls 26 a 35).

En lo tocante a la convivencia se aportaron las declaraciones extrajuicio de *Cenelia Franco de Murillo*, *Daniel Murillo Zuluaga* y *Jhon Edison Toro Franco*, en los que se indica que convivieron durante 17 años, entre el 17 de octubre de 1963 y el año 1980 (Fls. 32-39).

De otra parte, se tiene que la promotora del presente juicio en el correspondiente interrogatorio de parte admitió que la convivencia se extendió desde la fecha del matrimonio hasta el año 1980, data para la cual su hijo mayor tenía 14 años de edad, *Gloria* 13, *Jhon Edison* 7 y *Fabian* 5, aclarando que fue su cónyuge quien interrumpió la convivencia debido a que ella no consentía tener relaciones sexuales, además la golpeaba e incumplía sus obligaciones maritales, situaciones que jamás manifestó pero que pone de presente en el juicio; refiere que el



causante retiró sus efectos personales del hogar, ante lo cual se trasladó a la ciudad de Armenia, en donde fue capturada por abandono de hogar; que el demandante la hostigaba, sin que haya denunciado ante las autoridades dichos hechos, ni se lo comento a sus hijos.

Afirma que visitaba a sus hijos una vez al año en la casa de sus abuelos paternos, para luego afirmar que era en casa de sus hermanos que vivían en Pensilvania; agrega que tuvo otra relación y otro hijo, precisando que la persona que estuvo pendiente del causante su enfermedad fue la compañera que tenía para ese momento, señor *Esther Julia Ramírez de Vélez*, que jamás realizó ninguna acción tendiente a recuperar sus hijos porque si lo hacía el causante le exigía seguir como antes, que jamás visitó al causante, ni fue a su sepelio.

De otra parte, se evacuó el interrogatorio de parte de la señora *Esther Julia Ramírez de Vélez*, quien indica que no conoció a la demandante y solo le consta que era la madre de los hijos del causante y que estuvieron casados; señala que fue ella quien acompañó al causante durante su enfermedad y asumió los gastos del sepelio, en tanto convivían desde el mes de junio de 1995.

Al margen de ello, fue evacuado el testimonio de *Fabián Albeiro Toro Franco*, hijo de la demandante, quien indicó que sus padres convivieron de 1963 a 1980, pero no conoce los motivos de la separación, pues él tenía 6 años para entonces; que se quedó con su padre y veía a su madre 2 o 3 veces al año en Pensilvania en la casa de su tía; que en las visitas no recuerda un trato cariñoso sino conversaciones cortas, hasta que cumplió 14 años y las visitas se redujeron, aclarando que fue hasta hace poco que su madre les contó porque se fue de la casa y que había estado detenida.

Precisa que luego de que su madre se fue, vivieron en pobreza con su padre y fueron días muy difíciles pues su madre siempre le hizo falta, su padre era tomador y aunque intentaba ser responsable no era suficiente para sostener a 4 hijos, no obstante los trataba bien y procuró brindarles buena educación; señala que en una ocasión su madre le dijo que se fuera con ella para Bogotá pero él le dijo no porque quería a su padre, frente a lo cual él les dijo que su madre los había



abandonado por otra persona. Finalmente afirma que su padre murió de un cáncer en Pensilvania – Caldas, época para la cual vivía con *Esther Julia Ramírez*, quien refiere fue pareja de su padre y vivió 19 años con ella e incluso estuvo presente el día que el realizó la declaración extrajuicio.

De otra parte, fue escuchada la declaración de *Gloria Stella Toro Franco*, hija de la demandante, quien afirma que se enteró del proceso porque su madre los reunió en Pensilvania y les contó que iba a reclamar la pensión; que ella se dio cuenta que la vida de su madre fue dura cuando se dio cuenta que estuvo detenida por unas cartas que tenían el sello de la cárcel, le preguntó a su padre y este le indicó que fue por abandono del hogar, y que los motivos de la separación los vino a conocer cuando su madre empezó a hablar de la pensión, cuando le comentó de los maltratos; que ella nunca los vio discutir.

Corroboró que la convivencia operó entre los años 1963 a 1980 y posteriormente se reunían en casa de su abuela o su tía. Precisa que con sus padres vivió en Manizales hasta el momento de la separación, cuando se fueron a vivir con su padre a Pensilvania y su madre se fue a Bogotá; que el primer contacto con su madre fue a través de las cartas, recuerda que en la primera su madre les decía que los quería mucho y que ella como mujer debía cuidarse y cuidar a sus hermanos, posteriormente la observó en la casa de su abuela, recuerda que las visitas eran una vez al año. Precisa que siempre vivieron con muchas carencias, que su padre asumía los gastos del hogar, pero si tomaba mucho. Igualmente, da cuenta de que los últimos años de vida de su padre vivió con la señora *Esther Julia*.

Igualmente, rindió testimonio *John Edison Toro Franco*, quien aduce que supo del proceso porque su madre les comentó que iba a reclamar la pensión; relata que sus padres convivieron por espacio de 17 o 18 años hasta 1980, según le dijo su madre hace 2 o 3 años, que para esa fecha vivían en Manizales y luego de la separación se fueron para Pensilvania, pero no sabe para donde se fue su madre, pero luego se enteró que estaba en Bogotá, pero no volvió a ver a su madre hasta 4 o 5 años después y fue un encuentro muy emocionante, durante una visita que duró una tarde en la casa de su abuela, luego dice que su madre volvió a los 3 o 4 años y después ya se vieron en Bogotá, que su padre inició la convivencia con



Esther cuando ellos terminaron el bachillerato y cuando comenzaron a convivir ya el testigo se encontraba en Bogotá, pero sabe que convivieron entre 1993 y 2014, siendo la persona encargada del cuidado de su padre. Al igual que sus hermanos, aduce que se enteró de las razones de la separación hace poco cuando su madre les contó con ocasión del proceso, que actualmente el testigo vive en la casa que les dejó su padre pero que esta aun aparece a nombre de su padre y su madre les manifestó que no tenía interés en quedarse con la casa.

A su turno, *Omar de Jesús Toro Franco* aduce que sus padres convivieron 13 o 14 años juntos; que tenía 12 años cuando se separaron, narrando que su madre se fue el 28 de diciembre de 1977 en horas de la tarde; recuerda que pidió permiso a su madre para salir a jugar fútbol, y cuando regresó a la casa en horas de la tarde su madre ya no estaba y luego su padre arribó y al percatarse que no estaba la ropa les dijo que su madre se había ido de la casa, fue entonces cuando se fueron para Pensilvania y volvió a ver a su madre unos dos años después en la casa de su abuela; narra que la vida con su padre fue muy difícil por las limitaciones económicas, no obstante su padre siempre les dio amor y les brindó la alimentación.

Refiere que su madre los reunió para comentarles lo de la pensión; que su padre antes de morir le señaló que su compañera permanente debía acceder a la pensión y sus hijos se quedaran con la casa, para lo cual dejó asentada la convivencia en una declaración extrajuicio en la que indicó que convivió 20 años con *Esther* y precisó lo del abandono del hogar; que en la reunión que hizo su madre le expuso que no le parecía justo lo de la pensión y le pareció extraño que después de tantos años se vinieran a conocer situaciones de las cuales él era totalmente ajeno, por lo cual él les contó a sus hermanos como fueron las cosas realmente, porque él tenía 12 años y lo recuerda perfectamente, dado que él era el mayor y el más consciente de las cosas, manifestando que recuerda la imagen de él acostado con sus 4 hermanos en una cama llorando, cuando su padre les dijo que su madre se había ido y ya la vida continuó con su padre al frente; que no sabía a donde se fue su madre, pero si recuerda que ella se fue con el cuñado de su padre, que el referido señor frecuentaba la casa de ellos cuando su padre no estaba, luego su padre le dijo que su madre se había ido con el esposo de la tía *Margarita*, lo cual



intuía por expresiones amorosas que ellos se expresaban cuando se encontraban en la casa.

Que después de la audiencia fue que conoció la versión de los maltratos que su madre les había contado en una reunión, no obstante indica que durante los 12 años de convivencia con sus padre, no recuerda eventos de maltrato ni que tuviera comportamientos agresivos; que nunca recibió cartas de su madre ni regalos de navidad, y además cree haber escuchado algo sobre un acuerdo entre su madre y hermanos para compartir la pensión y destaca que la persona a cargo de su padre durante los últimos 5 años fue la señora *Esther Ramírez*.

Finalmente, en la declaración del señor *Juan Carlos Mozo Cortés*, relata que conoció al causante en 1991, pues era compañero de estudio de *Gloria Stella Toro* y después supo de la relación que el causante tuvo con la señora *Esther Ramírez* más o menos entre los años 1992 o 1993, fueron novios por espacio de 2 o 3 años y luego formalizaron la relación a finales de 1993 o principios de 1994, cuando se fueron a vivir juntos hasta la fecha de deceso del causante, quien falleció de cáncer; que era cierto que el finado tomaba mucho alcohol y un día le contó que era por el fracaso de su matrimonio, porque su esposa lo había abandonado con sus hijos.

Al margen de lo anterior, reposa en el plenario una declaración extra proceso del causante, en la que indica que contrajo nupcias con la demandante, tuvieron 4 hijos pero ella abandonó el hogar, cuando sus hijos eran muy pequeños y él tuvo que asumir las labores de padre y madre, velando por el bienestar de cada uno de sus hijos; que su compañera es la señora *Esther Julia Ramírez de Vélez*, quien depende de él y es con quien ha convivido los últimos 20 años, siendo quien ha velado durante su enfermedad (Fl 123).

En el mismo sentir reposan las declaraciones extra proceso de *José Alcides Carvajal Tabora*, *Yuly Patricia Vélez Ramírez* y *Rosalba Salazar Jaramillo*, quienes dan fe de que el causante convivió con la señora *Esther Julia Ramírez* desde junio de 1995 hasta mayo del 2014 (Fls 125 - 126).

Dimana de lo enunciado con plena nitidez, que el causante contrajo nupcias el 4 de agosto de 1963 con la hoy demandante, procrearon 4 hijos y convivieron por lo menos hasta 1980, anualidad en la cual se dio una separación de hecho, cuyas circunstancias serán abordadas más adelante, momento a partir del cual se rompió cualquier tipo de relación entre los mismos.

Asimismo, se tiene que por lo menos desde el año 1995 y hasta la data del deceso, convivió con la señora *Esther Julia Ramírez*, con quien mantuvo una relación sentimental y fue la encargada de brindarle todo el apoyo mutuo, colaboración y sostenimiento propios de un hogar, al punto que fue la persona que se dedicó a brindarle todos los cuidados requeridos por su enfermedad.

En lo que respecta a la hoy demandante, es patente que esta acredita como cónyuge del causante, haber convivido por un lapso superior a los 5 años, por lo que en principio tendría derecho a compartir el derecho pensional con la señora *Esther Julia Ramírez*.

No obstante lo anterior, para la Sala es necesario recordar que el mentado criterio jurisprudencial surge como un derecho consolidado para aquella persona que durante una época conformó un proyecto de vida con el causante, e inclusive brindó el apoyo y compañía requería para que el trabajador consolidara su derecho pensional; pero adicionalmente, que pese a su separación mantuvo el vínculo matrimonial persistiendo entre estos una asistencia económica, en tal sentir recordamos que en la sentencia SL-1869 del 2020, se precisó que la piedra angular de dicho criterio se fundaba en el principio de solidaridad que se predica de *“quien acompañó al pensionado o afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial”*.

En tal medida, al volver la mirada sobre las particularidades del caso que hoy nos convoca, evidencia la Sala que la hoy demandante en el año de 1980, dejó a su cónyuge e hijos, para entonces todos menores de edad, al punto que tuvo que purgar seis (6) meses de prisión por el abandono del hogar. Destacando que aún cuando en el presente juicio adujo que tal decisión fue producto de serias situaciones de maltrato y violencia intrafamiliar, refiriendo incluso que fue su



cónyuge quien la sacó del hogar; lo cierto es que dicho argumento se encuentra desprovisto de cualquier tipo de elemento probatorio que de cuenta de ello, por cuanto aun cuando sus hijos *Gloria y Fabian* trataron de confirmar su relato, precisaron que dicha aseveración la conocieron con sujeción a la presente litis y por comentario de su progenitora, en la medida en que ninguno de ellos recuerda haber presenciado durante la convivencia de sus padres tales situaciones.

Sobre este punto, es menester de la Sala precisar que contrario lo referido en la alzada, el interrogatorio en sí mismo, no es una prueba válida para acreditar el maltrato hoy alegado, por cuanto el mismo tiene por objeto obtener la confesión del deponente y por ende gozan de validez aquellas declaraciones que vayan en contra de los propios intereses del libelista, de suerte que aquellas afirmaciones que le favorezcan no logran formar el convencimiento y por tanto deberán encontrar sustento probatorio en otras probanzas, que en modo alguno pueden ser declaraciones de testigos de oídas cuyo dicho reposa, en las propias manifestaciones de la parte. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, indicó en sentencia SL-16572 del 2016:

“Y en lo que respecta al interrogatorio de parte que rindió el promotor del proceso (fls. 73 a 75), cualquier aseveración que lo favorezca se tiene como una simple manifestación de parte que requiere ser confirmada con otro medio de convicción, toda vez que para que exista confesión se requiere que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan pero a la parte contraria (art. 195 del C.P.C. hoy 191 del C.G.P.), lo que no acontece en este asunto en relación con las súplicas atinentes a las indemnizaciones moratorias.”

No obstante, lo que si llama la atención de la Sala es que es que su hijo mayor *Omar Toro Franco*, quien para la data de la separación tenía 12 años de edad, si recordaba con lucidez el día en que su madre los dejó, expresando con una clara espontaneidad y libre de cualquier tipo de interés, más allá de dar cuenta de la verdad de los hechos que tuvieron lugar en su hogar, que ese día su madre se fue en horas de la tarde mientras su padre trabajaba y le había dado permiso a él para jugar fútbol, de suerte que cuando volvió a su casa su progenitora no estaba y pese a que su padre la buscó jamás la encontró; abandonándolos a él, a sus hermanos y padre, quien fue el que debió asumir el cuidado de todos, encargándose solo, de su manutención y cuidado.



De hecho, es conteste el deponente con el relato de sus hermanos, al referir que vivieron en situaciones económicas muy difíciles y que solo vieron a su madre de forma esporádica una o dos veces al año en la casa de su tía o abuela. Igualmente, anunció que su madre abandonó el hogar porque se fue con un cuñado de su padre, situación que recuerda porque cuando su padre no estaba en casa, su madre se veía con el susodicho en el hogar y tiene presente que escuchó por parte de estos, manifestaciones de tipo afectivo.

Derroteros que analizados con sujeción a las reglas de la sana crítica y la experiencia, nos conducen a corroborar que en el *sub-lite*, la separación de los cónyuges no solo no cesó con ocasión de la alegada violencia intrafamiliar hacia la demandante, sino que lo fue con ocasión del abandono del hogar que se predicó de parte de la libelista. Quien por demás, en modo alguno se puede decir que haya brindado un apoyo al causante para que este pudiera consolidar el derecho pensional hoy reclamado, pues por el contrario abandonó las obligaciones económicas y labores del hogar que incumbían a ambos progenitores respecto de los menores procreados en el seno del hogar, luego no se puede estimar que continuara ningún tipo de apoyo económico o siquiera apoyo propio entre quienes por lo menos tienen en común la crianza y educación de los hijos a su cargo, pues es evidente su desentendimiento respecto a sus hijos y cónyuge.

Es así, como aun cuando el vínculo matrimonial siguió vigente, la demandante se relevó de todas sus obligaciones como cónyuge y madre, recargando en el causante todas las obligaciones del hogar, al punto que ni siquiera lo visitó durante su enfermedad, ni estuvo presente en sus exequias o intentó siquiera brindarle una mínima colaboración en lo atinente a la mantención y cuidado de los menores.

Argumentos, por los cuales, estima la Sala que no se puede aplicar en autos el criterio jurisprudencial imperante por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, respecto del derecho pensional que se predica frente a la cónyuge con vínculo matrimonial vigente, por tanto, no se cumple con los presupuestos jurídicos que



por mandato del principio de solidaridad, llevaron al máximo órgano de cierre de esta jurisdicción a adoptar esta tesis.

En esta medida, será confirmada en su integridad la decisión adoptada en primera instancia, mediante la cual se absolvió a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN

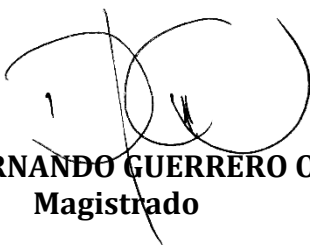
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

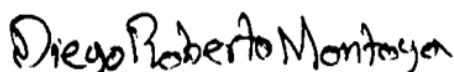
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de febrero del 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 39 2017 00345 01
Demandante: MARTHA CONSUELO HUÉRFANO ARENAS
Demandado: JHON CHARLES CASTAÑEDA BALBUENA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por las partes, demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Consuelo Huérfano Arenas*, formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo con el señor *Jhon Charles Castañeda Balbuena* entre el 15 de enero de 2005 hasta el 1º de junio de 2016; en consecuencia se lo condene al pago de salarios durante los años 2011 a 2016, compensación de vacaciones, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, la dotación y vestido de labor, pago de caja de compensación familiar, horas extras y el 3% de la venta bruta mensual por concepto de comisiones.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que laboró para el accionado, propietario del establecimiento de comercio denominado *JOCBAL Fotografía*, desde el 15 de enero de 2005 hasta el 1º de junio de 2016, desempeñándose como vendedora, pactando una remuneración mensual de \$381.500 y un porcentaje de comisión del 3% sobre la venta bruta mensual sin IVA.



Que el contrato de trabajo se suscribió a término fijo, el cual se dio por terminado de manera injustificada, dejando de solucionar las acreencias laborales adeudadas; finalmente, que de manera verbal ha solicitado el pago de las sumas insolutas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El accionado operó la *litis contestatio* señalando que la demandante era copropietaria del establecimiento de comercio, al fungir como su compañera permanente, lo cual se corrobora con la sentencia del 9 de junio de 2016 proferida por el Juzgado Veintiocho de Familia del Circuito de Bogotá, de igual manera con la sentencia del 30 de agosto de 2017 del mismo despacho, en el cual se liquidó la sociedad patrimonial y la accionante cedió los derechos del establecimiento de comercio al demandado.

Que se firmó un contrato para efectos contables y tributarios, siendo la accionante la encargada de afiliaciones y nómina, por lo que no puede alegar su propia culpa; que no es cierto que se haya pactado el pago de comisiones; que si bien el 15 de abril de 2005 se suscribió el contrato de trabajo, el 15 de diciembre de 2007 se firmó un nuevo contrato, para desempeñar el cargo de secretaria, los cuales se firmaron como un medio de control contable dentro del negocio familiar.

Que fue la accionante quien no volvió a trabajar en el establecimiento de comercio, toda vez que el mismo funcionaba en la residencia de la pareja, y ante las agresiones de la demandante decidió trasladarse a otra locación.

Que frente al pago de prestaciones, la accionante tomó el dinero proveniente de la factura No. 0193 por valor de \$1.463.000, lo cual se había consignado el 22 de diciembre de 2015, siendo dicho valor el que le correspondería por la liquidación.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, excepción de buena fe, temeridad o mala fe, fraude procesal, compensación y las genéricas determinadas en el artículo 282 del C.G.P.



II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 10 de febrero de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 15 de enero de 2005 y el 15 de diciembre de 2015; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó al accionado al pago de \$6.480.211 por concepto de prestaciones sociales y vacaciones; los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones entre enero de 2005 y diciembre de 2010, desde septiembre de 2014 hasta diciembre de 2014 y agosto de 2015; sumas que ordenó solucionar de manera indexada, absolviendo de las restantes pretensiones.

Para tal efecto refirió que de las documentales aportadas al plenario, se acreditó que el accionante es propietario del establecimiento de comercio denominado *JOCBAL Fotografía*, toda vez que sí lo reza el certificado de Cámara de Comercio, aunado a ello que, en el proceso de liquidación de la sociedad patrimonial, el demandado solicitó excluirlo por cuanto lo constituyó con anterioridad a la sociedad conyugal de hecho, lo cual desvirtúa que la accionante haya fungido como copropietaria.

De otra parte, que al plenario se aportaron los contratos de trabajo que dan cuenta de la relación laboral, se allegaron pagos de quincenas, aportes al Sistema de Seguridad Social y prestaciones sociales, según liquidación de diciembre de 2015.

Finalmente, que el accionado confesó la existencia del contrato de trabajo en calidad de secretaria, devengando un salario mínimo legal mensual vigente. Por su parte, la accionante confesó el pago de la quincena de junio de 2015 y la prima de servicios de dicha anualidad, y los testigos, también dieron cuenta de la existencia del contrato de trabajo.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que la demanda se radicó el 15 de junio de 2017, prescribieron los derechos que se exigieron con anterioridad al 15 de junio de 2014, con excepción de vacaciones y auxilio de cesantías; consideró que por activa no se acreditó que haya devengado comisiones ni que haya laborado en tiempo suplementario; respecto de los salarios a folios 128 y 129



reportan constancia de las quincenas de julio y diciembre de 2015, y no dejó sentado que se adeudaran salarios, incurriendo además en contradicciones la actora en el interrogatorio de parte frente a lo adeudado, absolviendo de dicha pretensión; que resulta procedente al pago de cesantías de 2005 a 2015, intereses a las cesantías de 2014 a 2015, prima de servicios de 2014 y 2015, vacaciones de 2012 a 2015, frente a lo cual dispuso la compensación del pago verificado en la liquidación definitiva así como la prima de junio de 2015.

Absolvió del pago de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, al estimar que el empleador no obró de mala fe, por cuanto los testigos manifestaron que era la misma demandante quien hacía las consignaciones del auxilio de cesantía, por lo cual no puede beneficiarse de su propia incuria.

Finalmente, de manera *ultra y extra petita* ordenó el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social, por cuanto no se acreditó que los haya solucionado durante la totalidad de la vigencia del contrato de trabajo.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* por activa se interpone recurso de apelación señalando que los intereses a las cesantías se hacen exigibles a la terminación del contrato de trabajo, por ende, discrepa de la prescripción; por otra parte (ii) que los recibos de pago aportados al plenario no correspondían a acreencias laborales.

Por pasiva se aduce que no se tuvo en cuenta las pruebas aportadas, tales como los pagos de libros contables y comprobantes de diarios escritos; además no se decretó ni se ordenó a la demandante que aportara los documentos que estaban en su poder, por lo cual existen pagos al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones que si se solucionaron.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala determinará si se debe modificar la condena por concepto de intereses a las cesantías; de igual manera si no debe declararse probado el pago de acreencias laborales y si el empleador, como se aduce por pasiva, solucionó lo adeudado, así como los aportes al Sistema General de Seguridad Social.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

Inicialmente debe referirse que no es objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo con vigencia entre el 15 de enero de 2005 y el 15 de diciembre de 2015.

Ahora bien, como primer punto de apelación refiere la parte demandante que los intereses a las cesantías no se vieron afectados por el fenómeno prescriptivo, ello por cuanto se hicieron exigibles a la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. prevé:

“Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual. (Negritas fuera del texto)

Ahora bien, sobre el particular se debe referir que a diferencia de lo alegado por la recurrente, los intereses a las cesantías se hacen exigibles el 31 de enero de cada anualidad, motivo por el cual, tal como lo determinó la *a-quo*, al haberse presentado la demanda el 15 de junio de 2017 (Fl. 12), se encuentran prescritos los causados con anterioridad al 15 de junio de 2014.



Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con Radicación No. 35640, del 21 de febrero de 2012, señaló:

“En cuanto a la diferencia por concepto de los intereses al auxilio de las cesantías, [...], debe señalarse que la exigibilidad de los mismos corresponde al 31 de enero de cada año, en cuanto es en esa fecha en que debe realizarse el pago directamente al trabajador. Así las cosas, se declarará probada la excepción de prescripción por dicho concepto”.

En ese orden de ideas, transcurrieron más de tres años (3) desde que se hicieron exigibles los intereses las cesantías del 15 enero de 2005 al 14 de junio de 2014, al haberse presentado la demanda el 15 de junio de 2017, y haberse notificado la misma el 5 de febrero de 2018 (Fl. 20), motivo por el cual se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

En segundo lugar, se aduce por activa que las documentales en virtud de las cuales la *a-quo* imputo pagos a las acreencias laborales adeudadas, se referían a otros conceptos.

De la revisión del plenario se tiene que le asistió razón a la *a-quo* al descontar lo solucionado por concepto de prima de servicios de junio año 2015, pues a folio 128 se aportó la documental suscrita por la demandante, en la cual refiere el pago de la prima de junio de 2015, la cual no fue redargüida de falsa, y *a contrario sensu* de lo señalado por la accionante, consagra de manera expresa el concepto laboral que se solucionó.

Igual situación se predica de la liquidación definitiva de prestaciones sociales visible a folio 125, pues la misma detalla los conceptos laborales solucionados, esto es, cesantía, prima, vacaciones e intereses, en un total de \$1.443.579, adjuntándose además a filio 126, la consignación en el banco Davivienda por valor de \$1.464.000, así como el recibo de factura de venta a folio 127, con el cual se hizo cruce de cuentas, en la cual si bien se denota que el pago se causó por conceptos propios del negocio explotado, en la misma factura se incluyó la leyenda: “Cancelado a cta. Davivienda para cancelar prestaciones del año 2015 a



Sra. Martha Consuelo Huérfano”, documentales que tampoco fueron desconocidas ni tachadas de falsas.

De tal manera, que no es dable revocar la decisión de primer grado con base en los puntos de censura elevados por la parte demandante.

Por otra parte, el accionado señala que no se valoraron los pagos consignados en libros contables y en los comprobantes de diarios. Sobre el particular, basta con señalar que a folios 101 a 124 se aportaron diversas documentales denominadas *“Comprobante de Diario”*, no obstante, las mismas no contienen la rúbrica de la demandante como aceptación de pagos, aunado a ello que en manera alguna detallan conceptos laborales, por cuanto se refieren a aspectos como *“caja bancos”*, *“exp. proveedores”*, *“gastos generales”*, *“obligaciones financieras”*, *“IVA”*; de otra parte, en los libros contables, tampoco milita la firma de la demandante y solo se incluye lo atinente al pago de quincenas, respecto de las cuales no se emitió condena en primera instancia.

Adicionalmente, a contrario de lo referido por el recurrente, no era carga probatoria de la accionante aportar los documentos que den cuenta de los pagos que aduce verificó el empleador en vigencia de la relación laboral, más aún cuando el artículo 167 del C.G.P., aplicable al *sub-examine*, establece que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Finalmente, frente a los pagos de aportes al Sistema General de Seguridad Social, no es dable tener en cuenta las documentales que solo se aportan con los alegatos de conclusión, al ser abiertamente extemporáneas, más aún cuando será el Fondo de Pensiones quien establecerá si existen pagos adicionales a los acreditados en el plenario, ello en tanto existe prohibición legal de beneficiarse de aportes solucionados doblemente por el mismo período.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.



DECISIÓN:

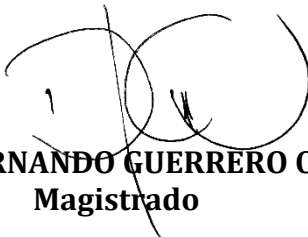
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

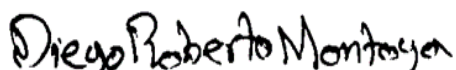
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 06 2014 00153 02
Demandante: LINO HORACIO SÁNCHEZ TORRES
Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Lino Horacio Sánchez Torres*, formuló demanda en contra de la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez*, con la finalidad que se declare sin efecto el dictamen emitido por la encartada de fecha 18 de julio de 2012, en lo que respecta a la fecha de estructuración y origen de la pérdida de capacidad laboral.

Que en tal sentido, se establezca de manera definitiva que la fecha de estructuración de la invalidez es la de la ocurrencia del accidente de trabajo sucedido el 7 de diciembre de 2009 y por consiguiente, que la pérdida de capacidad laboral es de origen común.

1.1 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que se vinculó a laborar al servicio de TYS Temporales y Sistemporal Ltda. mediante contrato de trabajo escrito a término fijo de un año, iniciando labores en el mes de octubre de 2009 a efectos de desempeñar el cargo de Operario de Mantenimiento.

Que TYS Temporales y Sistemporal Ltda., celebró contrato de suministro de personal con Antardico S.A., de ahí que haya sido enviado a dicha empresa como trabajador en misión, desempeñando funciones tales como mantenimiento de electricidad, plomería del inmueble, de maquinaria, actividades locativas del inmueble, comprar repuestos o



elementos de mantenimiento del inmueble, entre otras, recibiendo órdenes del jefe inmediato de Antardico S.A, cumpliendo horario de lunes a viernes y recibiendo como retribución de su servicio un salario mínimo.

Destacó que el 7 de diciembre de 2009, sufrió un accidente de trabajo al caer al vacío debido a la ruptura de una teja, en una altura de ocho metros cuando arreglaba las tejas de la bodega de producción de alimentos de Antardico S.A, el cual sucedió en horario de trabajo y en razón de que no se le dotó con los elementos necesarios de protección.

Que con ocasión del accidente, sufrió un trauma de columna vertebral, por lo que se le otorgaron varias incapacidades, reintegrándose a laborar en el mes de marzo de 2010, siendo enviado nuevamente a Antardico S.A, siendo reubicado en el cargo de portero, permaneciendo el mayor tiempo sentado, ello pese a que tras el accidente no le era factible caminar, correr, agacharse, levantar objetos ni desarrollar actividades que normalmente podía hacer.

Sostuvo que en el mes de octubre de 2010 finalizó su relación laboral, siendo calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, la que a través de dictamen No. 7957054 del 20 de mayo de 2011 calificó el origen de la pérdida de capacidad como común, sin que se estableciera la fecha de estructuración, el cual fue objeto de recurso de reposición y en subsidio de apelación por parte de la ARL Colpatria.

En virtud de lo anterior, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en dictamen emitido el 18 de julio de 2012, de manera expresa expone que confirma en todos los términos el contenido del dictamen que emitiera la Junta Regional de Calificación de Invalidez ya referido, estableciendo además una pérdida de capacidad laboral del 67.75%, con fecha de estructuración el 21 de agosto de 2012 y de rigen de común, con fecha de estructuración posterior a la que ya había proferido la Junta Regional.

Refirió que, en razón de su pérdida de capacidad laboral, no pudo volverse a vincular laboralmente, presentando movimientos anormales en hemicuerpo izquierdo, disimetría marcada y temblor distal, desde el año 2010 se le diagnosticó la pérdida del volumen del cerebro mayor para la edad, ha presentado cambios degenerativos discales L1-L2 y L5-S1, entre otras patologías.

Por último, expuso que las diversas patologías presentadas son como consecuencia del accidente de trabajo, pero a pesar de ello la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no tuvo en cuenta dichos factores para proferir el dictamen.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



La *Junta Nacional de calificación de Invalidez*, contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que como junta de cierres y respecto del demandante, se emitieron dos dictámenes el 18 de julio de 2020, ambos debidamente notificados al paciente.

Que el primero es el Dictamen No. 79570549 donde se asignó una pérdida de capacidad laboral del 67.75% por el diagnóstico de “VÉRTIGO DE ORIGEN CENTRAL”, enfermedad de origen común, calificación efectuada en pro a las garantías fundamentales del paciente, en razón a la gravedad de sus limitaciones generadas por la afección cerebral.

El segundo fue el Dictamen No. 7975054, en el que se calificó “TRAUMATISMOS SUPERFICIALES”, “CONTUSIÓN DEL HOMBRO Y CODO”, como accidente de trabajo y sin pérdida de capacidad laboral.

Expuso que el demandante no logra individualizar cuál de las decisiones pretende atacar; contrario a ello, contraviniendo la mínima razonabilidad de los actos decisorios, pretende un híbrido de dos decisiones que son excluyentes entre sí.

Formuló las excepciones de legalidad de la calificación dada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del *petitum*: Inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, legalidad de la calificación: fundamentación médica de la fecha de estructuración, falta de legitimación por pasiva de la Junta Nacional: improcedencia de las pretensiones – competencia del Juez laboral, buena fe, y genérica.

En el transcurrir del trámite procesal mediante proveído del 2 de junio de 2015, la falladora de instancia mediante proveído del 2 de junio de 2015 integró como litis consortes necesarios a la *Administradora de Riesgos Laborales ARL Colpatria* y a la *Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A.*

En tal sentido, la *Administradora de Riesgos Laborales ARL Colpatria* se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por lo que manifestó que el Dictamen No. 79570549 de julio 18 de 2012 fue emitido dentro del trámite legal de calificación por parte de la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez*, aunado a que no existe dentro de la demanda ningún hecho que demuestre que el Dictamen sea inválido, como tampoco existen fundamentos de hecho o de derecho que permitan controvertir tal dictamen y mucho menos la idoneidad de los integrantes de la Sala que lo calificó, no se plantean razones o fundamentos médico – científicos para determinar que existan presuntos “*errores graves*”, y no existe relación de causalidad entre el accidente de trabajo y el diagnóstico denominado “VÉRTIGO DE ORIGEN CENTRAL”.



Propuso las excepciones de plena validez y eficacia de Dictamen No. 79570549 que calificó como de origen común el diagnóstico del demandante – inexistencia de cuestionamiento técnico atribuible al dictamen demandado, presunción legal de origen común de la enfermedad presentada por el demandante, inexistencia de la relación de causalidad para ser calificada como de origen laboral la patología reclamada por el demandante, calificación válida y eficaz de origen común del diagnóstico vértigo de origen central y de la atrofia cerebral, prescripción de las prestaciones del sistema general de riesgos laborales, sujeción a los requisitos existentes en el sistema general de riesgos laborales para el reconocimiento de una eventual prestación económica derivada del accidente laboral a cargo de Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. (A.R.L.), buena fe, y genérica.

La *Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.*, adujo que el actor data del periodo comprendido entre el 1 de marzo de 1999 y el 30 de noviembre de 2000, fecha última en la cual se trasladó a la ING hoy AFP Protección, razón por la cual desconoce sobre hechos y circunstancias que se han presentado con posterioridad al traslado efectuado. Además, llamo en garantía a la Compañía *Mapfre Seguros de Vida S.A.*

Mapfre Seguros de Vida S.A., contestó el llamamiento en garantía exponiendo que el actor no se encuentra vinculado a la *AFP Porvenir S.A.*, pues su vinculación ante esta última lo fue entre el 1 de marzo de 1999 y el 30 de noviembre de 2000, tal y como se observa de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Propuso excepciones de falta de legitimación por pasiva de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, y consecuentemente de su llamado en garantía, prescripción, genérica y buena fe.

Protección S.A. mencionó que lo aquí discutido son situaciones en las que no intervino, de ahí que no tenga responsabilidad alguna. Llamó en garantía a *Seguros Bolívar S.A.*

Propuso las excepciones de inexistencia de causa *petendi* frente a *Protección S.A.*, cobro de lo no debido, pago y compensación, buena fe, prescripción, e innominada o genérica.

Colfondos S.A. adujo en su contestación que conforme a los parámetros establecidos en la Ley 1562 de 2012, el demandante sufrió una discapacidad que sobrevino por causa de un accidente de trabajo, por lo que es imperativo que se modifique el origen y la fecha de estructuración del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.



Excepcionó las denominadas inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, falta de título y de causa en el actor, buena fe, imposibilidad material de reconocer la pensión solicitada, innominada o genérica, y obligación a cargo exclusivamente de un tercero.

Seguros Bolívar S.A., como llamada en garantía de *Protección S.A.*, indicó que no fue parte dentro del proceso de calificación del demandante, ni conoció de forma previo el referido dictamen, no obstante, es evidente la existencia de un error en el mencionado dictamen que le impide generar efecto alguno, toda vez que se fijó como fecha de estructuración de invalidez una fecha posterior a la calenda de la calificación.

Propuso las excepciones de imposibilidad del dictamen 79570549 de julio 18 de 2012, origen laboral de la invalidez del actor, inexistencia de cobertura de la póliza previsional.

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., frente al llamamiento formulado por *Colfondos S.A.*, resaltó no constarle las situaciones alegadas por el demandante. Propuso las excepciones de inexistencia de obligación de *Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.* frente a *Colfondos S.A.*, inexistencia de los requisitos para obtener pensión de invalidez frente a *Colfondos S.A.*, límite de pago en el seguro previsional de invalidez y sobrevivientes, prescripción de la acción laboral, inexistencia de intereses moratorios y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de febrero de 2020, absolvió a las encartadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, refirió que mediante dictamen del 18 de julio de 2012 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, determinó el origen como común respecto del diagnóstico de Atrofia Cerebral, con fecha de estructuración el día 21 de agosto de 2012, y una pérdida de capacidad laboral total del 67.75%, incluida la deficiencia del 35% que se sustenta en el diagnóstico Vértigo de Origen Central, y con anterioridad la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, mediante Dictamen No. 795705 49 del día 20 de mayo de 2011, determinó un diagnóstico denominado Atrofia Cerebelosa de Origen no Traumático.

Que con la finalidad de dirimir el conflicto y conforme lo normado en el artículo 234 del C.G.P., como operadora judicial decretó la prueba peticionada por la parte demandante atinente a un nuevo dictamen pericial, a efectos de determinar la fecha de



estructuración y el origen del diagnóstico, de ahí que se hubiera emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el Dictamen No. 117909 del día 17 de octubre de 2019, a través del cual se determinó una deficiencia en un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 35%, estructurada el día 18 de julio de 2012 como enfermedad común, último que guarda congruencia con los dictámenes emitidos por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el día 18 de julio de 2012, y por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del día 20 de mayo de 2011.

En tal sentido, y como quiera que el Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 17 de octubre de 2019, se fundamentó en imágenes de diagnósticas y en los antecedentes médicos aportados por el accionante, de ahí que fuera palmario que la Atrofia Cerebelosa por pérdida del volumen del cerebro mayor, claramente es de origen no traumático, decisión que coincide con la opinión médica que emitió Seguros de Vida Colpatria el día 12 de febrero de 2009 y 2 de enero de 2010, junto con los resultados de resonancia magnética del día 21 de mayo de 2012, además que el referido dictamen de 2019 se emitió bajo los parámetros del artículo 234 del C.G.P.; circunstancia por la cual, no existe dentro del plenario antecedente alguno que permita revocar la decisión del Dictamen emanado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Refirió que los Dictámenes referidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez eran de origen laboral, y posteriormente la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como órgano de cierre se pronunció en su análisis de conclusiones que las patologías o los diagnósticos establecidos tienen motivaciones de un accidente de trabajo, por lo que el dictamen emitido en el transcurrir del trámite procesal emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca no tiene coherencia con el diagnóstico que ellos inicialmente habían indicado en el año 2011, cambiando de manera radical el estado de salud que padece, por lo que es procedente la prosperidad de las pretensiones incoadas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema jurídico:

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado, la Sala estudiará si en el presente asunto, es dable declarar la ineficacia del dictamen No. 79570549 del 18 de julio de 2012, proferido por la Junta Nacional de Calificación; en consecuencia, determinar si el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral que allí se le determinó es objeto de aumento, así como que la patología determinada sea de origen laboral.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, emitió el Dictamen No. 79570549 del 20 de mayo de 2011, mediante el cual le dictaminó al demandante “Atrofia Cerebelosa de Origen no Traumático”, sin porcentaje de pérdida de capacidad laboral, determinándola como de origen laboral (Fls. 100 a 102).

Tampoco el hecho que, como consecuencia de dicha decisión, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a través de Dictamen No. 79570549 del 18 de julio de 2012, le determinó al actor una pérdida de capacidad laboral del 67.75%, siendo su patología de origen común, en la que además se estableció una deficiencia del 35% (Fls. 120 a 123).

Expuesto lo anterior, debe decirse que respecto a la pérdida de la capacidad laboral, el Decreto 2463 de 2001, estableció en su artículo 6°, que la calificación del origen del accidente, enfermedad o muerte debe ser realizada por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos profesionales en segunda, y que si se presentan discrepancias por el origen, éstas deben ser resueltas por la Junta Regional y, en caso de apelación por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Así mismo, se indica en el artículo 11, que los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y las controversias que surjan con ocasión de éstos, pueden ser sometidas a un control ante la jurisdicción ordinaria laboral, que abarca tanto el origen de la enfermedad o accidente como del grado de pérdida de la capacidad laboral.

Igualmente, en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, se estableció:

“(…) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez



y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciera sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales...”

Adicionalmente, no sobra advertir que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, el dictamen debe contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado de desempeñar su trabajo por la pérdida de la capacidad laboral, además de contener detalladamente los fundamentos de derecho y de hecho que dan lugar al resultado.

Por ello, el Decreto 2463 de 2001, especialmente en su artículo 9º, determina que las calificaciones del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral se deben fundamentar en las historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos, fruto de una calificación integral, para establecer la deficiencia, discapacidad y minusvalía, de acuerdo con todas las afectaciones de la persona y en el caso que nos ocupa para la determinación del origen de las patologías.

En el caso concreto, es claro que para determinarse el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral del acto, la Junta Nacional de Calificación debía tener todas las anteriores; no obstante, teniendo en cuenta que el dictamen emitido no es la prueba exclusiva para determinar los factores de cualquier afectación o patología como así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral, en varias sentencias tales como sentencias con Radicación No. 24392 29 del 29 de junio 2005, reiterada en la de Radicación No. 25505 del 30 agosto 2005 y SL5622-2014, Radicación No. 52072, se deben estudiar todos los elementos probatorios con el fin de determinar cuales son las que forman el convencimiento suficiente para definir el problema jurídico planteado.

Así las cosas, debe advertirse que en el transcurrir del trámite procesal, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, emitió un nuevo dictamen respecto del actor, en una sala distinta al que emitiera en primera oportunidad, el cual se profirió el 17 de octubre de 2019 bajo el radicado No. 117909 (Fls. 690 a 694), en la que se determinó una deficiencia del 35%, igual a la determinada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como órgano de cierre, y con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 68%.

El tal sentido, como lo concluyó la operadora de primera instancia, el último dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el



día 17 de octubre de 2019, guarda congruencia con los dictámenes que emitiera la Junta Regional el 20 de mayo de 2011 y la Nacional el 18 de julio de julio de 2012, de ahí que no existe prueba que acredite que se haya incurrido en yerros por accionada.

Nótese que el Dictamen 117909 del 17 de octubre de 2019, en su acápite de análisis y conclusión refiere *“Se trata de paciente con historia de caída de altura interpretado como trauma superficial que afectó múltiples regiones del cuerpo, catalogado inicialmente como accidente de trabajo, posteriormente el paciente evoluciona con trastorno de marcha, mismo que no obedece a ningún patrón patológico conocido. En estudio de la situación se ordena diversas imágenes diagnósticas que señalan la existencia de discopatía lumbar crónica, atrofia cerebral, entre otros hallazgos”*.

Las diversas imágenes fueron la relacionada RM cerebral simple del día 21 de mayo de 2012, Resonancia magnética nuclear de columna lumbosacra del 7 de 1enero de 2010, Tac de columna cervical del día 7 de diciembre de 2009, Tac de cráneo del día 28 de enero de 2010, última que refirió:

“Lama la atención que (i) la ausencia de consistencia entre el comportamiento motriz del paciente y los hallazgos imagenológicos, (ii) la atrofia cerebelosa claramente es de origen no traumático, y los hallazgos degenerativos en columna lumbosacra son también de larga data y desvinculados de evento alguno, y (iii) múltiples valorativas de fisiatría señalan la incoherencia entre el trastorno de marcha manifiesto y el resultado de las imágenes”

El análisis efectuado en el último dictamen, que fuera solicitado en el transcurrir del trámite procesal por el mismo demandante, se acompasa con el concepto emitido por la Colpatria ARL el 12 de febrero de 2009 (Fl. 47), que mencionó

“MOTIVO DE REMISIÓN:

“Paciente con alteración a nivel parénquima cerebeloso no relacionado con trauma, que debe ser estudiado por Neurología o Neurocirugía de la EPS”

A su vez, la misma ARL expuso en el concepto del 28 de febrero de 2010 (Fl. 43), las mismas situaciones analizadas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en el Dictamen No. 117909 de 2019, sin pasar por alto que la Resonancia magnética del 21 de mayo de 2012 (Fl. 49), también expone las motivaciones relacionadas por la junta.

De lo anterior, se puede colegir que el Dictamen No. 79570549 del 18 de julio de 2012, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se ajusta a los parámetros legales, en tanto, atendiendo las probanzas obrantes al plenario, en concordancia con el Dictamen No. 117909 del 17 de octubre de 2019, es evidente que la patología



denominada “Atrofia Cerebelosa de Origen no Traumático”, fue de origen común y no laboral como lo pretende el demandante, pues como se demostró tanto del análisis efectuado en el dictamen de 2019, como de lo expuesto por la *ARL Colpatria*, es palmario que la deficiencia alegada fue previamente analizada por los expertos en la materia, e incluso se constató que algunas de las patologías se produjeron con anterioridad al accidente del trabajo.

Asimismo, el Dictamen No. 117909 del 17 de octubre de 2019 fue incorporado en legal forma al litigio, y controvertido por las partes en los términos establecidos en los artículos 234 y 235 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral según disposición del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S.; circunstancia por la cual, la absolución decidida en primer grado habrá de confirmarse.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

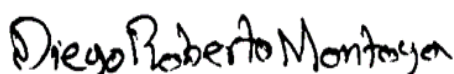
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **15 2014 00551 01**
Demandante: ISRAEL ORTEGA SILVA
Demandado: SOCIEDAD UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTE
 S.A. y COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *Alida del Pilar Mateus García*, identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, en contra de la sentencia proferida el 28 de enero de 2020 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Israel Ortega Silva* instauró demanda ordinaria en contra de la *Sociedad Universal Automotora de Transporte S.A. y Colpensiones*, con la finalidad que se declare que es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, se condene a la *Sociedad Universal Automotora de Transporte S.A* a solucionar a *Colpensiones* los aportes por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 1999, así como que se condene a esta última al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, más el retroactivo causado desde el año 2013, con los respectivos



intereses moratorios, así como el incremento pensional por persona a cargo de que trata el Acuerdo 049 de 1990.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó, que nació el 24 de enero de 1953 y desde el 28 de mayo de 2013 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin que haya sido contestada dicha solicitud.

Que laboró al servicio de la *Sociedad Universal Automotora de Transporte S.A* en varias ocasiones: (i) desde el 3 de febrero de 1989 hasta el 13 de septiembre de 1991; (ii) desde el 15 de marzo de 1993 hasta el 27 de junio de 1994; y (iii) desde el 1º de enero de 1995 hasta el 31 de diciembre de 1999, sin que hubiese realizado aportes a pensión sobre el último periodo referido.

Asimismo, resaltó que también solicitó el reconocimiento y pago del incremento pensional por personas a cargo, solicitud que tampoco ha sido contestada.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones contestó la demanda manifestando que, confrontada la información respectiva, se advierte que el demandante en efecto es beneficiario del régimen de transición, cumpliendo igualmente con el mínimo de semanas para adquirir su estatus pensional. También se negó al pago de intereses moratorios por cuanto estos solo proceden por la mora por parte de la entidad y en este asunto no se ha emitido acto administrativo alguno.

Formuló las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y la denominada declaratoria de otras excepciones.

La demandada *Sociedad Universal Automotora de Transporte S.A.*, si bien se notificó de manera personal a través de apoderado, no allegó escrito de contestación alguno, por lo que la demanda se tuvo por no contestada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de enero de 2020, condenó a *Colpensiones* al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandante en los términos del Decreto 758 de 1990, a partir del 1º de marzo de 2013



y con una mesada pensional equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, con 13 mesadas pensionales al año.

Por otra parte, condenó a *Colpensiones* al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 29 de septiembre de 2013, absolviendo a la *Sociedad Universal Automotora de Transporte S.A.*, de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, con relación a los periodos pretendidos para la inclusión de los aportes de la *Sociedad Universal Automotora de Transporte S.A.*, los mismos ya se encontraban reflejados dentro de la historia laboral emitida por *Colpensiones*, de ahí que haya absuelto a dicho empleador.

En lo atinente a derecho pensional de actor, adujo que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley de 1993, pues para el 1º de abril de 1994 contaba con 41 años de edad, sumado a que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que lo fue el 29 de julio de 2005, ostentaba más de 750 semanas cotizadas, por lo que dicho régimen transicional se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014.

Por tal motivo, concluyó que el demandante era merecedor del derecho pensional a la luz del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en tanto, cumplió 60 años de edad el día 24 de enero de 2013 y acreditó 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad exigida para pensionarse, prestación que reconoció a partir del 1º de marzo de 2013, toda vez que la última cotización efectuado al sistema lo fue para el mes de febrero de 2013, con base en un salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que el IBL arroja una mesada pensional inferior.

Frente a los incrementos pensionales por personas a cargo, señaló que de conformidad con la sentencia SU-140 de 2019, los mismos fueron derogados con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Frente a los intereses moratorios, decidió reconocerlos partir del 29 de septiembre de 2013, bajo el entendido que *Colpensiones* no tenía ningún argumento para desconocer el derecho pensional del demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Colpensiones apeló la decisión. Su inconformidad se basó en la condena realizada por el *a-quo* con relación a los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que no operó ningún retraso frente al pago de la prestación económica, más



aún si fue precisamente por vía judicial en que se reconoció la prestación pretendida por el demandante.

De igual manera debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta, por fungir La Nación como garante de la accionada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez pretendida en los términos consagrados en el Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, así como el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los problemas jurídicos reseñados en precedencia, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche la absolución que efectuara el fallador de instancia respecto de la imputación de los pagos pretendidos por concepto de aportes pensionales del empleador *Sociedad Universal Automotora de Transporte S.A.*, por lo que dicho aspecto no será objeto de estudio en esta oportunidad.

Tampoco se abordará la absolución por la pretensión del reajuste de la pensión por personas a cargo, como quiera que este tópico no fue reprochado por la parte demandante, máxime si el proceso se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*.

De la pensión pretendida:

Pretende la parte demandante, le sea reconocida la pensión de vejez en los términos regulados en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.



Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Puestas así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos hasta el 31 de julio de 2010, o para el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando en ese evento tuviesen 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

Ahora bien, en el caso del demandante, según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, la cual reposa a folio 12, se tiene que nació el 24 de enero de 1953, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 41 años de edad, de ahí que en principio sea beneficiario del régimen de transición.

Como se manifestó en precedencia, al emitirse el referido Acto Legislativo 01 de 2005, si bien el mismo condicionó una ampliación del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, igualmente asentó que no se extendería más allá del 31 de julio de 2010; circunstancia por la cual, aquellas personas que tuvieran requisitos pensionales de prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993 para dicha calenda, podían sin lugar a dudas acceder a su derecho prestacional.

En tal sentido, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando estos cumplan 60 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.



El demandante cumplió la edad exigida el 24 de enero de 2013, pues se itera, nació el mismo mes y día del año 1953, y al confrontar los tiempos cotizados, conforme se desprende del reporte de semanas allegado por *Colpensiones* y que fuese actualizado al 18 de noviembre de 2015 (Fls. 49 a 52), se tiene que en toda su vida laboral cotizó un total de 902 semanas, siendo su último aporte en el mes de febrero del año 2013.

Bajo este escenario, es palmario que el demandante al no ostentar el requisito pensional al 31 de julio de 2010, debía acreditar 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que como ya se dijo, empezó a regir a partir del 29 de julio de la anualidad ya referida para así mantener la transición hasta el 31 de diciembre de 2014, aspecto que acreditó en tanto, al 29 de julio de 2005 contaba con 828.59 semanas; circunstancia por la cual, como lo decidió el *a-quo*, el demandante sí es beneficiario del régimen de transición y por consiguiente, merecedor de la pensión en los términos del Decreto 758 de 1990.

Lo anterior, como quiera que conforme a los requisitos pensionales regulados en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es, entre el 24 de enero de 1993 y el 24 de enero de 2013, contaba con un total de 643.04 semanas, talante que sin lugar a dudas supera las 500 semanas que preceptúa la norma en comento, por lo que la decisión de primer grado se confirmará por este puntualísimo aspecto.

En lo que concierne a la fecha de causación del derecho pensional, si bien el demandante cumplió el requisito pensional el 24 de enero de 2013, calenda en que cumplió los 60 años de edad, según se desprende del reporte de semanas (Fls. 49 a 52), su última cotización la efectuó en el mes de febrero de 2013, por lo que a pesar de no existir novedad de retiro del sistema, al no continuar realizando aportes se entiende un retiro tácito y a su vez, que se pueda colegir la desvinculación del sistema a partir del 1º de marzo de 2013 según los apremios del artículo 13 del Decreto 758 de 1990.

Lo anterior al haber finalizado las cotizaciones en dicha data y haberse solicitado el derecho pensional en mayo de 2013, por lo que resultaba evidente su intención de acceder a dicha prestación. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1810-2020, Radicación No. 73224 del 27 de mayo de 2020, señaló:

“Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la Corte ha admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez. Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (sentencias CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514;



SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; y SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

“Igual sucede cuando de la conducta del afiliado se colige su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, pues en esos casos, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del mismo, ya que el trabajador no asume la omisión del empleador (Sentencias CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605, SL4611-2015 y SL5603-2016).

“En la citada sentencia CSJ SL 5603-2016 reiterada en la decisión CSJ SL17999-2017, la Corte precisó:

“[...]

“En este orden, podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

“[...]

“Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

“Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el ad quem y que denominó «teoría de la desafiliación tácita del sistema», cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

“El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

“En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido”.



En cuanto al monto al monto de la mesada pensional, verificados IBC de los correspondientes años, se puede colegir que en efecto los mismos fueron sobre salarios mínimos para lo correspondientes años, de ahí que la prestación se deba reconocer a partir del 1º de marzo de 2013 sobre un S.M.L.M.V. para los correspondientes años, prestación que deberá reconocerse sobre 13 mesadas pensionales al año de conformidad con lo regulado en el Parágrafo 6º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005.

Como quiera que el *a-quo* no calculó el valor del retroactivo, procede la Sala a efectuar los cálculos correspondientes, el cual se comprende entre el 1º de marzo de 2013 y el 30 de noviembre de 2020, sobre 13 mesadas pensionales al año y con base en un salario mínimo legal mensual vigente para la totalidad de los años.

AÑO	VALOR	No. DE MESADAS	VALOR
2013	\$ 589.500	11	\$ 6.484.500
2014	\$ 616.000	13	\$ 8.008.000
2015	\$ 644.350	13	\$ 8.376.550
2016	\$ 689.455	13	\$ 8.962.915
2017	\$ 737.717	13	\$ 9.590.321
2018	\$ 781.242	13	\$ 10.156.146
2019	\$ 828.116	13	\$ 10.765.508
2020	\$ 877.803	11	\$ 9.655.833
TOTAL RETROACTIVO			\$ 71.999.773

Así las cosas, Colpensiones deberá cancelar al actor por concepto de retroactivo por el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2013 y el 30 de noviembre de 2020, la suma de **\$71.999.773**, valor respecto del cual se deberá descontar los aportes en salud de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, último aspecto que el Juez primigenio tampoco tuvo en cuenta.

De los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

La encartada apeló la decisión manifestando que no hay lugar a condena por este concepto, ya que es con la presente decisión judicial que se está otorgando el derecho pensional del demandante.

El argumento para la absolución no es atendible, pues como lo determinó el *a-quo*, de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la entidad contaba con un periodo de gracia de cuatro (4) meses para definir la prestación del actor, y en virtud a que la reclamación administrativa se presentó el día 28 de mayo de 2013 (Fls. 5 a 7), la Sala no encuentra justificación alguna para que la entidad si quiera hubiese emitido acto administrativo, situación que da lugar a la imputación de dicho



pago en los términos establecidos por el Juez primigenio, ya que al haberse elevado reclamación el 28 de mayo de 2013, se contaba como plazo máximo para la resolución del asunto hasta el 28 de septiembre de la misma anualidad.

Valga la pena recalcar, que el actuar de la entidad no se le puede endilgar al pensionado, de ahí que resulte la procedencia de este concepto, aspecto que también se acompasa con la disposición emanada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3130-2020, Radicación No. 66868 del 19 de agosto de 2020.

De la excepción de prescripción:

No hay lugar a declarar probado este medio exceptivo, ya que como se expuso en precedencia, el actor tiene derecho a la mesada pensional a partir del 1º de marzo de 2013, por lo que elevó reclamación administrativa el 28 de mayo de la misma anualidad (Fls. 5 a 7), presentando la demanda el 28 de agosto de 2014 y se notificó el 13 de noviembre de 2015 (37), por lo que es palmario que no operó el fenómeno prescriptivo trienal de ninguna mesada pensional de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo preceptuado en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., toda vez que no transcurrieron más de 3 años desde el 1º de marzo de 2013 hasta el 13 de noviembre de 2015.

Por todo lo dicho, la sentencia de primer grado habrá de adicionarse. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

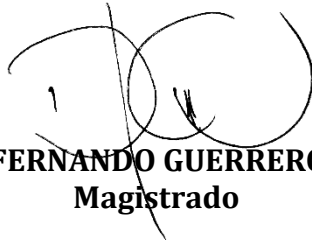
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 28 de enero de 2020 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a *Colpensiones* a pagar por concepto de retroactivo pensional a favor del demandante, por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2013 y el 30 de noviembre de 2020 en la suma de **\$71.999.773**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, suma sobre la cual la encartada deberá descontar los aportes en salud conforme lo regula el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, descuento que también se debe realizar con las mesadas que se causen a futuro.



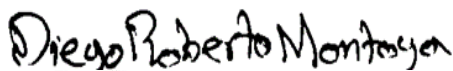
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 21 2015 00202 01
Demandante: YILDE INÉS TORRES RODRÍGUEZ
Demandado: ELÉCTRICOS PARRA S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 27 de enero de 2020 por el Juzgado Veintiuno Labora del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1. DE LA DEMANDA:

La señora *Yilde Inés Torres Rodríguez*, formuló demanda ordinaria en contra de *Eléctricos Parra S.A.S.*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2013 y el 21 de agosto de 2013.

Por consiguiente, se condene a la demandada al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que suscribió un contrato de trabajo con la demandada a término indefinido, que tuvo como extremo inicial el 1º de febrero de 2013 desempeñando el cargo de bobinadora.

Que el salario devengado para el año 2013 fue la suma de \$1.200.000, incluido el subsidio de transporte, con una jornada laboral de 7:30 a.m. a 5:00 p.m. y sábados de 8:00 a.m. a 1:00 p.m. con una hora de almuerzo.



Expuso igualmente que renunció el 21 de agosto de 2013, sin que a la culminación del finiquito se le hubiese cancelado las acreencias laborales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad *Eléctricos Parra S.A.S.* contestó demanda por intermedio de curador *ad litem*, oponiéndose a las pretensiones con el argumento que deberá demostrarse que en efecto se haya constituido la existencia de un contrato de trabajo.

Formuló las excepciones denominadas genérica, falta de claridad en lo que se pretende en la pretensión novena y falta de todos los requisitos para que la demandada que no está actuando pueda ser condenada en costas.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de enero de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primera medida que atendiendo el criterio jurisprudencial emanado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en concordancia con los postulados legales, dentro del presente asunto la demandante no logró acreditar la prestación personal del servicio, de ahí que no se hubiese activado la presunción contractual regulada en el artículo 24 del C.S.T.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante apeló la decisión. Argumentó que, de los testimonios decretados y debidamente practicados se puede colegir que en efecto existió un contrato de trabajo a término indefinido, por lo que deprecia sea revocada la decisión de primera instancia y se condene a la sociedad accionada al pago de las acreencias laborales insolutas.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



Atendiendo los planteamientos esbozados en el recurso de alzada, por metodología en la resolución del asunto que nos ocupa, habrá de determinarse si entre la partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de febrero y el 21 de agosto de 2013.

De prosperar el problema jurídico principal, se entrará a analizar lo referente a las condenas derivadas del contrato de trabajo alegado.

c. Del caso en concreto:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que dentro del trámite procesal se recaudaron los testimonios de *Ángela Rocío Rubiano Muñoz* y *Jenny Carolina Largo Arias*, únicas pruebas decretadas y practicadas a fin de demostrar el contrato de trabajo.

Del análisis de las mismas se tiene que la señora *Ángela Rocío Rubiano Muñoz* manifestó que conoce a la demandante por ser la tía de su cónyuge, señor *Jeison Alejandro Saque Ruíz*, quien a su vez fue compañero de trabajo de la actora cuando trabajaron al servicio de la demandada.

Refirió que tiene conocimiento que la demandante trabajó con la pasiva en un interregno de aproximadamente dos años, labores que desempeñó en el año 2015 en el



cargo de bobinadora de motores; puntualizó no obstante que nunca observó directamente la prestación personal del servicio, pues quien le informaba de las actividades era su cónyuge, tampoco conoce el monto devengado por la demandante; refiere tener conocimiento que la actora renunció por un desacuerdo que tuvo con la propietaria de la empresa debido a la falta de pago de sus acreencias laborales, sin saber cuál fue la calenda exacta del finiquito de la relación laboral.

Por su parte, la señora *Jenny Carolina Largo Arias*, quien desempeña la actividad de bobinadora electrónica, adujo conocer a la demandante al ser quien le enseñó el oficio de bobinadora; refiere que la demandada necesitaba personal, por lo que entregó su hoja de vida a la empresa, quien le hizo la capacitación con la finalidad que entrara como bobinadora y auxiliar administrativa, pese a lo cual no trabajó en la empresa.

Expuso que no recuerda cuándo ingresó la demandante a trabajar con la encartada, como tampoco en qué fecha finalizó labores, y no sabe cuánto era el sueldo devengado por la demandante.

De las testigos anteriormente referidas, puede concluir la Sala que la demandante no logró demostrar la prestación personal del servicio en los términos expuestos en el libelo introductor.

Al respecto, nótese que ninguna de las declarantes demuestra de manera detallada la prestación personal del servicio, toda vez que la primera de las deponentes si bien resaltó que tenía conocimiento de que la actora trabajó al servicio de la encartada, refirió que su conocimiento se deriva de lo que le comentaba su cónyuge, de ahí que se pueda colegir que no fue una testigo directa de las situaciones del entorno del contrato de trabajo alegado, máxime si se tiene en cuenta que manifestó que el contrato de trabajo lo había desempeñado la actora en el año 2015, extremos que se contradicen con las fechas indicadas por la señora *Yilde Inés Torres Rodríguez* en el *petitum*.

Sobre la valoración probatoria de testigos que fundamentan su conocimiento en asertos de terceras personas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado en sentencia SL2077-2020, Radicación No. 71502 del 19 de mayo de 2020:

"La jurisprudencia ha reconocido el deber del juez de valorar la fuente del conocimiento del testigo y con base en ello deducir incluso la validez que le otorga como medio demostrativo:

"La Sala de Casación Civil de la Corte destacó en sentencia de 1º de septiembre de 2003, que "Tales declaraciones (de testigos de oídas), valoradas conforme las reglas de la sana crítica, no merecen credibilidad y, en consecuencia, no crean convencimiento [...] como quiera que, según lo tiene dicho esta Corporación, en los testimonios de oídas o ex auditu "son mucho mayores las probabilidades de equivocación o de mentira", de donde "está desprovisto de cualquier valor



demostrativo, con mayor razón, el testimonio del que afirma un hecho por haberlo oído de la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a éstas" (G.J. t. CLXVI, pags. 21 y 22)" (Exp. No. 6943).

Por su parte, los dichos de la declarante *Jenny Carolina Largo Arias* tampoco fueron certeros, toda vez que como lo puntualizó, no tuvo conocimiento directo de lo ocurrido entre las partes, en tanto solo asistió a la empresa a una capacitación para una eventual vinculación laboral que no se concretó, sin precisar además la actividad desarrollada por la demandante, tanto así, que ni siquiera conocía los presuntos extremos de ingreso y retiro de la actora, ni el salario.

Por lo anterior, de las declaraciones referidas, no se puede colegir incidencia alguna sobre la existencia del contrato aquí pretendido, y en tal sentido, la absolución de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

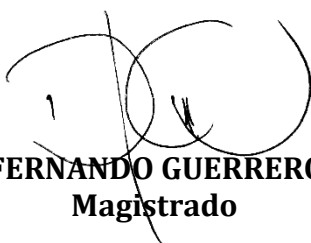
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

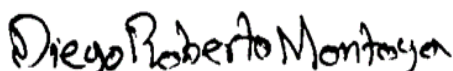
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad a sentencia proferida el 27 de enero de 2020 por el Juzgado Veintiuno Labora del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

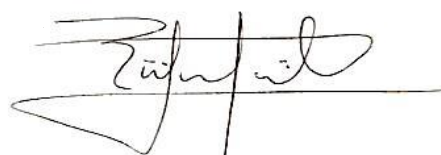
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 11 2015 00637 01
Demandante: BENITO ACEVEDO LÓPEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *Samuel Eduardo Meza Moreno*, identificado con C.C No 1.098.719.007 y T.P No 268.676.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante señor *Benito Acevedo López* y la tercera *ad excludendum* señora *María Cecilia Rodríguez*, en contra de la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Benito Acevedo López*, promovió demanda ordinaria en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se le condene a reconocer y pagar la sustitución pensional a su favor, en su calidad de compañero permanente y en virtud del fallecimiento de la señora *María Rosaura Villalba Rodríguez* a partir de la fecha del deceso acaecido el 5 de junio de 2014, junto con el respectivo reajuste y las mesadas pensionales de junio y diciembre, así como al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que convivió con la causante *María Rosaura Villalba Rodríguez*, en forma continua y permanente, bajo el mismo techo,



compartiendo mesa y lecho desde el 2 de febrero de 2003 y hasta la fecha de su fallecimiento.

Que ostentó la calidad de beneficiario en salud de la fallecida, tanto así que la causante en el año 2006 presentó ante Compensar EPS declaración juramentada dentro de la cual manifestó la convivencia desde el año 2003.

Adujo que la señora *María Rosaura Villalba Rodríguez* sufría de esclerosis, y fue él la única persona que la asistió desde el punto de vista emocional, afectivo y económico al ser su compañero permanente.

Mencionó que al momento de fallecer la señora *María Rosaura Villalba Rodríguez* que lo fue el 5 de junio de 2014, se encontraba disfrutando de su pensión de vejez reconocida por *Colpensiones*, por lo que presentó ante la encartada solicitud para el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, la cual se negó mediante Resolución GNR 56481 de 2015, en razón a que también se reclamó igual derecho por parte de la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas*, en su calidad de madre.

Que como consecuencia de lo anterior, en aras de agotar el procedimiento administrativo, interpuso recurso de reposición sin que por lo menos a la fecha de la presentación de la demanda la entidad hubiese efectuado pronunciamiento alguno.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones no se opuso a la declaratoria del derecho pensional pretendido por el actor, teniendo como argumento que lo aquí alegado se trata de una controversia entre presuntos beneficiarios, de ahí que la decisión deba resolverse con la presente demanda.

Igualmente, manifestó no estar de acuerdo al pago de intereses moratorios, bajo el entendido que no tiene competencia para definir la prestación alegada.

Formuló las excepciones de inexistencia actual de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la denominada genérica.

En el transcurrir del trámite procesal, la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas*, en su calidad de tercera *ad excludendum* demandó en reconvención, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de la causante en su calidad de madre, a partir de la fecha del fallecimiento, más el retroactivo pensional y los intereses moratorios.



Para lo de su cargo, manifestó que dependió económicamente de su hija; que la causante se separó del señor *Benito Acevedo López* tres años anteriores a su fallecimiento. Expuso que solicitó el pago de la sustitución pensional pero la demandada negó el mismo.

Colpensiones expuso en la contestación de demanda de reconvención que lo discutido debe dirimirse en sede judicial al existir una concurrencia de beneficiarios.

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, e innominada o genérica.

Se deja además de presente, que dentro del asunto se presentó una acumulación de procesos al tenor de lo establecido en el artículo 148 del C.G.P., en tanto la tercera *ad excludendum* había impetrado demanda persiguiendo la sustitución pensional, la cual correspondió al Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá bajo el consecutivo No. 2015-00749, de ahí que ambos procesos se hayan resuelto en conjunto por el Juzgado primigenio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de enero de 2020, absolvió a *Colpensiones* de las pretensiones formuladas en su contra, incoadas tanto por el señor *Benito Acevedo López* como por *María Cecilia Rodríguez*, declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que atendiendo que la señora *María Rosaura Villalba Rodríguez* falleció en el año 2014, el estudio pensional debía analizarse con los requisitos establecidos en los artículos 48 a 46 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003.

Frente al caso del señor *Benito Acevedo López*, quien pretendió el derecho en su calidad de compañero permanente, consideró que no acreditó el requisito de convivencia dentro de los cinco (5) años anteriores al fallecimiento de la causante, pues de los testimonios rendidos a su favor, tal convivencia no se logró advertir, aspecto que se acompasa con las demás pruebas de carácter documental.



En lo que respecta al derecho pensional perseguido por la señora *María Cecilia Rodríguez*, en su calidad de madre, concluyó el *a-quo* que no se logró demostrar una dependencia económica respecto de su hija fallecida, especialmente en lo que atañe a la prueba testimonial recaudada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

El señor *Benito Acevedo López* apeló la decisión. Adujo que, dentro del presente proceso se recaudaron y practicaron pruebas referentes a la convivencia negada por el fallador de instancia, como lo es el caso de la afiliación como beneficiario en salud de la causante, junto con los testimonios de las personas que declararon, quienes expusieron el conocimiento respecto de la convivencia con la señora *María Rosaura Villalba Rodríguez*, siendo enfáticos en resaltar que convivieron como pareja en el mismo techo casa hasta la fecha del fallecimiento de la causante.

La señora *María Cecilia Rodríguez Casallas* también apeló la sentencia. Arguyó que a través de la prueba testimonial se probó que en su calidad de madre dependía económicamente de la causante, máxime si se evidencia que la fallecida le enviaba dinero y mercado en forma periódica pues sus ingresos eran irrisorios, por lo que no podía llevar una vida digna.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si asiste el derecho tanto al señor *Benito Acevedo López* en su calidad de compañero permanente, como a la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas* en calidad de madre, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que en vida dejó causada la señora *María Rosalba Villalba Rodríguez*.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que *Colpensiones*, mediante Resolución GNR 56481 del 25 de febrero de 2015, negó la pensión de sobrevivientes



perseguida tanto por el señor *Benito Acevedo López* como por la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas* respecto del fallecimiento de la señora *María Rosaura Villalba Rodríguez*, bajo el argumento que en razón a que se presentaba una controversia entre los posibles beneficiarios, era la autoridad judicial competente quien debía dirimir el conflicto (Fls. 19 a 21).

Tampoco el hecho que, del referido acto administrativo, la tercera *ad excludendum* señora *María Cecilia Rodríguez Casallas* interpuso recurso de reposición, por lo que la entidad confirmó la decisión inicial mediante Resolución GNR 177388 del 17 de junio de 2015, como da fe la documental arrimada a folios 14 a 17 del proceso acumulado bajo el radicado 2015-00749 que correspondió por reparto al Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

También deja asentado la Sala que *Colpensiones* mediante Resoluciones GNR 131052 de 2013 y GNR 9461 de 2014 (Fls. 172 a 187), reconoció una pensión de vejez a la causante a partir del 1º de julio de 2013 en cuantía inicial del salario mínimo legal mensual vigente, así como que la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas* acreditó ser la madre de la fallecida como se aprecia del Registro Civil de Nacimiento de la causante.

Ahora bien, a folio 9 del plenario, obra copia del Registro Civil de Defunción de la señora *María Rosaura Villalba Rodríguez*, que denota que su deceso sucedió el 5 de junio de 2014, situación que a su vez conduce a que el derecho deprecado se estudie a la luz de las prerrogativas de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula:

“ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>

“Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

Más adelante la norma contempla:



d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este”.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo que concierne al requisito de convivencia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un 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”.

En sentencia SL3938-2020, Radicación No. 71764 del 14 de octubre de 2020, hizo un análisis sobre la postura que ha venido manteniendo respecto de los cónyuges, enfatizando que estos cuando se separan de hecho, ostentan el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, siempre que acrediten convivencia por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier época, al respecto mencionó:

“Fluye de lo plasmado en precedencia que el Tribunal no pudo incurrir en la transgresión normativa que se le endilga, pues a pesar de que la sociedad conyugal que existió [...] fue disuelta y liquidada, lo cierto es que la unión conyugal persistió hasta la muerte de este, en la medida en que no medió divorcio que así lo dispusiera.

“No escapa a la Sala que, mediante sentencia CC C-515-2019, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad pura y simple de la expresión «con la cual existe la sociedad conyugal vigente», contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En las consideraciones de esa providencia sostuvo que el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea.

“Con todo, tal criterio ubica a la pensión de sobrevivientes, sin más, dentro de los efectos patrimoniales del matrimonio. En cambio, la actual tesis de esta Corporación entiende que el fundamento de la prestación por muerte, en estos casos, es la vigencia de la unión conyugal, precisamente porque la pensión se ubica dentro de los efectos personales del matrimonio.



“Ello viene corroborado con el hecho que lo que da lugar a la prestación es la comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, «la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva (...)» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245, y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605, CSJ SL7299-2015, CSJ SL1399-2018).

“Y es que el matrimonio genera unos derechos y obligaciones que no se extinguen con la separación de hecho ni con la disolución de la sociedad conyugal, sino solo con su nulidad, el divorcio, o la muerte de uno de los consortes. Por ejemplo, el deber de socorro y ayuda mutua «en todas las circunstancias de la vida» no desaparece cuando los cónyuges se separan de hecho, como tampoco cuando liquidan la sociedad conyugal, por manera que el matrimonio sigue produciendo efectos personales, independientemente de las decisiones de los cónyuges acerca de la sociedad patrimonial que se genera con su unión.

“De otro lado, la jurisprudencia consolidada y pacífica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia optimiza el principio de solidaridad, pues no se olvida del rol del cónyuge supérstite que convivió no menos de 5 años con el causante, en la construcción de la prestación que, a la postre, le fue reconocida al trabajador.”

De otra parte, en tratándose del requisito de causación del derecho respecto de los padres, en lo referente a la dependencia económica, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4240-2020, Radicación No. 70866 del 4 de noviembre de 2020 sostuvo lo siguiente:

“En procura de resolver, conviene rememorar que esta Corporación ha considerado inveteradamente que la subordinación económica de los padres respecto de sus hijos, no tiene que ser total y absoluta para el momento del deceso del asegurado. Se configura cuando los beneficiarios de la prestación, no son autosuficientes económicamente pues, los ingresos o el patrimonio propio resultan insuficientes para satisfacer las necesidades propias y esenciales de su subsistencia en condiciones dignas (CSJ SL, 4 dic. 2008, rad. 30385, CSJ SL400-2013, CSJ SL4217-2018, CSJ SL1243-2019, CSJ SL3433-2020, entre otras).

“De igual manera, se ha instruido que no cualquier colaboración, estipendio o ayuda que se otorgue a los progenitores, tiene la virtualidad de constituir la dependencia económica que se requiere para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel, que sea relevante, esencial y determinante para el sostenimiento de la familia, pues el objetivo previsto por el legislador a esta especie pensional, es la de servir de amparo a quienes se ven afectados y desprotegidos ante la desaparición de su ser querido (CSJ SL1243-2019 y CSJ SL652-2020).

“Sobre el particular, en sentencia CSJ SL, 29 oct. 2014, rad. 47676 reiterada en providencia CSJ SL, 5 oct. 2016, rad. 52951, CSJ SL3425-2018 y CSJ SL1243-2019, la Corte discurrió:

“Así, la dependencia económica tiene como rasgo fundamental el hecho de que, una vez fallecido el causante y, por lo mismo, extinguida la relación de contribución económica hacia el presunto beneficiario, la solvencia de éste (sic) último se ve amenazada en importante nivel, de manera que pone en riesgo sus condiciones dignas de vida. Esto es, una persona es dependiente cuando no cuenta con grados suficientes de autonomía económica y su nivel de vida digna y decorosa está subordinada a los recursos provenientes del que fallece”.



Por lo anterior, procede la Sala a analizar el derecho perseguido tanto por el señor *Benito Acevedo López* en su calidad de compañero permanente, como a la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas* en calidad de madre.

Se recaudó el interrogatorio de parte de la tercera *ad excludendum* señora *María Cecilia Rodríguez Casallas*, quien manifestó que para el momento del fallecimiento de su hija y causante señora *María Rosalba Villalba Rodríguez* no se encontraba casada ya que separó del señor *Benito Acevedo López* en el año 2011, aunado a que la causante convivía con sus hijas y una señora que la cuidaba.

Señala que era la señora *María Rosalba Villalba Rodríguez* quien la mantenía económicamente, aportando una mensualidad de \$200.000, y con ocasión al trabajo de la causante recibía un subsidio de \$25.000 mensuales. Fue enfática en exponer que su hija se encontraba pensionada y que durante sus últimos años de vida se encontraba demasiado enferma, por lo que desde el año 2011 no le fue factible laborar.

Relató que conoce al señor *Benito Acevedo López* porque fue pareja de la causante, pero se separaron en el año 2011. Que la causante después de la separación se fue a vivir con sus hijas. Que ella recibe un subsidio del Estado de la tercera edad en la suma de \$150.000 que le es otorgado cada dos meses, el cual recibía desde aproximadamente tres años anteriores al deceso de la causante, y que ella además tiene dos hijas, quienes no le colaboran económicamente.

Por su parte el señor *Benito Acevedo López*, refirió que vivía en unión libre con la fallecida desde el 2 de febrero del año 2003 y hasta la fecha del deceso, sin que como pareja hubiesen procreado hijos. Asimismo, que la causante tenía tres hijas.

Que la causante falleció el 5 de junio de 2014 y fue él quien sufragó los gastos exequiales, cremación que sucedió en el Cementerio del Sur de esta Ciudad, y recuerda que asistió toda la familia de la causante incluida sus hijas y su madre.

Recalcó que nunca se separó de la causante y que su relación siempre fue estable, conviviendo siempre como pareja en el Barrio Nueva Delicias, sin que la causante nunca hubiese convivido con sus hijas. Que a la causante le diagnosticaron una enfermedad llamada Esclerosis tres años antes de fallecer, y que se contrató una enfermera de nombre *Lina Fernanda Rojas Rodríguez*, siendo reiterativo que la causante siempre convivió con él bajo el mismo techo.



Que la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas*, nunca dependió económicamente de la causante, pues incluso no les alcanzaba el dinero ya que la fallecida tan solo ganaba el mínimo. Que la causante veía a su madre en vacaciones o en semana santa cuando la visitaban en Mesitas del Colegio, y que ellos como pareja vivían en arriendo en una casa de propiedad del señor Ceferino y la señora Blanca desde el año 2009 hasta el 2014, y antes vivían en la misma cuadra donde el señor Francisco Valero desde el 2 de febrero de 2003.

Que la última hospitalización de la causante fue de aproximadamente 20 días y él fue quien la llevó al hospital, y con anterioridad había sido hospitalizada aproximadamente dos veces más, cuando no tenía quien le ayudara con la comida acudía a restaurante para el suministro de sus alimentos.

Por su parte la testigo *Hilda María Obando de Quintero*, adujo que era quien cuidaba a la causante en una casa ubicada en el Barrio Puerta Llano de la Ciudad de Bogotá donde convivía con sus hijas, y la empezó a cuidar todos los días desde el año 2011. Que el cuidado consistía en prepararle la comida y atenderla en lo que necesitaba, que estuvo en el velorio de la causante y estuvo varias ocasiones hospitalizada, y cuando se agravaba eran las mismas hijas de la causante quienes la llevaban al hospital, indicando además que el señor *Benito Acevedo* no vivía con la causante.

La testigo *Lina Fernanda Rojas Rodríguez*, refirió que es auxiliar de enfermería y no tiene ningún vínculo con el señor *Benito Acevedo*; que la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas* es su abuela. Resaltó que ella cuidaba a la causante, quien era su tía, desde el mes de febrero de 2011, cuando le diagnosticaron la penosa enfermedad que la agobió, y que vivía en el Barrio Puerta al Llano de esta Ciudad en la casa de una hija. Que ella la acompañaba a las citas médicas y exámenes, siendo los cuidados diarios, pues iba a su casa a partir de las 8:00 a.m. hasta aproximadamente las 11:00 a.m., la acompañaba a bañarse, vestirse y le daba los medicamentos.

Que la causante le colaboraba económicamente a la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas* y le hacía mercado, ayuda que le deba con cada uno de los pagos que recibía de pensión, y cuando se enfermó la ayuda fue muy mínima. Que tiene conocimiento que la causante tuvo una relación sentimental con el señor *Benito Acevedo* hasta el año 2011, cuando se presentó la enfermedad, y que falleció el 5 de junio de 2014.

La testigo *Judith Ibagué Villalba* destacó que la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas* es su abuela, así como que es hija de la fallecida, última quien siempre estuvo pendiente de la señora *María Cecilia*, ya que le deba una suma mensual de \$200.000.



Que en el año 2011 la causante se separó del señor *Benito Acevedo* y la razón fue por una infidelidad, e incluso para esa época la causante lo desafilió del seguro, y la ayuda a la señora *María Cecilia* era constante. Que el señor *Benito Acevedo* la visitaba esporádicamente después de la separación y era Lina y la señora Hilda quienes le ayudaban con el cuidado de la causante, así como que el señor *Benito Acevedo* estuvo en las exequias de la fallecida y fue la hermana de él quien cubrió los gastos del fallecimiento.

Que su madre necesitaba de muchos cuidados y fue su familia la que siempre estuvo a su lado, agravándose mucho aproximadamente tres años anteriores al deceso.

La testigo *Blanca Lilia Ayazan de Mora*, indicó que conoció a la causante y al señor *Benito Acevedo López*, por cuanto como pareja llegaron a vivir a su casa el 5 de junio de 2009 ubicada en el barrio Nueva Delicias, en donde se les arrendó un apartamento, y que con anterioridad a dicha data, la pareja vivía a cuatro casas de la suya donde un vecino de nombre *Francisco Talero*.

Que la pareja estuvo en arriendo en su casa aproximadamente cinco años, esto es hasta el año 2014, sin recordar la fecha exacta en que la señora *María Rosalba Villalba Rodríguez* falleció. Mencionó que tiene conocimiento que la pareja nunca se separó, al igual que la causante trabajaba en la Escuela General Santander en donde se hacen uniformes a los policías. Que la fallecida en algún momento le mencionó que tenía tres hijas, y que antes de su deceso tiene entendido que se encontraba donde una hija.

Que después del fallecimiento, el señor *Benito Acevedo López* siguió viviendo en el apartamento que se le había arrendado a la pareja, puntualizando que conocía poco de la relación sentimental de la pareja, y que no conoce a la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas*.

Refirió que si bien recuerda que la causante estuvo enferme antes de su fallecimiento, no sabe desde qué periodo estuvo en ese estado, siendo el señor *Benito Acevedo* quien veía por la causante; que el canon de arrendamiento que le cancelaba la pareja era de \$280.000, y quien lo cancelaba era el señor *Benito Acevedo*. Puntualizó que tiene conocimiento que el demandante era quien acompañaba a la fallecida a sus tratamientos, y que este trabajaba en una camioneta que era de su propiedad.

El testigo *Ceferino Mora Morales*, refirió que es esposo de la señora *Blanca Lilia Ayazan de Mora*, manifestando además que el señor *Benito Acevedo* y la causante vivieron en un apartamento ubicado en su casa de habitación, desde el año 2009 hasta el 2014, lo que



les consta al ser el arrendador; conociendo a la pareja desde el año 2003 en tanto vivían por la misma cuadra.

Que el señor *Benito Acevedo* tiene una camioneta y que la fallecida trabajaba en la Escuela General Santander. Manifestó que la causante cuando llegó a vivir en arriendo se encontraba bien de salud y empezó a enfermarse aproximadamente tres años después, siendo el demandante quien la llevaba al hospital cuando recaía.

Expuso que no le consta que la pareja se hubiese separado; que el actor le cancelaba los cánones de arrendamiento, falleciendo la causante en el mes de junio de 2014, siendo el velorio en una funeraria del barrio San Vicente de Bogotá y que no tenía conocimiento quién había sufragado las exequias de la causante. Indicó que no conoce a la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas*.

La testigo *María Yeni Triana*, destacó que trabaja en un restaurante ubicado en el Barrio Nueva Delicias, por lo que conoció al accionante y a la causante desde el año 2009 cuando la pareja iba a comer al restaurante, y que en ocasiones les llevaba domicilios a la casa, en especial desde el momento en que la causante se agravó, que lo fue en el año 2014.

El testigo *José Armando Moreno Valencia*, adujo que es celador y conoce al señor *Benito Acevedo* y la causante. Que la pareja convivía en el barrio Nueva Delicias, constándole esto por cuanto en ocasiones trabajaba con el demandante con cargas que se hacían en la camioneta, y que tiene entendido que la pareja siempre convivió.

Que nunca ingresó a la casa de habitación de la pareja, y que el actor le comentó que la causante estuvo hospitalizada. Destacó no saber si la fallecida tenía hijos y que en ocasiones ella acompañaba al accionante a descargar la camioneta, dando fe además que la pareja convivió en el barrio Las Delicias desde el año 2003 hasta el 2014.

La testigo *Claudia Villalba*, manifestó ser hija de la causante y nieta de la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas*, sin tener ningún vínculo con el señor *Benito Acevedo López*. Que su abuela dependía económicamente de la causante, y que cuando falleció no tenía unión marital de hecho vigente.

Que su madre convivió con el demandante hasta el mes de febrero de 2012, recordándolo muy bien pues para dicha data la causante la llamó debido a los inconvenientes que presentaban como pareja, llevándose toda su ropa y ciertos artículos de la casa, conviviendo desde esa fecha con *Diana Esly Villalba*, quien era su hija y a su vez hermana de la testigo.



Afirmó que cuando su madre vivía con el actor casi nunca la visitó y por su enfermedad tuvo varias incapacidades; que para el año 2013 la enfermedad se agudizó, de ahí que el demandante la hubiese visitado en la casa donde vivía con su hija *Diana Elsy Villalba*. Que durante los últimos tres años de vida de la causante, estuvo hospitalizada en reiteradas ocasiones en la clínica Mederi, y ella junto con otra hermana y un cuñado eran quienes siempre se encargaban de llevarla.

Que no recuerda el tiempo exacto en que convivió la pareja, así como que en el año 2014 el demandante se llevó a su casa a la causante por tres días con el fin de acompañarla a unas citas médicas; que la causante tenía afiliada en salud al señor *Benito Acevedo*, lo desafilió en el año 2013 y lo afilió nuevamente en el año de 2014. Recuerda que durante el tiempo que convivió la pareja siempre lo hicieron en el barrio Las Delicias, resaltando que en el año 2012 la causante perdió comunicación con el señor *Benito Acevedo López*.

En lo que atañe a la tercera ad excludendum *María Cecilia Rodríguez Casallas*, refirió que la fallecida por ser su hija, le enviaba dinero de manera mensual en una suma aproximada de \$200.000 junto con mercado. Que la señora *María Cecilia* en la actualidad tiene cinco hijos y ninguno responde por ella, al igual que recibe un subsidio de la tercera edad.

La testigo *Diana Bersy Ibagué Villalba*, dijo ser hija de la causante, puntualizando que convivió con ella desde el año 2011, cuando se separó del señor *Benito Acevedo*, quienes para ese entonces vivieron en el barrio Las Delicias, y que después de la separación fue ella junto con sus hijos y sus hermanas quienes cuidaron de la causante. No recuerda desde qué fecha el señor *Benito Acevedo* empezó a vivir con su madre fallecida, señalando que la pareja se distanciaba y regresaba, pero en el año 2011 se separaron definitivamente.

Que ella como hija de la causante nunca visitó a la pareja cuando vivieron juntos, siendo su madre quien la visitaba cada ocho días, destacando que su madre trabajaba en una empresa de la Policía como Supervisora de Control y Calidad; que tenía afiliada a la causante en un seguro exequial contratado a través de Codensa, no obstante, quien asumió lo gastos del fallecimiento fue el señor *Benito Acevedo*, así como que su madre tenía afiliado en salud al actor. Sintetizó que la pareja convivió un promedio de cinco años y que cuando su madre tenía que ser hospitalizada era su hermana Judith quien la trasladaba a la clínica.

Que el demandante realizó visitas a la causante en el hospital, las cuales no fueron frecuentes, siendo la última hospitalización de aproximadamente 18 días. Adujo que la



causante en vida siempre veló por su madre señora *María Cecilia Rodríguez Casallas*, le compraba el mercado y le enviaba dinero, pues la señora *María Cecilia* en ese entonces vivía en una finca de su propiedad ubicada en Mesitas del Colegio, ayuda que era proporcionada de manera semanal o quincenal, sin conocer la cantidad exacta de dinero con la que ayudaba.

Que en la actualidad es su hermana de nombre *Claudia* quien mantiene a la demandante, junto con dos hijos más, que en ocasiones colaboran.

De los interrogatorios de parte y testimonios recaudados en el transcurrir del trámite procesal, en lo que atañe al derecho pretendido por el demandante señor *Benito Acevedo López*, puede concluirse que el requisito de convivencia durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento de la señora *María Rosaura Villalba Rodríguez* no logró acreditarse.

Lo anterior, en virtud a que si bien las declaraciones de *Blanca Lilia Ayazan de Mora* y *Ceferino Mora Morales*, fueron contestes en señalar que el señor *Benito Acevedo López* y la causante *María Rosalba Villalba Rodríguez* convivieron como pareja desde del año 2009 hasta el año 2014, nada enfatizaron de una convivencia real y afectiva basada en la ayuda mutua, pues ambos además de exponer que nunca vieron a la pareja en escenarios de inconvenientes, en nada profundizaron al respecto.

Sobre este tópico, vale la pena referir que como lo analizó el fallador de instancia, en lo que atañe a la declaración de la señora *Blanca Lilia Ayazan de Mora* existe una contradicción en sus dichos, como quiera que obra una declaración extra proceso arribada al plenario por el mismo demandante, visible a folio 17, y que realizara la misma testigo el 18 de junio de 2014, que da cuenta que allí sostuvo que conocía a la pareja desde el mes de febrero del año 2003, lo que contradice lo referido en sede judicial.

Ahora bien, las declaraciones de *María Yeni Triana* y *José Armando Moreno Valencia*, la primera trabajadora de un restaurante y el segundo celador, la Sala no les puede dar credibilidad como testigos directos de la convivencia pretendida por el actor en lo que respecto a circunstancias de modo, tiempo y lugar, pues nótese que ambas personas manifestaron que conocieron a la pareja no obstante afirmaron que nunca entraron a la casa de la pareja, máxime si el señor *José Armando Moreno Valencia* asentó en su declaración que todo lo que narraba lo conocía porque el mismo demandante se lo comentaba cuando trabajaban, de ahí que se pueda entender como un testigo de oídas.

Cabe advertir, que a pesar que a folios 15 a 16 obra constancia de afiliación en salud que efectuara la causante al actor a través de Compensar EPS, dicho aspecto no puede



ser entendida como una convivencia real y afectiva conforme a los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, máxime si como lo acreditan los documentos de folios 198 y 199, la causante en vida para las fechas del 20 de abril de 2012 y el 20 de diciembre de 2013 dirigió escritos con destino a la EPS solicitando la desafiliación del señor *Benito Acevedo López* en calidad de beneficiario y que no se refutaron de falsos, talante que puede considerarse como una deficiencia de la convivencia estimada por el actor.

Además, la historia clínica de la causante visible a folios 200 a 216, advierte que por lo menos entre los años 2012 a 2014, la fallecida no estaba acompañada por el actor, sino por familiares, así como que se identificaba con estado civil de soltera, aspecto que contradice lo manifestado por el mismo demandante en su interrogatorio de parte, como quiera que indicó que él siempre era el que acompañaba a la causante en sus recaídas, circunstancia todas que conllevan a concluir la falta de requisitos para acceder a la prestación perseguida, ello sin perder de vista que las restantes declaraciones, fueron contestes en indicar que la relación entre la pareja había cesado en el año 2011 cuando la causante se distanció definitivamente del señor *Benito Acevedo López*.

Por otra parte, en lo que concierne al derecho pensional perseguido por la tercera *ad excludendum* señora *María Cecilia Rodríguez Casallas*, como lo ha asentado el órgano de cierre, la dependencia económica de los padres para con sus hijos no tiene que ser total ni absoluta, así como tampoco cualquier colaboración, estipendio o ayuda que se le otorguen a los progenitores tiene la virtualidad de constituir la dependencia económica que se requiere para ser beneficiario de la prestación.

Puestas así las cosas, a juicio de la Sala se puede concluirse que la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas* no logró acreditar el requisito para acceder a la pensión por sobrevivencia.

Valga la pena destacar que, de las declaraciones surtidas, no se advirtió una dependencia económica relevante para su subsistencia respecto de su hija fallecida, toda vez que a pesar que las testigos *Lina Fernanda Rojas Rodríguez, Judith Ibagué Villalba, Claudia Villalba y Diana Bersy Ibagué Villalba*, fueron contestes en señalar que la causante era quien le colaboraba económicamente y con mercados a la tercera *ad excludendum*, refirieron que la ayuda económica era de \$200.000, valor que no puede entenderse considerablemente ostensible para efectos que de no recibirse estuviera viéndose afectada desproporcionadamente su vida de condiciones dignas.

Otro aspecto que puede destacarse, es que no resulta de asidero que fuese la causante la única que le colaborara económicamente, ya que como lo manifestó la declarante



Claudia Villalba, a parte de la fallecida la señora *María Cecilia Rodríguez Casallas* tiene cinco hijos más, aspecto del que se puede entender una unión familiar, más aún si en la actualidad la señora *María Cecilia* depende económicamente de *Claudia Villalba* como así lo sostuvo la declarante *Diana Bersy Ibaqué Villalba*, goza de un subsidio del estado y tiene vivienda propia como lo es la finca ubicada en Mesitas del Colegio, presupuestos todos que advierten que por el hecho de dejar de percibir la ayuda económica de la causante y que tan solo era por un monto de \$200.000, se itera, no se involucra la afectación de una vida digna; circunstancia por la cual, al no acreditarse los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes la pensión habrá de confirmarse en su integridad. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

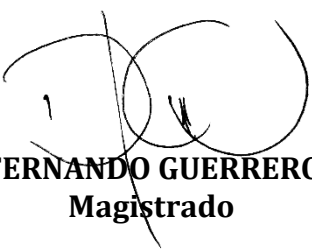
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

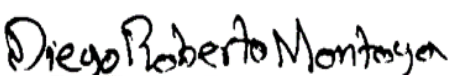
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 por el Once Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 12 2018 00525 01
Demandante: LUIS EUTIMO GAVIRIA ARCILA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *María Helena Fierro García*, identificada con C.C No 1.024.463.217 y T.P No 291.785 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, así como analizar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad la sentencia proferida el 2 de julio del 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que la sentencia fue totalmente adversa a sus pretensiones.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Luis Eutimio Gaviria Arcila*, interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, a efectos de que se condene a la pasiva a pagar al demandante el incremento pensional del 14% por persona a cargo a partir del 1º de julio del 2005; más la indexación de las condenas proferidas, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que mediante la Resolución No 020923 del 2005 le fue concedida la pensión de vejez a partir del 1° de julio del 2005, en virtud de lo previsto en los artículos 36 de la ley 100 de 1993 y el artículo 12 del Decreto 758 de 1990; que convive en unión libre con la señora *Yolanda Salgado Aparicio* desde hace más de 50 años, compartiendo techo, lecho y mesa, sin concederle el incremento pensional por persona a cargo; que presentó la respectiva reclamación administrativa, pero la misma le fue denegada por parte de *Colpensiones*.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones, aduciendo que al demandante no le asiste el derecho a acceder a los incrementos pensionales por su compañera permanente, como quiera que el demandante no ha acreditado debidamente los requisitos de dependencia económica, así como de no disfrute de pensión alguna, exigidos por la norma en comento.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de la indexación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la obligación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 2 de julio del 2020, condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar al demandante el incremento del 14% sobre la pensión mínima legal mensual vigente por su compañera permanente dependiente económicamente señora *Yolanda Salgado Aparicio* a partir del 16 de julio del 2015; absolvió de las demás pretensiones y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Inicialmente refiere que la sentencia SU-140 del 2019, no tiene efectos *erga omnes*, sin que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, haya referido que perdieron vigencia los incrementos, mismos que además no fueron objeto de derogatoria.



Aunado a lo anterior, estima que el derecho pensional anhelado es imprescriptible por ser parte integrante de la pensión, acogiéndose a la sentencia T-018 del 2018.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se debe dar aplicación estricta a la sentencia SU-140 del 2019, en la cual se estableció que los incrementos pensionales debatidos dejaron de existir con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, incluso respecto de aquellas personas beneficiarias del régimen de transición.

De otra parte, solicita que en aplicación del principio de inescindibilidad se aplique la línea jurisprudencial pacífica e ininterrumpida de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, no solo en referencia a la vigencia del incremento sino adicionalmente respecto a la prescripción de los incrementos pensionales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990.

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es un tema que ha sido ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encuentran vigentes.



Así puede colegirse entre otras de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741, en las que se determina que los aludidos incrementos mantienen su vigencia, no obstante no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados debe entenderse que conservan su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

Con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

c. Del incremento del 14% previsto en el art. 21 del Decreto 758 de 1990:

Conforme con lo manifestado en la demanda, por medio de la Resolución No 020923 del 29 de junio del 2005 (Fl. 16) se reconoció pensión de vejez al demandante, por lo que no es objeto de discusión en el presente caso, que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al haberle reconocido el ISS pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, y con ello, es beneficiario de los incrementos bajo estudio.

El literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, consagró los incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así:

“b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”

En tal sentido se aprecia, que son tres los requisitos que se debe acreditar para efecto del reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo: (i) la calidad de cónyuge, compañero o compañera permanente, (ii) la dependencia económica respecto del pensionado y, (iii) que el cónyuge, compañero o compañera



permanente dependiente no disfrute de pensión, ello en la medida en que la filosofía de los referidos incrementos fue la de alivianar la carga que pesa sobre el pensionado que tiene bajo su responsabilidad la manutención, en este caso, de su compañera permanente.

Respecto a la calidad de compañera permanente de la señora *Yolanda Salgado Aparicio* y la dependencia económica, fue aportada una declaración juramentada de la señora *Salgado Aparicio* en la que refirió que convive con el demandante bajo el mismo techo en unión marital de hecho desde hace más de 50 años (Fl 17); así como una certificación de *Cafesalud E.P.S* de la cual se desprende que la señora *Salgado Aparicio* es beneficiaria en salud del libelista.

De otra parte, fue escuchado el testimonio de *Ligia Carolina García Monedero*, quien expuso que desde que conoce a la pareja, quienes cohabitan y conviven en unión libre, sin que se hayan separado; que la señora *Yolanda Salgado* no ha laborado y el demandante es pensionado desde hace más de quince (15) años, por tanto, quien se ocupa de los gastos del hogar es el demandante, dado que es la única entrada económica con la cual cuenta la pareja.

Asimismo fue escuchado el testimonio del señor *José Raúl Solano Novoa*, quien explica que conoce a la pareja desde hace más de 25 años, constándole la convivencia, siendo el demandante pensionado y su compañera permanente ama de casa, por lo que no tiene ingresos económicos, razón por la cual el actor es quien se encarga de los gastos de la familia.

Igualmente, fue absuelta la declaración de *María Paula Celi Monedero*, quien expresa que conoce a la pareja pues son sus abuelos, precisando que, aunque el actor no es su abuelo biológico es como si lo fuera ya que la adoptaron desde los 2 años tras la muerte de sus padres, por lo que le consta que jamás se han separado, siempre han convivido y es el actor quien se encarga de todos los gastos del hogar.

De las declaraciones testimoniales y demás pruebas documentales, se constata que se encuentra plenamente acreditada la dependencia económica de la señora *Yolanda Salgado Aparicio* respecto del hoy demandante, quien ostenta la calidad de compañero permanente. Por tanto, se concluye que la actora cumple con los



supuestos de hecho del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, y por ende le asiste el derecho al reconocimiento del incremento pensional del 14% sobre la pensión mínima legal.

d. Sobre la prescripción del incremento pensional:

e.

Respecto a la prescripción, propuesta como excepción en la contestación de la demanda, encuentra esta Sala, que esta se tiene como no probada, dado que a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha sentenciado que, es razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional o del cumplimiento de los requisitos y la reclamación administrativa transcurrió un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y de la S.S., ello por cuanto los incrementos a que aluden los artículos precedentes, no forman parte integrante de la pensión por no gozar de los mismos atributos, por lo que pueden prescribir si no se reclaman en tiempo.

Tal postura ha sido sostenida invariablemente por dicha Corporación desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y más recientemente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367.

En esta última, se rememoró lo dicho en la sentencia con radicación 27.923, en la que respecto a la prescripción del derecho a reclamar los incrementos por personas a cargo, puntualizando que:

*“(…) No puede negarse que **los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez**, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.*

“La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos ‘subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen’, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de



la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.

*“De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, **debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez.**” (Negrillas ajenas al texto).*

Aunado a lo anterior, en la sentencia con radicado 40.919 antes citada, esa H. Corporación señaló, que por el acaecimiento de la prescripción se extingue el derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados por personas a cargo, al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante.

Dicha posición se ha mantenido, incluso en la sentencia SL 2711 del 17 de julio de 2019. Con fundamento en lo anterior, esta Sala se acoge al precedente unificado y permanente que ha mantenido nuestro máximo órgano de cierre, que además constituye doctrina probable, por lo que en el presente caso se observa que los incrementos solicitados se encuentran prescritos, pues se reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución No 020923 del 29 de junio del 2005 (fl 26), y presento reclamación administrativa ante *Colpensiones* hasta el 11 de julio del 2018 (Fl 20), data para la cual ya se encontraba prescrito el incremento pensional anhelado.

Implica lo anterior que se encuentra llamada a prosperar la excepción de prescripción y en tal sentir se revocará la sentencia impartida en primera instancia, para en su lugar absolver a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN:



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

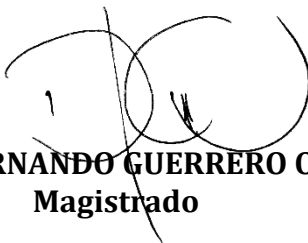
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 2 de julio del 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar probada la excepción de prescripción conforme lo indicado en la parte motiva de la presente decisión.

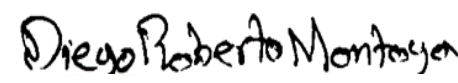
SEGUNDO: ABSOLVER a *Colpensiones* de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

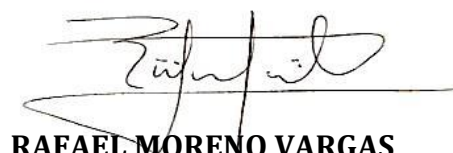
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 11001310 50 17 2018 00611 01
Demandante: MARIA JEANNETHE ROJAS DE GÉLVEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con C.C No 31.486.436 y T.P No 303.924 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la sala a estudiar el recurso de apelación elevado por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 10 de diciembre del 2019, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1. DE LA DEMANDA:

La señora *María Jeannethe Rojas de Gévez* instauró demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* a efectos de que se declare que el señor *Luis Orlando Gévez Acevedo* cotizó al entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy *Colpensiones*, un total de 1323 o 1369 semanas, conforme la Resolución No 036634 del 22 de agosto del 2008; en consecuencia, se condene a la pasiva a reconocer y liquidar la mesada pensional con un porcentaje de tasa de reemplazo del 90%, concediendo la pensión en cuantía de \$2.523.505 teniendo en cuenta un IBL de \$2.803.895 a partir del 14 de abril del 2007, junto con el pago de los intereses moratorios y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como sustento de sus pretensiones, indicó que el señor *Luis Orlando Gélvez Acevedo* falleció el 14 de abril del 2007; que a la demandante en calidad de cónyuge superviviente, le fue concedida la pensión de sobrevivientes mediante Resolución No. 036634 de 2008, con una tasa de reemplazo del 69,77%, por lo que interpuso recurso de reposición, toda vez que la tasa de reemplazo debe corresponder al 90% ateniendo al número de semanas cotizadas, agotando de esta manera el requisito de la reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que liquidó la pensión conforme lo dispuesto en la ley y por tanto la pretensión carece de vocación de prosperidad.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia surtida el 25 de febrero del 2020 declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido propuestas por *Colpensiones*; absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión indicó que la normativa a aplicar es la Ley 797 de 2003, por medio de la cual se introdujeron modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estatuto normativo que era el vigente para el momento de fallecimiento del causante; que el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, consagra que el monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado, será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba, y el monto total de la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del IBL, mas 2% de su ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500 semanas, sin que exceda el 75% del IBL.



Señala que el afiliado causante cotizó 1369 semanas, por lo cual la tasa de reemplazo es del 69,775%, concluyendo que *Colpensiones* liquidó de manera correcta la tasa de reemplazo.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la demandante interpuso recurso de apelación en el que en suma indicó que no se debe aplicar la Ley 797 de 2003 a efectos de establecer la tasa de reemplazo, ello por cuanto en aplicación del artículo 36 de La ley 100 de 1993, el causante era beneficiario del régimen de transición, en tal sentido la normativa que regula tal aspecto es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante el Decreto 758 de 1990, que establece que cuando se tiene más de 1250 semanas cotizadas, debe liquidarse la pensión con un 90% del IBL.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Conforme a los argumentos expuestos en el recurso de alzada, el objeto del presente debate se centra en establecer si hay lugar a la reliquidación de la pensión de sobrevivientes, conforme lo anhela la demandante.

c. De la calidad de pensionada:

No existe debate alguno en torno a que mediante la Resolución No 036634 del 22 de agosto del 2008 le fue concedida a la demandante la pensión de sobrevivientes, generada por el fallecimiento del señor *Luis Fernando Gélvez Acevedo*, en cuantía igual al 69,77% del IBL que era de \$2.803.895, por lo que la primera mesada pensional ascendió a \$1.565.022, así como el hecho de que el causante cotizó un



total de 1369 semanas. Lo anterior, por cuanto fue debidamente acreditado con la copia del referido acto administrativo, el cual milita a folios 13 y 14 del plenario.

d. De la reliquidación pensional:

Sobre el particular, justo resulta recabar en que es criterio pacífico de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que la pensión de sobrevivientes se rige por la norma que se encuentra vigente a la fecha de fallecimiento del causante, así pues, en reciente pronunciamiento del 4 de noviembre del 2020 No SL42-61 del 2020, se indicó:

“Bajo ese contexto debe advertirse que el sentenciador no incurrió en los yerros jurídicos que se le imputan, en primer lugar, porque de manera reiterada tiene definido esta Corporación que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe dirimirse por regla general bajo la norma vigente al momento del fallecimiento del asegurado, que en el caso concreto es la Ley 797 de 2003, por haber fallecido el causante en vigencia de esta.”

Luego, dado que el fallecimiento del señor *Luis Fernando Gélvez Acevedo* se dio el 14 de abril del 2007 (Fl 11), no existe duda alguna en que la norma llamada gobernar el caso es la Ley 100 de 1993, con las modificaciones que le fueren introducidas por la Ley 797 del 2003.

En tal sentir, se tiene que el artículo 48 de la ley 100 de 1993 se encargó de regular lo tocante a la liquidación de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

“El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

“En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.



“No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto”.

Siendo ello así, dado que el causante a la fecha de su deceso no ostentaba la calidad de pensionado sino la de afiliado, lógico resulta deducir que el monto de la pensión de sobrevivientes se debía calcular bajo las reglas previstas en el articulado en cita. Esto es, con el 45% del IBL incrementado en un 2% por cada 50 semanas adicionales a las 500 semanas cotizadas.

Por manera que al haber cotizado el causante 1323 semanas, no cabe duda alguna en que la tasa de reemplazo realmente corresponde al 69,77% establecido por *Colpensiones* en la Resolución No 036634 del 22 de agosto del 2008, como de forma acertada lo advirtió el *a-quo*.

Ahora, debe precisar la Corporación que la única forma en que la pensión de sobrevivientes anhelada se podría calcular bajo las reglas previstas en el Decreto 758 de 1990, es siempre y cuando el finado hubiera dejado causada la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición conforme lo previsto en el párrafo del artículo 46 de la ley 100 de 1993, pero aun en dicho caso la tasa de reemplazo sería igual al 80% del valor que le habría correspondido al finado, por cuanto la precitada norma reza:

“PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

“El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez”.

Criterio que se acompasa a lo indicado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL-2185 del 2020, al indicar:



“Así lo ha establecido esta Corporación, entre otras, en la sentencia CSJ SL7358-2014, reiterada en la CSJ SL19900-2017 y en la CSJ SL149-2018 en la que se señaló que:

“Es cierto que de conformidad con ese precepto es posible acceder a la pensión de sobrevivientes en otra hipótesis, y es cuando el causante hubiere cumplido el número mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para la prestación por vejez, y que en el caso de las personas en régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cobijadas por los reglamentos del Instituto, es el número mínimo de cotizaciones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese año, que forman parte del régimen de prima media con prestación definida.”

No obstante, tal como se desprende la norma en cita, aun dando aplicación a dicha normativa, resulta imposible reliquidar el monto de la pensión de sobrevivientes con una tasa de reemplazo del 90% como se predica en la demanda; por cuanto, en aquellos casos en que se aplique dicha normativa los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del afiliado, únicamente pueden aspirar al 80% del valor de la pensión de vejez que le habría correspondido al causante.

Implica lo precedente que no existe ninguna disposición normativa aplicable al *sub-lite* que permita a la libelista acceder a la reliquidación en los términos planteados en el escrito genitor, esto es se itera, con una tasa de reemplazo del 90%.

Finalmente, aclara la Sala que no se entrará a establecer cual sería el monto de la pensión de llegar a ser calculada la prestación pensional, bajo los parámetros del parágrafo del artículo 42 de la ley 100 de 1993, habida consideración que en esta instancia no es dable fallar de forma *ultra y extra petita*, por manera que al resultar imposible acceder a la reliquidación pensional con una tasa de reemplazo del 90% a través de la aplicación de dicha norma, conforme lo ya explicado, resulta innecesario establecer el monto pensional con fundamento en la misma.

Bajo tales presupuestos de orden fáctico y jurídico, se confirmará la absolución que fuere impartida en primera instancia, pero con arreglo a los argumentos presentados por esta instancia.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.



VI. DECISIÓN:

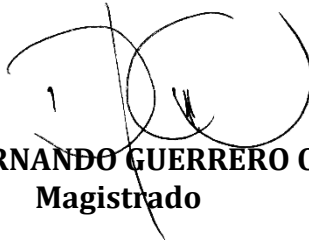
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

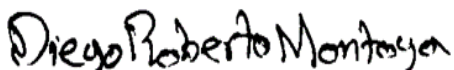
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de febrero del 2020 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

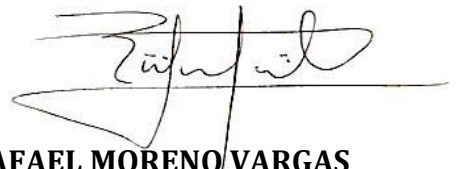
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 18 201700400 02
Demandante: LUIS CARLOS ALARCÓN GUZMÁN
Demandado: BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 3 de marzo del 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Luis Carlos Alarcón Guzmán*, formuló demanda ordinaria laboral en contra del *Banco Itaú -CorpBanca Colombia- S.A*, para que se declare que, para el momento de liquidar su pensión de jubilación, la demandada no tuvo en cuenta la totalidad de los salarios devengados en el último año de servicios ni los factores salariales.

En consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar la mesada pensional en forma vitalicia y sobreviviente, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales que devengaba en el último año de servicios; al pago del retroactivo pensional debidamente indexado como consecuencia del incremento anual; al pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre; la indexación de las sumas adeudadas, las costas y agencias en derecho, así como aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Expresa que trabajó por más de 20 años para el *Banco Comercial Antioqueño*, luego *Banco Santander* y hoy *Banco CorpBanca Colombia S.A*, precisando que, con los sindicatos de las referidas entidades financieras, se suscribió una Convención Colectiva de Trabajo, en el cual se pactó el reconocimiento y pago de una pensión convencional.

Precisa que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia No SL-10641 del 2014 determinó que la fórmula aplicada por dicha Convención no atendía a los principios legales y constitucionales que la rodean, aplicando una tasa de reemplazo del 75%, adicionalmente, los trabajadores de dicha entidad podían optar por la pensión establecida en el artículo 260 del C.S.T.

Aduce que laboró para la entidad financiera del 19 de noviembre de 1979 al 17 de diciembre del 2001, data en la cual presentó su renuncia, devengando como último salario la suma de \$856.673, sin tener en cuenta lo percibido por concepto de bonificación extralegal y auxilio de transporte, trabajo nocturno, permiso sindical y bonificación por retiro, por lo que el promedio del salario del último año de servicios correspondió a cuatro (4) salarios mínimos.

Que le fue concedida su pensión de jubilación por parte de la entidad financiera el 17 de diciembre del 2001 por un monto equivalente a 2.7 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y fue subrogado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el año 2016, dejando de recibir la mesada pensional del mes de junio, razones por las cuales, el 13 de julio del 2016 solicitó la reliquidación de su pensión.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El *Banco Itaú -CorpBanca S.A-* en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, precisando que al momento de liquidar la pensión convencional de jubilación se tomó



en cuenta el promedio de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicios, señalando que tras la subrogación solo estaba a su cargo el pago del mayor valor pensional.

Propuso y sustentó como medios exceptivos previos los de cosa juzgada y prescripción, asimismo, propuso como de fondo las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de marzo del 2020 absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas al demandante.

Como sustentó de su decisión explicó que quedó plenamente demostrado que el demandante se encuentra pensionado por el Banco *Itaú -CorpBanca Colombia S.A.* desde el mes de diciembre 2001, con base en el salario devengado por el actor en el último año de servicio, y una tasa de reemplazo del 75%.

Por otra parte, que de la revisión de la Convención Colectiva de Trabajo, se evidencia que no se especificaron los factores salariales, siendo dicho compendio normativo el llamado a regular tal aspecto, como se refirió en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 15 de marzo 2017, Radicación No. 49010.

Precisa que el auxilio de transporte no ostenta carácter salarial, y si bien de conformidad con el artículo 7° de la Ley 1° de 1963, debe ser incorporado para efectos de la liquidación de prestaciones sociales, no por esa circunstancia adquiere naturaleza salarial, según se analizó en sentencia del 15 de junio de 2016, Radicación No. 45050.



Frente a la bonificación extralegal y los viáticos regulados en los artículos 32 y 49 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1989 a 1991, solo se señala que se harán cuatro pagos anuales por estos conceptos, sin especificar la naturaleza de los mismos, por lo que, al constituirse en una bonificación extralegal, conforme lo reglado en el artículo 128 del C.S.T no son constitutivo de salario, lo cual también se predica de la bonificación por retiro, prevista en el numeral 20 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001 – 2003, lo cual resulta aplicable además a la prima de antigüedad y los permisos sindicales.

Finalmente, respecto de las horas extras, aduce que son factor salarial conforme lo dispuesto en el artículo 127 del C.S.T, las cuales, a contrario de lo referido por activa, si se incluyeron por la empleadora al momento de reconocer la pensión al demandante.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

En tanto la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del libelista y no se presentó recurso de alzada, la Sala estima necesario su análisis en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación convencional, teniendo en cuenta para el efecto la totalidad de los factores salariales devengados para el último año.

c. De la calidad de pensionado:

No es objeto de debate que al demandante le fue concedida su pensión de jubilación convencional el día 17 de diciembre del 2001, por cuanto así fue admitido por la demandada en su escrito de contestación y se encuentra debidamente soportado en el convenio suscrito por las partes el 6 de diciembre del 2001 obrante a folios 176 a 177 y la certificación de folio 20 en la que además se constata que el monto de la mesada pensional inicial fue de \$775.118.

d. De la reliquidación pensional:

En lo que a este punto comporta, lo primero que debe indicar la Sala es que el *petitum* de la demanda carece de total precisión, por cuanto si bien se anuncia como pretensión principal que se reliquide la referida pensión de jubilación convencional teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por el demandante, no precisa dentro de dicho acápite cuáles son los factores salariales dejados de tener en cuenta.

Siendo ello así, atendiendo a la labor interpretativa que recae en cabeza de los operadores judiciales, esta Sala procedió a analizar de forma integral el escrito introductorio que fuere subsanado, con miras a corroborar con precisión los factores salariales que pretende se incluyan en la liquidación de la pensión, logrando constatar que dentro de los supuestos de facto de la demanda alude como emolumentos percibidos adicionales a su salario las siguientes: bonificación extralegal-auxilio de transporte, bonificación extralegal, trabajo nocturno, permiso sindical remunerado, bonificación adicional del mes de diciembre, bonificación extralegal-vacaciones



extralegales, viáticos constitutivos de salarios, bonificación extralegal- bonificación por retiro, bonificación extralegal-prima de antigüedad.

Esclarecido lo anterior, corresponde a la Corporación analizar el articulado convencional que establece la pensión de jubilación analizada, con miras a corroborar los términos en que la misma fue pactada, así se tiene que en el CD de folio 52 fueron aportadas todas las convenciones colectivas que fueron suscritas desde 1969 hasta el 2017, inclusive, por la entidad hoy demandada. No obstante, dado que la pensión de jubilación convencional otorgada al demandante data del año 2001, resulta imperioso analizar la misma a la luz de la Convención Colectiva vigente para dicha anualidad, esto es la suscrita entre el *Banco Santander Colombia S.A* y las organizaciones sindicales UNEB, ACEB, ADEBAN y ASTRABASAN, misma que si bien no contempla la prerrogativa convencional deja incólumes las cláusulas convencionales que no hayan sido modificadas, ni derogadas.

Así se corrobora que en la Convención de 1989 a 1991, quedó establecido el derecho a la pensión de jubilación que hoy disfruta el demandante, en los siguientes términos:

“Todo empleado del Banco que llegue o haya legado a los cincuenta y cinco (55) años de edad si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de 20 años de servicios continuos o discontinuos a la Institución, tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación que se computara sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del Banco (...)” (subrayado fuera de texto)

Implica lo precedente que la pensión de jubilación concedida al demandante, debe ser liquidada de forma exclusiva con el sueldo básico percibido por el demandante en el último año, razón por la cual la Sala procedió a verificar en el acumulado de conceptos por empleado, cuáles fueron los emolumentos percibidos por el demandante adicionales a su salario, constatando en las documentales de folios 194 a 197 que durante el último año laborado, el demandante percibió además del sueldo básico: la remuneración por trabajo nocturno, el subsidio de transporte, una bonificación



extralegal en junio de 2001, la prima de vacaciones en noviembre del 2001, una bonificación por retiro de \$60.000.000 y permiso sindical remunerado.

En tal sentido, lo primero que logra corroborar la Corporación es que, de los devengos enunciados en la demanda, el actor no acredita que haya devengado suma alguna por concepto de viáticos ni “*bonificación extralegal-auxilio de transporte*”.

Siendo del caso precisar que si por la que denominó “*bonificación extralegal-auxilio de transporte*”, el demandante pretendía hacer alusión al auxilio de transporte efectivamente devengado, basta indicar que el mismo dada su naturaleza no tiene carácter salarial y así lo ha pregonado en múltiples sentencias, de vieja data de la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral¹.

Siendo ello así, procederá la Sala a analizar la naturaleza salarial o no, del resto de emolumentos a los cuales hizo alusión el actor en su demanda, tendiendo en cuenta para el efecto lo dispuesto en los artículos 127 y 128 del C.S.T, que rezan:

***“ARTICULO 127. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.*”**

***“ARTÍCULO 128. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen*”**

¹ Sala de Casación Laboral, sentencia del 17 de febrero de 1981: “Esta norma consagra una fricción, para determinados y precisos efectos. No modifica la naturaleza extrasalarial del auxilio y antes bien la confirma”



salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”

En tal sentir procederemos a analizar cada uno de los emolumentos percibidos por el demandante durante la última anualidad enunciados en la demanda, como son:

a. Bonificaciones Extralegales y Bonificación Adicional: En lo que a este tópico comporta se corrobora que el artículo 32 de la Convención Colectiva de 1989 a 1991 regula las “*primas y bonificaciones semestrales*” que el trabajador tendrá derecho al año a cuatro (4) sueldos, dos (2) pagaderos en el mes de junio y dos (2) en diciembre, por concepto de primas y bonificaciones, incluyendo dentro de estos la prima legal.

Así, al analizar los acumulados por empleado del demandante para la última anualidad se tiene que dicha bonificación fue cancelada bajo los rubros denominados: “*bonificación extralegal*”, “*prima legal junio*”, “*bonificación adicional diciembre*” y “*prima legal diciembre*”; las dos primeras canceladas en junio y las otras dos en diciembre, acorde lo dispuesto en el articulado convencional.

De cara a lo indicado, encuentra la Sala que dicha prestación corresponde al pago de la prima legal que, si bien fue incrementada por disposición convencional mediante las denominadas bonificaciones extralegal y adicional, no pierde su naturaleza no salarial acorde lo dispuesto en el 307 del C.S.T, por manera que no gozarían de carácter salarial al tenor de lo reglado en tal disposición normativa.

b) Bonificación por Retiro: frente a esta se tiene que está contemplado en el numeral 20 de la Convención Colectiva de Trabajo del año 2001 al 2003, sin que en dicho articulado se precise su naturaleza. No obstante, dado que el mismo fue cancelado por una única vez al demandante, logra colegir la Sala que no pudo brindársele una naturaleza salarial al tenor de lo reglado en el artículo 128 del C.S.T, pues en efecto fue un pago ocasional que no tenía como fin retribuir las labores realizadas por el demandante. Por tanto, la misma no debe ser tenida en cuenta para la reliquidación pensional.



c) Frente a los pagos por trabajo nocturno, no vale la pena realizar mayor elucubración para determinar su claro carácter salarial acorde lo dispuesto en el artículo 127 del C.S.T, pues es una retribución directa por las labores realizadas dentro del horario que el legislador estableció como trabajo nocturno.

d) Prima de Antigüedad: este derecho convencional se encuentra regulado en el artículo 33 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1991 a 1993, normativa que nada alude sobre su naturaleza, pero que a juicio de la Sala no cumple con los presupuestos legales para tenerla como de carácter salarial, máxime cuando en el plenario tan solo existe evidencia de un único pago recibido por el demandante por dicho concepto, lo que impide corroborar que exista habitualidad en su retribución.

e) Vacaciones Extralegales: Frente a este derecho, se tiene que su origen aparece contemplado en los artículos 34 a 36 de la precitada Convención Colectiva de Trabajo, normativa que si bien no alude a su naturaleza, si permiten entrever que la misma se genera para efectos que sea disfrutada dentro del tiempo de descanso del trabajador, más no como retribución por sus servicios, en la medida en que el artículo 35 de la Convención Colectiva de Trabajo establece que no hay lugar a su pago cuando el trabajador solicite y obtenga la compensación en dinero de sus vacaciones. Elementos de juicio que nos permiten corroborar que no goza de naturaleza salarial como lo determinó el fallado de primera instancia.

f) Permiso sindical: en lo que a este último punto respecta estima la Sala que el mismo si tiene carácter salarial, contrario a lo indicado por el fallador de primera instancia, pues acorde lo reglado en el artículo 416 A del C.S.T, tiene como fin permitir que el trabajador atienda las responsabilidades que se desprenden de su derecho a la libertad sindical, sin que el mismo pueda afectar la remuneración salarial del trabajador, ni mucho menos las prestaciones sociales o demás derechos que se liquiden teniendo en cuenta el factor salarial.



Ello es así, en tanto de atender el argumento del *a-quo* y darle una naturaleza no salarial, implicaría que cada permiso que le sea concedido para atender sus labores sindicales, le afectaría todos los derechos legales y extralegales que deban ser liquidados teniendo en cuenta los emolumentos salariales, pues dicha suma no se cancela como un valor adicional a su salario sino que es percibido en lugar del salario dejado de percibir por los días en que gozo de dicho permiso, luego dar un entendimiento contrario iría en detrimento de los derechos sindicales.

Siendo ello así, a juicio de la Sala la pensión de jubilación debió ser liquidada teniendo en cuenta como emolumentos salariales: (i) el sueldo básico, (ii) los recargos nocturnos y (iii) los rubros percibidos por permiso sindical.

Con ocasión de los recargos nocturnos y los rubros percibidos por permiso sindical, recibió un total de \$932.804,27 durante el último año, lo cual nos arroja un promedio anual de \$77.734. por otra parte, el sueldo promedio ascendía a \$856.673, para un total de \$1.010.538,27, cuyo 75% corresponde a \$758.914,24.

Pese a lo anterior, se evidencia que la pensión se reconoció con un primera mesada pensional por valor de \$775.118, esto es, superior a la anteriormente mencionada, y que de contera permite concluir que el salario promedio que tuvo en cuenta la accionada correspondería a \$1.033.490,67, superior a la que arrojaron las operaciones aritméticas correspondientes realizadas incluyendo el promedio de lo devengado por concepto de sueldos, recargos nocturnos y permisos sindicales.

Implica lo precedente que no hay lugar a ordenar la reliquidación pretendida, pero con fundamento en lo enunciado en la presente providencia. Por lo anterior, será confirmada en su integridad la sentencia proferida en primera instancia, **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de marzo del 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, pero de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 25201400331 01
Demandante: DIOCELINA DEL CARMEN OROZCO SOLANO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Conforme al poder allegado por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a Alida del Pilar Mateus García, identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228.

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 13 de febrero de 2020 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Diocelina del Carmen Orozco Solano*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *Administradora Colombia de Pensiones – Colpensiones* a efectos que se declare que la pasiva es responsable del pago de la sustitución pensional de sobrevivientes a la cual tiene derecho, en consecuencia se le ordene a la pasiva a reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por vejez a la demandante, tomando como base las 726 semanas cotizadas y la fórmula que establecen los artículos 11 y 13 del Decreto 3041 de 1966, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 del 2003 en consonancia con las sentencias T-746 del 2004, T-335 de 1995 y C-309 de 1996, así como al pago de las sumas adeudadas debidamente



indexadas y en caso de no modificarse la Resolución No. 014464 del 30 de julio del 2003, a devolver las sumas de dinero correspondiente por las semanas cotizadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pedimentos relata que el señor *Manuel Delgado Murillo* laboró y cotizó para el Instituto de Seguros Sociales, hoy *Colpensiones* desde el 1° de enero de 1967 hasta el 31 de agosto de 1999, solicitando la pensión de vejez el 5 de diciembre del 2002; que mediante Resolución No 014464 del 30 de julio del 2003, se le otorga la indemnización sustitutiva en cuantía de \$7.304.759; que el 17 de septiembre del 2003 el señor *Delgado Trujillo* interpone recurso de reposición y el mismo es desatado mediante Resolución No 014565 del 2 de junio del 2004 y Resolución No 014464, por lo que el señor *Delgado Trujillo* presenta acción de tutela.

Que el causante falleció el 26 de julio del 2007; ante lo anterior, la demandante en calidad de cónyuge supérstite solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue denegada mediante Resolución No. 005680 del 12 de febrero del 2009, acto administrativo que fue confirmado mediante la Resolución No. 005814 del 14 de octubre del 2009; que el 27 de noviembre del 2012 nuevamente peticiona la indemnización sustitutiva, pero esta es negada con la Resolución No GNR-198613 del 1° de agosto del 2013, confirmada con la Resolución No GNR 93859 del 17 de marzo del 2014.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones* en su escrito de contestación de la demanda expresa que la demandante no cumple con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, para acreditar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes anhelada.



Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de título y causa, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones y posición frente a las normas invocadas como violadas por los accionantes.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 13 de febrero del 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de cobro de lo no debido.

Como sustento de su decisión indicó que a fin de acreditar la convivencia, se anexaron al plenario las declaraciones extrajuicio visibles a folios 22 a 27, las que se constituyen en documentos declarativos provenientes de terceros, los cuales no fueron desconocidos o tachados por la parte demandada, no obstante si se solicitó su ratificación, por lo cual carecen de mérito probatorio en tanto no comparecieron los testigos.

Concerniendo entonces a la convocante a juicio allegar las pruebas necesarias para el pleno conocimiento de lo pretendido, tal como la existencia de la convivencia a fin de ser considerada beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor *Manuel Delgado Murillo*, lo cual no fue demostrado, por lo cual no le asiste derecho a la prestación económica deprecada.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que las pretensiones fueron totalmente adversas a la parte demandante y no se formuló recurso de alzada, procede el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con las previsiones del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

VI.- CONSIDERACIONES:



a. Tramite de segunda instancia.

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva reclamada.

c. De la indemnización sustitutiva

En caso de fallecimiento de un afiliado sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de la respectiva indemnización sustitutiva, conforme lo dispone el artículo 49 de la ley 100 de 1993, la cual estipula:

“Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo de la presente Ley.”

Ahora bien, tal como lo establece la normativa, dicho beneficio se concede a favor de los miembros del grupo familiar del afiliado que no reúnan los requisitos para la pensión de sobrevivientes; por manera que lo primero que se debe verificar es la calidad de miembro del grupo familiar y para ello se debe reunir la calidad de beneficiario en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, el cual reza:

[...] a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia



se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte:(...)

Interpretación que se acompasa a lo indicado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL-2665 del 2019, en cual puntualizó:

“Es un hecho indiscutido que el óbito [...] ocurrió el 4 de enero de 2008, por lo que la normatividad aplicable al caso es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 46 de la Ley 100 de 1993, y que consagra como beneficiarios de la sustitución a: «Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o por invalidez de riesgo común que fallezca».

“A reclamar dicha prestación concurrieron: [...] en su calidad de compañera permanente del pensionado fallecido, quien acreditó contar 50 años al momento del deceso de aquel, así como la convivencia [...] en los 5 años anteriores a su deceso [...]

“Así mismo comparecieron como beneficiarios [el] hijo inválido del pensionado fallecido, quien sufre una pérdida de capacidad laboral del 75.05% con fecha de estructuración «09 DE ENERO DE 1979 (A LOS DOS MESES DE NACIDO)» de acuerdo a dictamen médico laboral rendido por la entidad demandada Instituto de Seguros Sociales (f.º 14-15 cuaderno de instancias) y respecto de quien se acreditó, además, el vínculo de consanguinidad (f.º 13 cuaderno de instancias) y [la]hija menor de edad de aquel (f.º 20 cuaderno de instancias).

“Acreditada la condición de beneficiarios legales, habrá de ordenarse el reconocimiento de la sustitución pensional, como prestación por la muerte del titular del derecho, a partir del 4 de enero de 2008 [...]”

d. Del caso en concreto:

Descendiendo al *sub-examine* se tiene que la hoy demandante reclama la indemnización sustitutiva por el deceso del señor *Manuel Delgado Murillo*, quien falleció el 26 de julio del 2007 (Fl 9) y respecto de quien aduce que ostenta la calidad de cónyuge.

Ahora bien, analizadas las probanzas arrojadas al plenario se corrobora que en efecto la actora allega el Registro Civil de Matrimonio, en el que se puede corroborar que contrajo nupcias con el causante el 11 de octubre de 1969 (Fl 10).



No obstante lo anterior, no existe prueba alguna de la convivencia de la pareja, como quiera que al plenario únicamente fueron aportadas las declaraciones extrajuicio de la demandante y de los señores *Dairo Araos Peralta* y *Blanca Lilia Jiménez*, quienes afirmaron en las mismas, que la pareja convivió desde la fecha de sus nupcias hasta el deceso del causante, declaraciones cuya ratificación fue expresamente solicitada por la pasiva en su escrito de contestación (Fl 70), sin que fuera efectuada la misma, por cuanto los deponentes no comparecieron a la audiencia de juzgamiento y por ello el *a-quo* declaró precluida la oportunidad para su práctica.

En tal sentir, debe recordar la Sala que el artículo 222 del C.G.P aplicable a los juicios laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S, reza:

“Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de las personas contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite” (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, claro resulta que la no haberse efectuado la ratificación conforme lo solicitó la parte demandada, no podría dárseles el valor probatorio pretendido por la parte actora, pues *in extenso* ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que las declaraciones extrajuicio por sí mismas tienen plena validez probatoria, salvo que se haya solicitado su ratificación. Verbigracia, en sentencia SL-4438 del 2019, en la cual explicó:

“Considera esta Sala que el problema sometido a consideración ha sido debatido en inveteradas ocasiones, en las que tiene adoctrinado que las declaraciones extrajudiciales rendidas ante notario no requieren de su ratificación para que puedan ser valoradas por los jueces de instancia, a menos que la parte contra la que se adujeron la hayan solicitado de manera expresa, lo cual en el sub judice no ocurrió.

Implica lo aludido que la parte promotora no desplegó la carga probatoria que le incumbía, acorde lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P en tanto no logró probar los



supuestos de hecho de las normas cuyo efecto jurídico perseguía en la presente acción, habida consideración que no probó la calidad de beneficiaria de la indemnización sustitutiva.

Implica lo aludido que le asiste la razón al fallador de primera instancia al denegar el derecho pensional anhelado, en la medida en que la pasiva no acreditó la calidad de beneficiaria de la indemnización sustitutiva hoy reclamada.

En todo caso y en gracia de discusión, vale la pena indicar que aun cuando la demandante hubiere acreditado la calidad de beneficiaria de la indemnización sustitutiva por muerte del afiliado, no tendría derecho a la misma como quiera que el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, establece que habrá lugar a la misma en un valor igual a la que le hubiere correspondido al afiliado por la pensión de vejez, siendo que en el *sub-lite* al causante le fue ordenado el reconocimiento y pago de la respectiva indemnización sustitutiva mediante Resolución No 014464 de julio 30 del 2010 en cuantía igual a \$7.304.759, sin que haya lugar a un doble pago por el mismo concepto, ni mucho menos a la devolución de las cotizaciones realizadas por el causante como se peticiona en la demanda, como quiera que el legislador no contempló tal derecho a favor de los beneficiarios del causante en tratándose de afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.(CD fl 73)

En consecuencia, se confirma la sentencia de primeras instancias. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de febrero del 2020, por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOKA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 110013105029 2018 00595 01
Demandante: TATIANA VILLEGAS AYA
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A Y
OLD MUTUAL S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Atendiendo al poder allegado por *Colpensiones* se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad a la Doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C No 37.627.088 y T.P No 221.228 del C.S.J.

Asimismo, con fundamento en el poder allegado por *Protección S.A* se le reconoce personería adjetiva para actuar al Doctor Carlos Andrés Jiménez Labrador, identificado con C.C No 1.016.053.372 y T.P 317.228 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, respecto de la sentencia proferida el 28 de febrero del 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Tatiana Villegas Aya* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Porvenir S.A, Protección S.A, Old Mutual S.A y Colpensiones* a efectos que se declare nula y/o ineficaz la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por el incumplimiento de los deberes legales de información, en consecuencia, determinar que todas las afiliaciones posteriores carecen de validez y que la demandante se encuentra válidamente afiliada a *Colpensiones*.



Se condene y ordene a las AFP a declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante y trasladar a *Colpensiones* la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, condenando a esta última entidad a activar la afiliación de la demandante, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 22 de diciembre de 1962 y se afilió al *Instituto de Seguros Sociales* a partir del 3 de febrero de 1987 hasta el 1° de diciembre de 1993; que suscribió el formulario de afiliación a *Protección S.A* en el mes de diciembre de 1994, entidad que jamás le informó la naturaleza y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni la forma en que sería financiada su pensión, trasladándose con posterioridad a *Colmena*, hoy *Protección S.A*.

Que el 5 de julio del 2018 solicitó a la AFP *Protección S.A* y a *Porvenir S.A* la anulación y/o ineficacia de su afiliación, no obstante, denegaron su solicitud; de igual manera, solicitó a *Colpensiones* activar su afiliación, entidad que jamás resolvió su petición.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

Por su parte, *Protección S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que se encuentra frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó 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 genérica.



Old Mutual S.A se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no tuvo ninguna participación en el traslado de régimen. Presentó y sustentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 28 de febrero del 2020 absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

La anterior decisión fue soportada en que la demandante en su interrogatorio de parte admite que el asesor le explicó que la pensión sería financiada con lo que ahorrara y que debía realizar aportes voluntarios, que de hecho los realizó pero tuvo que retirarlos por una calamidad doméstica y tenía comunicación directa con el asesor, de manera que conocía las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, principalmente que la pensión depende de lo depositado en la cuenta de ahorro individual, además que dependía de los rendimientos y el mercado bursátil y por ello se trasladó entre AFP atendiendo al que mejores rendimientos estuviere generando.

Luego en este caso la demandante si conocía como se financiaba su pensión y por ende estima que si se cumplió con el deber de información.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que el deber de información, más allá del dominio de una información que se pueda tener, implica que se garantice un consentimiento libre y voluntario, lo cual no se demostró respecto de la situación



particular de la demandante, y si bien tenía conocimiento generales del régimen, lo cierto es que no le especificaron como debía materializarse el derecho pensional.

Finalmente, que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la inversión de la carga de la prueba implica que la AFP debe acreditar el deber de información, no solo al momento de la afiliación, sino incluso con posterioridad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del



Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar*



una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que “*ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto*”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de



transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 13 de diciembre de 1994 a *Colmena*, hoy *Protección S.A* (Fl 145), formulario de afiliación a *Skandia*, hoy *Old Mutual* del 28 de octubre del 2008 (Fl 189), así como una certificación de *Old Mutual S.A* que da cuenta que la demandante fue trasladada a *Porvenir S.A* el 21 de junio del 2010 (Fl 190), documental que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Ahora, en efecto la demandante en el interrogatorio de parte admite que cuando se trasladó de régimen el asesor le indicó que existían dificultades con *Colpensiones* y que en la AFP se podía pensionar en cualquier momento, que fue una asesoría grupal que no duró más de 15 minutos, precisando que ellos tenían mayor respaldo económico, además le ofrecieron un bono de Fedco, pero precisa



que la asesora ni siquiera tenía conocimiento de las semanas cotizadas, solo le indicó que podía realizar aportes voluntarios, no le explicó que los aportes podían generar pérdidas ni que en *Colpensiones* los aportes no eran heredables. Posteriormente, se trasladó entre régimen, por cuanto un asesor de *Old Mutual S.A* le dijo que *Skandia* tenía un mejor portafolio y que tenía una mejor asesoría.

Interrogatorio en el que si bien la demandante admite que se le informó que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad su pensión se podía financiar con los ahorros que hiciera y que podía realizar aportes voluntarios, como en efecto lo hizo, lo cierto es que tal afirmación por sí misma, no permite entrever que se haya cumplido con el deber de información en los términos que legalmente le correspondía a la AFP, pues a más de la ventajas del traslado no se le comunicó cuales serían las desventajas, ni las consecuencias del traslado o mucho menos la diferencia que existía entre uno y otro régimen. Luego, discrepa la Sala de los argumentos que llevaron al sentenciador de primera instancia a absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, pues a juicio de la Corporación no fue debidamente acreditado ese deber de información que incumbía a las AFP.

Por ende no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, aportes voluntarios, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019:

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización



de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Cabe señalar que, al no acreditarse por parte de la AFP que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

En lo que respecta a la carga probatoria, justo resulta tener en cuenta lo expresado por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452-2019 en donde trae a colación su tesis que indica que las AFP tienen el deber de proporcionar la información completa y comprensible en materias de alta complejidad y no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, en los siguientes términos:

“Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.



“Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.”

En cuanto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad, al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3464 Radicación 76.284 de fecha 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

2Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».



Es así como las AFP tienen el deber de devolver al sistema todo los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, lo anterior implica declarar la ineficacia del traslado y apareja además como consecuencia la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.



Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

De otra parte, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado y disponer los reintegros en los términos antes señalados. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora *TATIANA VILLEGAS AYA*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el



formulario de fecha 13 de diciembre de 1994, tramitado por *COLMENA* hoy *PROTECCIÓN S.A.*

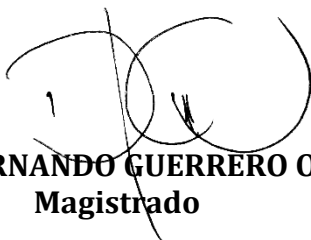
TERCERO: CONDENAR a *PROTECCIÓN S.A.*, *OLD MUTUAL S.A.* y *PROVENIR S.A.* a trasladar a *COLPENSIONES* la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras y cualquier otro emolumento que se haya generado durante su vinculación hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que les sea factible descontar suma alguna de dinero por ningún concepto.

CUARTO: CONDENAR a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *TATIANA VILLEGAS AYA*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

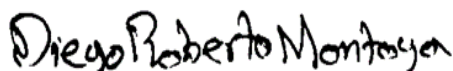
QUINTO: DECLARAR como no probada la excepción de prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 29 2019 00510 01
Demandante: AMALIA GUERRA MACIA
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *Alida del Pilar Mateus García*, identificada con C.C No 37.627.008 y T.P No 221.228.

Por otra parte, *Porvenir S.A* allega poder de sustitución, en virtud del cual se le concede personería a *Olga Viviana Hernández Téllez*, identificada con C.C 52.532.969 y T.P 228.020 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida el 21 de febrero del 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Amalia Guerra Macia* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Protección S.A* y *Colpensiones* a efectos que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen.



En consecuencia, se declare que para todos los efectos legales la demandante se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cabeza de *Colpensiones*, se ordene el traslado de los aportes realizados por el demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se condene a *Colpensiones* y las AFP al pago de las costas procesales, así como lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 19 de junio de 1960, cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida durante el periodo comprendido del 1° de febrero de 1982 al 31 de marzo de 1995, data en la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, suscribiendo el formulario respectivo el 16 de marzo de 1995, decisión que aduce no fue informada, autónoma y consciente.

Que el 10 de mayo del 2017 radicó derecho de petición ante la AFP *Protección S.A* y el 21 de diciembre de 2017 ante *Colpensiones*, solicitando la nulidad del traslado y el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, peticiones que fueron denegadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio*, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la Administradora privada, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad, máxime que son taxativas las causales para declararla.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

Por su parte *Protección S.A* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra aduciendo que se encuentra frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.



Formuló como excepción las 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, la genérica e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 21 de febrero del 2020 el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del régimen pensional a *Protección S.A*, y en consecuencia para todos los efectos legales, que nunca se trasladó de régimen, permaneciendo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ordenando a *Protección S.A* reintegrar a *Colpensiones* todos los valores recibidos por motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno.

Para tal efecto señaló que se vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la AFP accionada no cumplió con la carga de la prueba en demostrarlo, por lo cual no le suministró a la actora las características propias de cada uno de los regímenes pensionales concretándolos a la situación fáctica y jurídica de la afiliada, pues al accionante no se le explicó que la mesada pensional sería menor a la que devengaría en el Instituto de Seguros Sociales, hoy *Colpensiones*.

Agregó, que la única documental allegada al plenario fue el formulario de afiliación de la promotora de la litis, frente al cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha indicado que la simple suscripción no acredita el deber de información; y frente a la línea jurisprudencial referida a los beneficiarios del régimen de transición o frente a un derecho consolidado, en las últimas providencias ha determinado que aquella no está supeditada a dicha condición particular, sino que se debe analizar si se cumplió con el deber de información en el momento de la afiliación.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Como quiera que la sentencia fue adversa a las pretensiones de *Colpensiones* y La Nación funge como su garante, el presente proceso será analizado en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin



informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante,*



pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta



entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o se tiene una exceptiva pensional próxima a concretarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 16 de marzo de 1995 a *Colmena*, hoy *Protección S.A* (Fl 75), en el que si bien se indica que el formulario de afiliación aportado fue firmado de forma libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin de tomar una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, expresando que a la fecha del traslado estuvo en una reunión grupal con un asesor de la AFP que le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, por lo que le resultaría más favorable trasladarse a la AFP donde obtendría una pensión más favorable.

Del material probatorio es claro que no se acreditó que la actora haya recibido ilustración sobre aspectos tales como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y



sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019, en la que refirió:

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Respecto de la ratificación del acto invocando el artículo 898 del Código de Comercio, se precisa que el traslado de AFP en el mismo régimen no convalida el acto inicial de traslado de régimen, y al no acreditarse por parte de las AFP que suministraran la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de sus actos, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Frente a la devolución de los gastos de administración y primas de aseguradoras, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones,



bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2022, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que los fondos privados no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, aunado a que la aquí demandante ostenta la calidad de afiliada y por ende no afectó las primas por los riesgos de invalidez o sobrevivientes.

De otra parte, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impropia.



Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN:

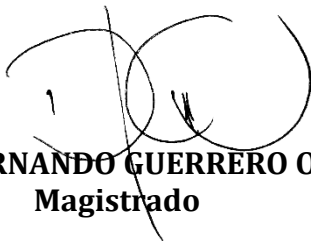
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

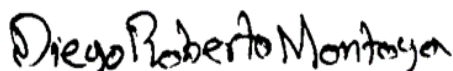
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero del 2020, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

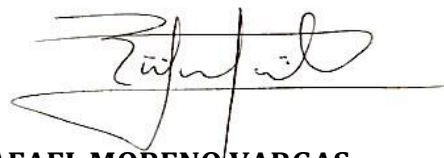
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 11001310 50 12 201900546 01
Demandantes: CARMEN CECILIA MONTAÑA Y JOSÉ OMAR PULIDO
RINCÓN
Demandado: AFP PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la sala a estudiar el recurso de apelación elevado por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 24 de febrero del 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá

I. ANTECEDENTES:

1. DE LA DEMANDA:

La señora *Carmen Cecilia Montaña* y el señor *José Omar Pulido Rincón*, presentaron demanda ordinaria labora en contra de *Porvenir S.A*, a efectos de que se condene a la AFP a reconocerles y pagarles la pensión de sobrevivientes a que tienen derecho por el fallecimiento de su hijo *Fabian Leonardo Pulido Montaña* a partir del 29 de junio del 2014, al pago de los respectivos incrementos pensionales, las mesadas adicionales, los intereses moratorios, el retroactivo pensional, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que el causante *Fabian Leonardo Pulido Montaña* nació el 21 de marzo de 1991; era afiliado de la AFP *Porvenir S.A* desde el 21 de enero del 2011; que convivió con sus padres hasta la fecha de su fallecimiento.



Precisan que el causante colaboraba económicamente con los gastos de sus padres, permitiéndoles convivir en condiciones dignas. Destacan que en la actualidad *José Omar Pulido Rincón* percibe una mesada pensional por parte de la AFP *Porvenir S.A.*

Finalmente, refieren que solicitaron la pensión de sobrevivientes del causante el 30 de diciembre del 2015, siendo denegada mediante comunicación del 17 de junio del 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La AFP *Porvenir S.A* se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones aduciendo que los demandantes no acreditaron la dependencia económica respecto del causante.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia surtida el 24 de febrero del 2020 condenó a la AFP *Porvenir S.A* a reconocer y pagar a los demandantes la pensión de sobrevivientes en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 30 de junio del 2014, en un porcentaje igual al 50% para cada uno; al pago de \$53.939.579 por concepto de retroactivo pensional, la indexación de las sumas adeudadas, a realizar los descuentos a salud y al pago de las costas, junto con las agencias en derecho.

Como sustento de su decisión indicó que el señor *Fabían Leonardo Pulido Montaña*, para la data del deceso dejó causado el derecho al reconocimiento pensional, pues cotizó más de 50 semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento.



De otra parte, en lo que respecta a los beneficiarios, tal como consagra el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a falta de cónyuge, compañero permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante, si dependían económicamente de este.

En tal sentir, a contrario a lo alegado por la AFP *Porvenir S.A.*, el demandante devengaba una suma superior al salario mínimo legal mensual vigente, y en ese sentido, los ingresos familiares se conformaban por lo aportado por el causante y su padre *José Omar Pulido Rincón*, quien devenga un salario mínimo legal mensual vigente, dedicándose su madre *Carmen Cecilia Montaña* al hogar.

De otra parte, que de conformidad con los interrogatorios de parte y la prueba testimonial, es claro que existía la dependencia económica de los padres del causante, frente a su hijo *Fabián Leonardo Pulido Montaña*, luego habría lugar al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, aplicando la garantía de pensión mínima a partir del 30 de junio del año 2014, por 13 mesadas pensionales al año.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada presenta recurso de apelación en el que indicó que se da por demostrado, sin estarlo, que el demandante por el hecho de devengar una suma superior a un salario mínimo, los demandantes dependieran económicamente de él, máxime que los testigos son de oídas; de otra parte, que los actores al momento de elevar la solicitud consignaron en el formulario *“declaro que al momento del fallecimiento de mi hijo tanto padre como madre no dependían”*.

Asimismo, se observa que los aportes familiares del afiliado eran de \$200.000, ayuda que no implica dependencia económica, máxime cuando era una persona mayor de edad que se encontraba trabajando, y por ende solventaba algunos gastos propios del domicilio, aunado a ello que no es dable acoger los interrogatorios de parte como medio de convicción que beneficie los intereses de los demandantes, acreditándose que el actor solventaba sus propias obligaciones.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico

Conforme a los argumentos expuestos en el recurso de alzada, el objeto del presente debate se centra en establecer si los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes anhelada.

c. De la Pensión de Sobreviviente

No es objeto de discusión en el presente caso, que el señor *Fabian Leonardo Pulido Montaña* falleció el 29 de junio del 2014, como lo demuestra el Registro Civil de Defunción (Fl 14). En este entendido, la norma aplicable con la que se debe dirimir el derecho a la pensión de sobrevivientes, es la vigente al momento de la muerte del afiliado, en este caso, el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencias SL4690 de 2019 y SL21546 de 2017, entre otras.

Ahora bien, conforme el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, *“A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este”*, parentesco que debe ser acreditado con el Registro Civil de Nacimiento, el cual obra a folio 15, corroborándose que los demandantes son los progenitores del causante.

No obstante, para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, es necesario determinar los requisitos establecidos en el numeral 2° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, como son la densidad de semanas



exigidas para otorgar la prestación y si los demandantes acreditaron la dependencia económica respecto de su hijo.

Como el causante era afiliado, se tiene que debía cumplir para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, con 50 semanas de cotización en los últimos tres (3) años con anterioridad a la muerte. En el caso en concreto, se tiene que, analizada la relación histórica, los movimientos y los aportes de la cuenta individual del *de cujus*, entre periodo del 29 de junio del 2011 al 29 de junio de 2014 a folios 73 a 77 del expediente, efectivamente cotizó más de 50 semanas, dejando causado el derecho pensional

En cuanto a la dependencia económica, se debería determinar como parámetro de interpretación lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha señalado que es necesaria la prueba que demuestre que el causante contribuía para el sostenimiento económico de sus ascendientes, a fin de averiguar si esa ayuda ciertamente constituía un aporte esencial para el sustento, sin el cual no sería posible cubrir las necesidades básicas de un hogar, aunque también dejó sentado que el hecho de tener algún tipo de ingreso, no los convierte en autosuficientes.

Ello por cuanto, dicho requisito se encuentra vigente, pues la sentencia C-111 de 2006 sólo declaró la inexequibilidad de la expresión “*de forma total y absoluta*” contenida en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, precisó el alcance de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 en sentencia del 1º julio de 2015, radicación 47695, así como en la sentencia SL 4103 de 2016, indicando que:

“[...] la dependencia económica que se exige para acceder a la pensión de sobrevivientes, no significa que el beneficiario se encuentre en estado de mendicidad o indigencia, pues el simple hecho de recibir ingresos de otras fuentes, no significa que tenga autonomía económica para subsistir por sí solo sin la ayuda de sus hijos.

“[...] la jurisprudencia de esta Corporación tiene precisado, que si bien la dependencia económica de los padres con respecto de sus hijos no tiene que



ser total y absoluta, si debe ser un verdadero sustento económico importante para resolver las necesidades de la familia que, de no tenerlo afecte la vida digna que se procura (sentencia CSJ SL4811 – 2014) [...] De ahí que sí resulte necesario establecer, no solo en qué consistía y si no a cuánto ascendía la ayuda o el aporte que hacía el causante en vida, para en perspectiva de esa situación poder determinar si era significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida”.

Dicha posición ha sido reiterada más recientemente en la sentencia SL 1954 de 2018, en la que se indicó:

*“[...] debe recordarse que **la dependencia económica de los padres respecto de su hijo fallecido no tiene que ser total y absoluta**, es decir, que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos en relación con la ayuda del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando, esto no los convierta en autosuficientes. Criterio que además ha atendido lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006, a través de la cual se declaró la inexequibilidad de la expresión «de forma total y absoluta» contenida en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.*

“[...]”

“Desde esa perspectiva la Sala ha definido la dependencia económica como «la subordinación de una persona respecto de otra, por necesitar de su ayuda o auxilio para llevar una vida digna», puntualizando que dicha condición desaparece «cuando la persona es autosuficiente, por estar en capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos indispensables para su subsistencia en condiciones de dignidad» (CSJ SL, 1 nov. 2011, rad. 44601)”.

Con base en lo anterior, considera la Sala que si se aportaron los medios probatorios necesarios para determinar tal dependencia.

Para llegar a dicha conclusión, se tiene que en el curso de los interrogatorios de parte, la demandante en manera alguna confesó no depender de su hijo. Por el contrario, adujo que no labora hace más de 15 años, que habitan en la casa de los padres de su cónyuge, lugar en el que convivieron con su hijo, quien en vida laboraba y les colaboraba con los gastos del hogar, solucionando gastos de



alimentación y servicios públicos; y, aunque su cónyuge es pensionado y devenga el salario mínimo legal mensual vigente, no era suficiente para cubrir las necesidades básicas.

Igual situación se predica del accionante, quien explicó que es pensionado por *Protección S.A* y durante los años 2011 a 2014, sufragando los gastos del hogar de manera mancomunada con el causante; que si bien tiene más hijos, no le brindan ayuda económica.

De tal manera, que aunque de sus dichos no es factible estimar acreditada la dependencia económica, dado el fin de la prueba de interrogatorio de parte, lo cierto es que no existe confesión que afecte sus intereses en el proceso.

De otra parte fueron escuchados los testimonios de *Esther Julia Prieto*, vecina de la familia y por lo tanto conoció al causante, pues refirió que compartía con los hijos de la pareja; señala constarle que el causante convivió con sus padres, que trabajaba y con lo que devengaba ayudaba a sus padres; que los demandantes tenían dos (2) hijos mayores, pero no vivían con ellos y les ayudaban con lo que tenían, dado que contaban con sus propios hogares.

Precisó que le constaba que el causante les colaboraba con el mercado, cuyo valor para esa época lo estima en \$600.000, los que sufragaban entre el demandante y el causante, lo que le consta porque ella lo veía ayudarle a los padres; finalmente, refiere que desde que murió el causante, los actores viven con muchas dificultades, pues tienen los mismos gastos y solo cuentan con la pensión del demandante.

De otra parte, el señor *Pedro Rafael Esguerra Suárez*, quien refiere haber conocido al causante, le consta que trabajaba en una empresa en Bogotá; que arreglaba y ensamblaba secadoras y planchas de pelo, precisando que el salario lo compartía con sus padres, pues él era quien convivía con ellos; que sufragaba gastos de alimentación y además ahorraba conjuntamente con ellos. Precisa que le consta que cuando al causante le pagaban, lo primero que hacía adquirir el mercado.



Finalmente rindió testimonio la señora *Concepción Rivera Montaña*, quien expresó que era hermana del demandante y por tanto le consta que el causante trabajaba en una empresa de electricidad para la data de su deceso y adicional como mariachi, y con sus ingresos adquiría el mercado de la casa, pagaba servicios y llevaba a sus padres a pasear, pues el demandante ganaba un salario mínimo y no era suficiente, por eso el causante ayudaba a pagar los gastos de la casa.

Asimismo, se corrobora con el resumen de semanas cotizadas, que el causante tenía un IBC superior al salario mínimo (Fls 77) y que en efecto en el formulario de solicitud pensional los demandantes expresaron que el demandante aportaba \$600.000, y que no dependían económicamente de este (Fl 12).

Ahora, pese a lo indicado en el formulario de reclamación pensional, se constata que fue suficientemente acreditado a lo largo del proceso que si bien el demandante tiene una pensión igual al salario mínimo, lo cierto es que el causante a la fecha de su deceso convivía con sus progenitores, siendo el único de los hijos de la pareja que compartía el techo con sus padres y adicionalmente le colaboraba económicamente a sus padres, pues los testigos fueron contestes al afirmar que el *de cujus* les colaboraba a sus padres con los gastos del hogar, dando cuenta todos ellos que el demandante asumía los gastos del mercado junto con su padre, relato que aducen les consta, no por ser testigos de oídas como lo refiere el recurrente, sino dada su cercanía con la familia.

De esta manera, al revisar la Sala el material probatorio arrimado y analizarlo bajo las reglas de la sana crítica y la experiencia, se avizora que los gastos del hogar, conformado por los demandantes y el causante, no eran suplidos únicamente a través de los ingresos percibidos por el demandante como mesada pensional, sino que dado a que esta correspondía al salario mínimo, su hijo *Fabián Leonardo Pulido Montaña* debía concurrir con un apoyo económico sustancial que le permitiera a la familia cubrir los gastos para su congrua subsistencia, al punto que este asumía el pago del 50% del mercado, además de brindar otro tipo de apoyos económicos para el pago de servicios y otros emolumentos que debían ser cubiertos por la familia.



Implica lo precedente que tras la muerte del causante, sus progenitores dejaron de contar con el apoyo económico del mismo pese a que los gastos del hogar se siguieron manteniendo. En tal sentir, aun cuando es indiscutible que no existía una dependencia económica absoluta de parte de los padres del causante, también lo es que el aporte económico brindado por este les permitía suplir las necesidades básicas del hogar, por manera que tal como lo relata la testigo *Esther Julia Prieto*, luego de su deceso se han visto en una situación económica muy difícil.

De cara a lo enunciado, es patente que conforme las reglas establecidas jurisprudencialmente, no existe duda alguna en que los aquí demandante sí reúnen los requisitos legales necesarios para ostentar la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del causante, acorde lo reglado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Razón por la cual, es acertada la decisión que fuere adoptada por el fallador de primera instancia, al conceder a los demandantes la pensión de sobrevivientes a partir del 29 de junio del 2014, en cuantía igual al salario mínimo y en proporción del 50% para cada uno, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el día 24 de febrero del 2020, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 31 201900669 01
Demandante: BERTHA INÉS LAGOS PAREDES
Demandado: CHICO TOURS LTDA.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en favor de la parte demandante.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Bertha Inés Lagos Paredes* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Chico Tours Ltda.*, a efectos que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el día 19 de mayo de 2008 hasta el 5 de junio de 2018; que el contrato terminó de forma unilateral y sin justa causa atribuible a *Chico Tours Ltda.*; en consecuencia, se condene a la demandada, al pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, al pago de las sumas dejadas de percibir por concepto de salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social, la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., indemnización por despido injusto, dotaciones por el periodo del 1º de enero de 2018 al 5 de junio de 2018, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que la actora fue contratada por la encartada desde el 19 de mayo de 2008, mediante contrato de trabajo a término



indefinido en cargo de tesorera, relación que se mantuvo vigente hasta el 5 de junio de 2018, prestando sus servicios de forma personal y directa.

Que fue víctima de persecución por parte de la demandada al habersele asignado labores diferentes a las funciones inherentes a su cargo e iniciársele proceso disciplinario por faltas inexistentes; señala que durante el último año que se mantuvo la relación laboral no se le suministró dotación.

Que al momento de la terminación del contrato de trabajo le faltaban menos de tres años para adquirir su estatus pensional, en consecuencia, gozaba de estabilidad laboral reforzada; finalmente, que al momento de realizarse la liquidación de prestaciones sociales no se incluyó la indemnización por despido sin justa causa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, indicando que la terminación del contrato fue con justa causa con ocasión a la violación al Reglamento Interno de Trabajo y como consecuencia del abuso de confianza y mal manejo de los recursos que se encontraban bajo la responsabilidad de la accionante en su calidad de auxiliar de tesorería, máxime que la señora *Bertha Inés Lagos Paredes*, reconoció el daño causado a la empresa al momento de rendir sus descargos.

Que en vigencia de la relación laboral le fueron solucionados los salarios, prestaciones sociales y se realizaron los aportes al Sistema de Seguridad Social, entregándose además las dotaciones.

Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de marzo de 2020 declaró que entre la señora *Bertha Inés Lagos Paredes* y *Chico Tours Ltda.*, existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo del 19 de



mayo de 2008 al 5 de junio de 2018, absolviendo al extremo demandado de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, señaló que no fue objeto de debate la existencia del contrato de trabajo. En cuanto a la terminación del mismo estimó que el Reglamento Interno de Trabajo en sus artículos 49 y 50, no cataloga el despido como una sanción disciplinaria, por lo que la demandada no estaba en la obligación de seguir el procedimiento establecido en el artículo 51 de dicho estatuto.

De otra parte, que verificado a folio 16 del expediente reposa comunicación suscrita por la Representante Legal de *Chico Tours Ltda.*, con asunto “*terminación de contrato con justa causa*” recibida por *Bertha Inés Lagos Paredes*, por lo que no se configuró un despido indirecto, en tanto la accionante no presentó renuncia motivada al cargo por una causal imputable al empleador.

Igualmente, que el parágrafo del artículo 62 del C.S.T. indica que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra la causal de la terminación sin que posteriormente pueda alegarse motivo distinto, y conforme a la jurisprudencia del máximo órgano de cierre, al trabajador le basta acreditar el hecho del despido, correspondiendo al empleador demostrar la ocurrencia de los hechos motivos del mismo; que, verificadas las pruebas aportadas y recaudadas, *Chico Tours Ltda.* acreditó que la terminación del contrato de trabajo obedeció a una justa causa con fundamento en el numeral 6 del literal a) del artículo 62 del C.S.T., toda vez que se dio con ocasión al indebido manejo de los dineros que estaban a cargo de la accionante.

Asimismo, reposa a folio 85 del expediente memorando de fecha 24 de mayo de 2018 con ocasión al incumplimiento de funciones asignadas por los hechos relacionados con el pago de impuestos y el giro erróneo de un cheque, a folio 89 se encuentran los descargos rendidos por la accionante por las irregularidades encontradas en el arqueo efectuado el día 30 de mayo de 2018, documentos que no fueron tachados de falsos ni tampoco se desconoció el contenido de los mismos; que de estas situaciones diferentes se observa que la primera dio lugar a la sanción consistente en un llamado de atención y la segunda configuró la causal de terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador.



Frente al dicho de la accionante atinente a que estaba sometida a sobrecarga laboral y asignación de funciones no inherentes a su cargo, en virtud del principio del *ius variandi* es claro que el empleador puede imponer nuevas funciones y el trabajador oponerse si estas desconocen sus derechos fundamentales; no obstante, de la prueba testimonial se tiene que la actora cumplía dichas funciones desde tiempo atrás sin que exista prueba alguna de sus manifestaciones.

De igual manera, no se acreditó el incumplimiento en el pago de las acreencias laborales pretendidas y en lo que refiere a la dotación tiene sentado la jurisprudencia que cuando el empleador incumple la entrega de dotación procede el pago de la indemnización que se tasaré conforme los perjuicios que se prueben, situación que no aconteció en el presente asunto por lo que se absolvió de dicha pretensión.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte demandante presenta recurso de apelación señalando que no comparte la decisión adoptada al haberse declarado que el despido fue con justa causa sin analizar las circunstancias del Fondo de Empleados, situación que motivo el despido, reiterando que las causales del despido son diferentes aquellas por cuales se llevó a cabo el proceso disciplinario.

Adicionalmente que se le vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada, por haber sido despedida en condición de pre pensionada.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal que invalide lo actuado, habrá de establecerse (i) si los motivos endilgados a la actora por parte de la demandada al momento del despido, fue realizado dentro de la órbita legal, en atención de las conductas que se le endilgaron en la carta de terminación con justa causa; y (ii) si la accionante es beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada por ostentar la condición de pre pensionada.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que como lo determinó la *a-quo*, dentro del proceso no fue objeto de reparo que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, por el periodo comprendido entre el 19 de mayo de 2008 y el 5 de junio de 2018, prueba de ello es el contrato de trabajo suscrito por las partes y la liquidación final de prestaciones sociales que reposan a folios 14 y 15 del expediente.

Respecto a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia, tales como las sentencias SL2053-2020, Radicación No. 79903 del 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66933 del 26 de febrero de 2020, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

Sobre este aspecto, dentro del plenario obra la carta de terminación del contrato de trabajo que le efectuara la pasiva a la señora *Bertha Inés Lagos Paredes* fechada el 5 de junio de 2018 (Fl. 16), cuyo asunto es la “*Terminación del contrato con justa causa*”, y que se suscribiera por la Gerente General de la demandada *Ivonne Guerra de la Espriella*; de ahí que la actora haya probado el despido conforme las reglas jurisprudenciales; circunstancia por la cual, se adentra la Sala a analizar si las causales allí indicadas se encuadran en una terminación justa de la relación laboral.

La motivación de la terminación del contrato de trabajo, la asentó la pasiva en los siguientes aspectos:



“El fundamento de la decisión tiene que ver con el abuso de confianza, mal manejo de los dineros que estaban bajo su responsabilidad desempeñando sus funciones propias como Auxiliar de Tesorería, y que de acuerdo con su contrato laboral y el reglamento interno de trabajo usted infringió en dichas normas y procedimientos.

“La empresa le inició un proceso de descargos disciplinarios el día 30 de mayo de 2018 para garantizar su derecho de defensa y el debido proceso. Usted fue debidamente citada a los descargos donde se le informó los hechos por los cuales se iban a rendir los descargos y sus derechos como trabajadora.

“Su proceso disciplinario se llevó de manera garantista respetando los trámites exigidos por la ley, se le cuestionó sobre las posibles faltas cometidas las cuales quedaron consignadas en el acta respectiva de los descargos donde usted acepta su responsabilidad en las irregularidades encontradas el día 30 de mayo de 2018 respetándole las garantías y derechos como trabajadora”.

Ahora bien, la diligencia de descargos que se realizó por las irregularidades encontradas en el arqueo realizado el día 30 de mayo de 2018 quedó consignada en el acta de la misma fecha suscrita por la accionante, el representante de la empresa y dos testigos (Fl. 89), de la que se destaca:

“ 1. PREGUNTA: ¿Conoce el motivo por el cual fue citada?

Por lo de hoy por las irregularidades que encontraron en el puesto de trabajo.

[...]

4. PREGUNTA: ¿Quién le autorizó los préstamos tomados de la utilidad del baloto?

Nadie me autorizó, yo me los tomé es manejo mío y responsabilidad mía.

[...]

9. PREGUNTA: ¿Por qué tiene autopréstamos registrados en papeles y no reportados de la caja del baloto?

Por necesidad propia los cuales los ingresaré y registraré el 31 de mayo de 2018, cuando nos paguen la quincena”.

De lo anterior, se tiene que la trabajadora desde el acta de descargos aceptó el mal manejo de los recursos, al señalar haber acogido préstamos de la utilidad de baloto, sin tener autorización para dicha conducta.

Ahora bien, respecto de la prueba documental el manual del cargo de auxiliar de tesorería que obra a folios 80 a 83 del plenario, se encuentra suscrito por *Bertha Inés Lagos*, y establece que el control y soportes a la caja deben hacerse de forma diaria.

De otra parte, en el Reglamento Interno de Trabajo de *Chico Tours Ltda.* (Fls. 48 a 83) se aprecia que en numeral 1° del artículo 43 se establecen como obligaciones especiales del trabajador las siguientes:



“1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido.”

Asimismo, en el numeral 6° del artículo 46 del referido Reglamento Interno de Trabajo se establece como justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono la siguiente:

“6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST o cualquier falta grave calificada como tal en el pacto o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o en el presente reglamento”.

De igual manera, el artículo 47 *ejusdem*, establece como justas causas de terminación del contrato de trabajo por parte del patrono, las faltas que se califican como graves, y en su numeral 13 se consigna:

“13. Disponer de dinero, cheques, letras de cambio y demás instrumentos negociables, artículos o valores que le sean entregados por cualquier concepto con destino a la empresa o por esta con destino a sus acreedores, cliente, trabajadores, etc.”.

De tal manera, que resulta evidente de la documental antes analizada, que la accionante debía cumplir las labores a su cargo atendiendo las instrucciones del empleador, estando prohibido el disponer del dinero o valores que estén en poder del trabajador para efectos diferentes de la labor contratada, conducta que además de manera expresa se tipificó como falta grave y justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Acota la Sala además que, en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, confesó que reconoció el abuso de confianza por las faltas de dinero de las máquinas de baloto al momento del arqueo, y que en esa misma semana luego de ser rendidos los descargos, repuso el dinero faltante.

Al momento de rendir su declaración la Representante Legal de la accionada, señora *Ivonne Guerra*, refirió que la causa que motivó el proceso disciplinario y su terminación del contrato fue el faltante de dinero encontrado en las cajas.



Así mismo del testimonio rendido por *Patricia Isabel Luna Giraldo*, se tiene que la finalización del contrato de *Bertha Inés Lagos Paredes* obedeció al manejo indebido de los dineros que tenía bajo su responsabilidad al tomar dineros de la máquina de baloto (0:50:57), en el mismo sentido, rindieron su declaración la testigo *Janeth Ramirez Ariza* y el testigo *Elver Hernández Beltran*.

Así las cosas, como lo ha sostenido la Alta Corporación, en tratándose de varias conductas motivacionales del despido, si una de las causales se llega a determinar, es suficiente para declarar justo el finiquito; por esta razón y a pesar que en primer grado no se analizó la conducta del faltante del dinero del Fondo de Empleados en atención a que este no era un Fondo constituido como persona jurídica y teniendo en cuenta que sus aportes no se realizaban a través del empleador y que fue el motivo del reproche de la alzada, para esta Colegiatura está plenamente probado que el despido fue justo, pues se encuentra acreditada la falta atribuida a la accionante y el acervo probatorio sustenta debidamente dicha ocurrencia, esto es, el faltante de los dineros de la máquina del baloto.

Ahora bien, el apoderado de la parte demandante insiste en el recurso de apelación que las causas del despido fueron diferentes a las del proceso disciplinario que se le inició a la accionante; no obstante, téngase en cuenta que como lo señaló el sentenciador de primer grado, son dos situaciones diferentes a las que se refiere, puesto que existió un llamado de atención por incumplimiento de funciones de fecha 24 de mayo de 2018 (Fl 85) frente al cual la accionante da respuesta en comunicación de fecha 28 de mayo de 2018 (Fl 96); y otro, es el faltante de los dineros de la máquina del baloto que se encontró al momento de realizar el arqueo el 30 de mayo de 2018, conducta por la cual se llamó a la accionante a rendir descargos y configuró la terminación del contrato de trabajo con justa causa de conformidad con en el Reglamento de Trabajo de Trabajo, acorde con el numeral 6° del artículo 62 del C.S.T.

Una vez determinado lo anterior, en cuanto a la estabilidad laboral reforzada, se tiene que no se incluyó como pretensión, limitándose a exponerlo en el hecho décimo sexto del libelo demandatorio, en el cual se afirma que la actora contaba con 56 años de edad y 1.847,43 semanas de cotización, más no obra prueba alguna que soporte el dicho de la actora. Nótese como en el auto admisorio notificado en el estado 175 del 6 de



noviembre de 2019 por parte del *a-quo* se deja constancia que la documental historia laboral expedida por la *AFP Protección* señalada en el acápite de pruebas de la demanda no se encuentra dentro del plenario, asimismo en la etapa de fijación del litigio surtida en primera instancia no se estableció lo relacionado con este aspecto, por lo que esta Sala queda relevada en virtud del principio de congruencia.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

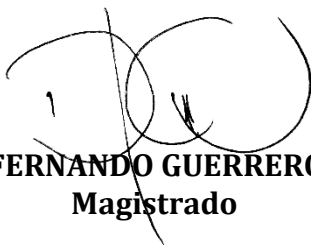
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

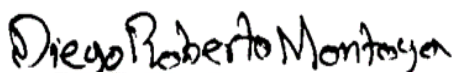
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 32 2017 00268 01
Demandante: LUIS ÁNGEL LAGUNA
Demandado: INGELEL S.A.S., UNE EPM
TELECOMUNICACIONES S.A. Y SEGUROS DEL
ESTADO S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 31 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Luis Ángel Laguna*, formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad *Ingelel S.A.S.*, entre el 16 de junio de 2014, el cual se encuentra vigente en virtud de la sentencia de tutela del 13 de enero de 2016, que dispuso su reintegro; que prestó su fuerza de trabajo para el dueño de la obra *UNE EPM Telecomunicaciones S.A.*, quien es solidariamente responsable, así como *Seguros del Estado S.A.*; se declare ineficaz la liquidación del contrato de trabajo, por haberse ejecutado cuando gozaba de la garantía de la estabilidad laboral reforzada y se declare que el contrato de trabajo culmina cuando se dicte sentencia, por causas imputables al empleador.

En consecuencia, se condene a las accionadas al reintegro con el correspondiente pago de las acreencias laborales dejadas de solucionar; la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997, los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, los intereses moratorios, indexación y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria depreca el pago de las acreencias laborales hasta el 30 de abril de 2017, incluyendo la indemnización moratoria, el auxilio de cesantía, intereses a la cesantía doblados, sanción por la no consignación del auxilio de



cesantías, prima de servicios, vacaciones, incapacidades aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, indemnización por despido injusto, intereses moratorios, la indexación y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que el 16 de junio de 2014 ingresó a laborar en la sociedad *Ingelel S.A.S.* mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término fijo, prestando el servicio a favor de *UNE EPM Telecomunicaciones S.A.*; que el 19 de enero de 2015 cuando se desplazaba en su motocicleta sufrió un accidente de trabajo, tras ser arrollado, de lo cual se levantó el respectivo informe policía de tránsito; que sufrió una fractura de tibia abierta derecha, expidiéndose diversas incapacidades entre el 19 de enero y el 9 de marzo de 2015, las cuales fueron entregadas al empleador.

Que solo le fueron canceladas las dos primeras incapacidades, adeudándose las restantes; que encontrándose en proceso de recuperación, a principios del mes de junio de 2015 le fue informado que había superado el tope de cobertura del SOAT, y no pudo acceder a los servicios de salud en la E.P.S. por cuanto la sociedad *Ingelel S.A.S.* lo había desvinculado como trabajador desde el 30 de marzo de 2015, lo cual fue corroborado por la empleadora.

Que a finales del mes de octubre de 2015 recibió una comunicación de fecha 27 de septiembre de 2015, en la cual era citado para el pago de la liquidación; que se acercó a la empresa el 10 de noviembre de 2015, siendo obligado a firmar un documento que rezaba que la empleadora estaba a paz y salvo, evidenciando que la terminación correspondía con el 30 de marzo de 2015, fecha para la cual estaba incapacitado; que el pago de la liquidación solo se efectuó hasta el 10 de noviembre de 2015, y fue solucionada con cargo a una póliza de cumplimiento de *Seguros del Estado S.A.*

Que el 22 de diciembre de 2015 instauró una acción de tutela, la cual correspondió al Juzgado Cuarenta y Siete Penal Municipal con Función de Control de Garantías, el que en fallo del 13 de enero de 2016 ordenó su reintegro, la cual fue confirmada por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá; que el 3 de mayo de 2016 recibió una comunicación en la cual *Ingelel S.A.S.* exigía que se presentara en la ciudad de Medellín, desconociendo su lugar de residencias y omitiendo el pago de



acreencias laborales; que al no contar con recursos para el traslado solicitó un adelanto de \$10.000.000; que al no existir proyectos en la ciudad de Medellín le fue concedida una licencia no remunerada, la cual no ha sido revocada para la fecha de presentación de la demanda. Finalmente refiere que radicó incidente de desacato al no haberse dado cumplimiento al fallo de tutela, sancionándose a la accionada

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad accionada *Ingelel S.A.S* operó la *litis contestatio* por conducto de curadora *ad-litem* señalando no constarle los hechos de la demanda, sin formular medios exceptivos.

Por su parte *UNE EPM Telecomunicaciones S.A.* señaló haber suscrito un contrato civil de prestación de servicios con *Ingelel S.A.S.*, el cual culminó por hechos imputables a la contratista en marzo de 2015, por lo cual no le constan los hechos acaecidos con posterioridad a dicha data, no es factible que el demandante prestara algún servicio luego de culminado el contrato; que no fungió como empleadora del accionante, y se suscribió un paz y salvo, en tanto solucionó los que se aducía adeudaba *Ingelel S.A.S.*, al haberle retenido dineros para tal fin, lo que además condujo a hacer efectivas las pólizas de cumplimiento.

Finalmente, que no se emitió en su contra orden alguna en la sentencia de tutela, e incluso fue desvinculada del trámite tutelar, por lo que desconoce si *Ingelel S.A.S.* procedió con el reintegro.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, paz y salvo y prescripción.

Por su parte *Seguros del Estado S.A.* señaló frente a la póliza de cumplimiento 65-44-101104917 que fue objeto de un contrato de transacción, generándose un único pago para terminar todos los litigios, cesando así cualquier responsabilidad.

Formuló y sustentó como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por activo material para demandar a *Seguros del Estado S.A.*; improcedencia de la declaratoria de solidaridad frente a *Seguros del Estado S.A.*; imposibilidad de condenar a *Seguros del Estado S.A.* teniendo en cuenta que



la relación que lo ata a este proceso es haber sido el garante de la oferta PC-111271, cosa juzgada de la obligación como garante que *Seguros del Estado S.A.* tiene con relación al asegurado *UNE EPM Telecomunicaciones S.A.*, con la póliza de cumplimiento No. 65-44-101104917 asociada a este proceso, por Transacción realizada entre la asegurada y el asegurado; cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguros de cumplimiento No. 65-44-101104917; imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del C.S.T. y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cobro de lo no debido, y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 31 de enero de 2020, absolvió a las accionadas de todas las pretensiones.

Para tal efecto señaló frente a la vigencia del contrato de trabajo, que no obra copia del mismo que permita evidenciar si se pactó a término fijo, ni prueba alguna que lo certifique, pues la liquidación (Fl. 80) solo da cuenta que inició el 16 de junio de 2014 y que culminó el 15 de marzo de 2015, señalando como motivo “*terminación*”, lo cual hace referencia al vencimiento del plazo, al no referirse a un despido.

Por otra parte, frente al reintegro señaló que la sentencia de tutela confirió un amparo transitorio, pese a lo cual la demanda ordinaria laboral se presentó después de haber transcurrido cuatro (4) meses, motivo por el cual dicha orden perdió efectos, y por ende no hizo tránsito a cosa juzgada, motivo por el cual no es dable estimar que el contrato se prorrogó.

De igual manera, que obran las incapacidades (Fls 51 a 56), que se generaron como consecuencia de un accidente de trabajo, entre el 19 de enero de 2015 y el 28 de mayo de 2015, sin acreditar nuevas incapacidades; que se acreditó que el 10 de noviembre de 2015 suscribió con *UNE EPM Telecomunicaciones S.A* un documento mediante el cual declaró a dicha sociedad a paz y salvo por todo concepto de orden laboral, emanado del contrato laboral que existió con *Ingelel S.A.S.*, solucionando la liquidación definitiva del contrato (Fl. 80), así como la incapacidad del mes de marzo de 2015 (Fl. 307), refiriéndose pro activa que dicho



documento carece de validez al encontrarse con la protección de la estabilidad laboral reforzada, aunado a ello que fuera coaccionado para su suscripción, no obstante, frente a la estabilidad laboral reforzada, no se acreditó para el mes de noviembre de 2015, máxime que una fractura de tibia no implica una pérdida de la capacidad laboral, y de otra parte, no se demostraron conductas que viciaran el consentimiento del accionante.

Argumenta además que la terminación del contrato de trabajo obedeció al vencimiento del plazo pactado, y no obedeció a un acto discriminatorio, aunado a ello que el cargo dejó de existir frente al proceso de liquidación, por ende, no se predica un despido, y en gracia de discusión, no se desvirtuó que el paz y salvo se hubiera suscrito bajo coacción.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* por activa se interpone recurso de apelación señalando (i) que si se acreditó que el contrato de trabajo de dio por terminado para una fecha en que el actor se encontraba incapacitado, eso es, el 30 de marzo de 2015, lo cual se evidencia con la incapacidad del 15 de mayo de 2015 y el reporte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, motivo por el cual, la decisión del empleador carece de eficacia al desconocer al estabilidad laboral reforzada, teniendo en cuenta además que el contrato no terminó en noviembre de 2005, fecha en la que solo se canceló la liquidación; (ii) que el contrato de trabajo fue a término fijo, el cual si bien no fue aportado se debe a que la empleadora no entregó copia al trabajador, aunado a ello que de no haberse allegado debió estimarse que se trató de un contrato a término indefinido; (iii) aunado a lo anterior, que la demandada no obró con lealtad procesal, motivo por el cual se invirtió la carga de la prueba, siendo el empleador quien debió acreditar el contrato de trabajo a término fijo; (iv) finalmente, que las condenas deben ser también solucionadas por *UNE EPM Telecomunicaciones S.A.*, siendo factible hacerlo con cargo a la póliza de cumplimiento suscrita con *Seguros del Estado S.A.*

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala determinará, de conformidad con el recurso de alzada, si el accionante fue despedido el 30 de marzo de 2015, fecha para la cual se encontraba discapacitado y por ende con la garantía de la estabilidad laboral de la reforzada.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

Acota la Sala inicialmente, que el recurrente aduce de manera transversal que la carga de la prueba se trasladó a la parte accionada, dado que asumió conductas que atentan contra el principio de lealtad procesal, tal como no aportar la copia del contrato escrito de trabajo a término fijo.

Sobre el particular debe referirse que no es dable estimar que sea del resorte de la parte accionada acreditar la existencia del contrato de trabajo a término fijo, ello en tanto no se impuso sanción alguna sobre el particular por el *a-quo* y no se avizora que se hayan presumido como ciertos los hechos de la demanda, aunado a ello que no se acreditó que por pasiva se haya actuado en contravía del principio de lealtad procesal, sin que se haya establecido la fuente formal del derecho que consagre la sanción de la inversión de la carga de la prueba en los términos alegados por activa.

No debe perderse de vista que, a *contrario sensu* de lo referido por el recurrente, el artículo 167 del C.G.P., aplicable al *sub-examine*, establece que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

Ahora bien, debe acotarse de igual manera que en el recurso de alzada se modifica de manera sustancial el supuesto fáctico de la demanda, ello en tanto aducía que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo y que el mismo se encuentra vigente toda vez que se debe atener a lo ordenado en la acción de



protección constitucional, que ordenó el reintegro, y por cuanto el 3 de mayo de 2016, cuando se dispuso su traslado a la ciudad de Medellín, solicitó una licencia no remunerada, la cual le fue concedida y a la fecha de presentación de la demanda no había sido revocada. No obstante, en el recurso de alzada refiere que el contrato de trabajo si culminó el 30 de marzo de 2015.

Ahora bien, de la interpretación de la demanda, y pese a las contradicciones antes advertidas, se evidencia que por activa se pretende el reintegro de conformidad con la Ley 361 de 1997, lo cual, tal como señaló el *a-quo*, fue inicialmente dispuesto en sentencia de tutela del 13 de enero de 2016 proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, confirmada mediante sentencia del 16 de mayo de 2016 por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá, desponiendo además que *“el accionante cuenta con el plazo de 4 meses [...] para iniciar proceso laboral ordinario, pues de no hacerlo y transcurrido dicho lapso, la protección transitoria quedará sin efectos”* (Fl 106), condición que no cumplió el actor, al radicar la demanda el 17 de mayo de 2017 (Fl 199).

De tal manera, al quedar sin efectos el reintegro, el cual además no se acredita se haya materializado, al incluso ser sancionada la accionada *Ingelel S.A.S.* en incidente de desacato, no es dable estimar que el contrato de trabajo continua vigente, máxime que no se acreditó la concesión de licencias no remuneradas que implicaran dar continuidad a la relación laboral.

De conformidad con las pruebas arrimadas al plenario, se logra constatar que el vínculo laboral culminó en efecto el 30 de marzo de 2015, ello en tanto así se extrae de la liquidación definitiva del contrato de trabajo (Fl 80), que señala como fecha de terminación el 30 de marzo de 2015, motivo por el cual por activa se debía acreditar que para dicha data ostentaba una condición de discapacidad relevante, a efectos de trasladar la carga de la prueba al empleador de acreditar que no incurrió en un despido o terminación discriminatoria.

La fecha efectiva de terminación del contrato de trabajo, también se desprende del paz y salvo que da cuenta del pago de la liquidación definitiva (Fls 308 y 309), en el cual se refiere que el trabajador aduce que el contrato terminó el 30 de marzo de 2015, *“el cual finalizó por TERMINACIÓN DEL CONTRATO”*; de igual manera, en



cuanto el monto pagado por dicha sociedad, coincide con la liquidación de *Ingelel S.A.S.*, que refiere la misma fecha de finiquito.

Una vez determinado lo anterior, se debe señalar frente a la estabilidad laboral reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que el inciso segundo de dicho precepto, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas en razón de dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si el demandante es beneficiario de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio, que:

“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las



normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adocrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

En la citada providencia la Corte concluyó que:

“[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despidiera al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

De igual manera, en dicha providencia, se cita la sentencia SL11411-2017, Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017 a efectos de establecer que:

“[...] la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”



Finalmente, no debe soslayarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

“No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.”

“[...]

“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:

“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.

“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada.”

Un entendimiento razonable de la anterior postura implica que las circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido.

En ese orden de ideas, para la prosperidad de las pretensiones del demandante, se debía acreditar, como primera medida, el supuesto fáctico que la normativa en comento protege, esto es, que ninguna persona en situación de discapacidad sea *despedida* o su *contrato terminado* por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.



Ahora bien, el Alto Tribunal en sentencia SL2841-2020, Radicación No. 67130 del 22 de julio de 2020, hizo un análisis exhaustivo sobre la estabilidad reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, donde además categorizó una nueva expresión para las personas sobre las que verse esta figura, entendiéndose esta como *“discapacidad relevante”*, esto es, que el *“criterio que identifica la población destinataria de la estabilidad laboral reforzada es la condición de discapacidad relevante (entendida esta como la pérdida sustancial de la capacidad laboral, ya sea física o mental) y no, la expresión general y abstracta de condición de debilidad manifiesta por afecciones de salud”*.

Como primera medida es menester señalar que el recurrente aduce que la discapacidad relevante se acredita con la incapacidad del 15 de mayo de 2015 y el reporte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, motivo por el cual, la decisión del empleador carece de eficacia al desconocer la estabilidad laboral reforzada.

Sobre el particular se evidencia que al plenario se aportó el informe de policial de accidente de tránsito del 19 de enero de 2005 (Fl. 31), así como el Informe Pericial de Clínica Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses del 4 de marzo de 2015, en el cual se refiere:

“Aspecto general: Ingresa por sus propios medios, alerta, colaborador”

“EXAMEN MÉDICO LEGAL

“Descripción de hallazgos:

“Miembros inferiores: Pierna derecha: Se observa edema importante que abarca toda la extremidad desde la rodilla hasta el pie, sensibilidad conservada [...] se observa cinco cicatrices quirúrgicas [...] Los arcos de movimiento de flexo extensión, rotación, están limitados por edema y dolor. La marcha es con muletas bilaterales, sin apoyo de la extremidad”.

“[...]”

“Mecanismo traumático de lesión: Contundente. Incapacidad médico legal PROVISIONAL setenta (70) días.

“[...]”

“Recomendaciones:

“1.- Debe regresar a segunda valoración [...]”

“2.- Debe continuar control y rehabilitación.



De igual manera en concepto del 25 de abril de 2005, se emite un segundo dictamen forense por la misma entidad, el cual refiere:

“Incapacidad médico legal DEFINITIVA noventa (90) días. SECUELAS MÉDICO LEGALES: Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente”

“SUGERENCIAS Y/O RECOMENDACIONES:

“Otras recomendaciones: Para otras secuelas funcionales si las hubiere enviar a nueva valoración forense con informe de próximo control de Ortopedia y radiográfico”

Finalmente, en tercer dictamen del 23 de mayo de 2015 (Fl. 40), se estableció:

“Descripción de hallazgos:

“Miembros inferiores: Persisten cicatrices en pierna derecha, son ostensibles, arcos de movilidad de miembros inferiores conservados, marcha conservada, flexión de la rodilla derecha con discreta limitación hasta 100 grados”

“[...]”

“Incapacidad médico legal DEFINITIVA setenta (70) días. SECUELAS MÉDICO LEGALES: Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; Perturbación funcional de miembro INFERIOR DERECHO de carácter transitorio; Perturbación funcional de órgano de la locomoción de carácter transitorio”.

Del análisis conjunto de la anterior prueba documental, se tiene que en efecto da cuenta que el accidente de trabajo implicó una incapacidad de setenta días (70), según el último dictamen, lo cual además se soporta con las incapacidades aportadas al plenario del 19 de enero de 2015 al 7 de febrero de 2015 (Fl. 56); del 8 de febrero de 2015 al 9 de marzo de 2015 (Fl. 55); del 10 de marzo de 2015 al 29 de marzo de 2015 (Fl. 54); del 30 de marzo al 18 de abril de 2015 (Fl. 53) y del 19 de abril de 2015 al 18 de mayo de 2015 (Fl. 52).

No obstante, en las experticias se dictaminó que la secuela consistió en *“deformidad física”*, que los arcos de movilidad y la marcha están conservados, evidenciándose una *“discreta”* limitación de la flexión de la rodilla derecha hasta 100 grados.

En ese sentido, frente a la valoración definitiva, no es dable estimar que el accionante se encontrara en una situación de discapacidad relevante, esto es, que



le implicara “*la pérdida sustancial de la capacidad laboral [...] y no, la expresión general y abstracta de condición de debilidad manifiesta por afecciones de salud*”.

Lo anterior teniendo en cuenta que la secuela consistió en una limitación discreta de la flexión, conservando las funciones de movilidad y marcha; aunado a lo anterior, en la historia clínica próxima a la terminación del contrato (30 de marzo de 2015), esto es, del 28 de marzo de 2015, se señaló:

*“Examen físico – Hallazgos:
“Hallazgos: fractura en avanzado estado de consolidación.
Buena perfusión y movilidad distal
Dolor y edema residual”*

De lo cual se extrae, que las secuelas más próximas a la terminación, consistían en dolor y edema residual, sin que se haya acreditado que dichas situaciones hayan afectado de manera relevante su capacidad laboral, frente a las funciones específicas que debía cumplir en la ejecución del contrato de trabajo, máxime que no se evidencian recomendaciones de carácter laboral.

En efecto, para ser destinatario de la garantía, no es suficiente acreditar que se expidió una incapacidad, lo que acaece en el plenario, sino que se debe demostrar de manera fehaciente el ostentar una discapacidad relevante, pues tal como se citó en precedencia “no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada” (*supra*).

De cara a lo enunciado, concluye la Sala que la decisión de primera instancia debe ser confirmada en su integridad, pues por activa no se acreditó el estado de discapacidad relevante para la fecha de terminación del contrato, por lo cual no operó en contra de la empleadora la presunción de un despido discriminatorio.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN:



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 33201800290 01
Demandante: BERTILDA MORENO DE MORENO
Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
 NACIONALES DE COLOMBIA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

Auto:

Atendiendo al poder allegado por el *Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al Doctora *María Camila Camargo Rueda* identificada con C.C No 1.090.492.389 de Cúcuta y T.P 340.484 del C.S.J, en calidad de apoderada de la referida entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones y Porvenir S.A* contra la sentencia proferida el 5 de diciembre del 2019 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora *Bertilda Moreno de Moreno*, formuló demanda ordinaria laboral contra el *Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia*, a efectos de que se declare que la pasiva es la obligada al pago de la pensión y en consecuencia se la condene al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión a la que accedió por sustitución del causante *José María Moreno Naranjo*, percibida a partir del 9 de abril del 2019, más la indexación de las sumas adeudadas, el pago de las diferencias pensionales, las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el causante *José María Moreno Naranjo* ostentó relación laboral con *Ferrocarriles Nacionales de Colombia* del 8 de julio de 1961 al 20 de septiembre de 1981, ocupando como último cargo el de Maquinista Siessel II, precisa que al causante le liquidaron las cesantías con base en un salario promedio de \$38.729,87.

Refiere que el causante fue despedido el 21 de septiembre de 1981 consolidando un salario promedio de \$43.254,68, a más de ser beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo; que el Juzgado Quinto Laboral del Circuito Judicial le otorgó la pensión de jubilación convencional a partir del 3 de agosto de 1994 y fue incluido en la nómina de pensionados a través de la Resolución No 2818 del 26 de octubre del 2000.

Tras el fallecimiento del causante el 9 de abril del 2003 le fue concedida la sustitución pensional a través de la Resolución No 869 del 12 de mayo del 2003, en cuantía inicial de \$418.116,24.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra precisando que al causante le fue concedida



la pensión vitalicia de jubilación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo de marzo de 1976, acorde lo dispuesto por la Jurisdicción Ordinaria Laboral con el salario promedio que se dispuso.

Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, compensación y cosa juzgada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de diciembre del 2019, decidió absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de cosa juzgada y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión manifestó que no tiene competencia para pronunciarse en torno a reliquidación por inclusión de factores salariales, toda vez que el litigio se centró en obtener la indexación, lo cual se desprende además de la reclamación administrativa.

Sobre tal aspecto refiere que al causante se le reconoció la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 2818 del 26 de octubre del año 2000, la cual se emitió en cumplimiento de la sentencia proferida en la Corte Suprema de Justicia el 4 de mayo de 2000, en la cual se definió lo tocante a la indexación de la primera mesada pensional, por lo que estima que en el presente proceso operó el fenómeno de la cosa juzgada

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación, en el que en suma indica que se debió acometer el estudio de la reliquidación pensional en atención a la inobservancia de los factores salariales devengados por el



causante, lo cual además si se encuentra incluido en la solicitud de reliquidación y/o ingreso de pensión, máxime que en las sentencias proferidas con ocasión del pretérito proceso ordinario laboral, no se estudió dicha temática.

En segundo lugar, estima que si resulta procedente disponer la indexación, al haber transcurrido un periodo prolongado de tiempo entre la causación del derecho y su efectivo reconocimiento; argumenta además que no opera la cosa juzgada, en tanto no existe identidad de partes ni de *causa petendi*, al tratar el presente asunto sobre la reliquidación de la sustitución pensional.

Finalmente, que para efectos del reconocimiento pensional se tuvo como ingreso base de liquidación la suma de \$9.258, siendo que en realidad ascendía a \$43.256,48.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta pertinente ordenar la reliquidación de sustitución pensional de la demandante y proceder a su indexación.

c. De la calidad de pensionada



En el *sub-lite* no es objeto de debate que a la señora *Bertilda Moreno de Moreno* le fue reconocida la sustitución de la pensión que disfrutaba en vida el causante *José María Moreno Naranjo* en cuantía de \$418.116,24 y a partir del 9 de abril del 2003, lo cual además se encuentra debidamente probado con la Resolución No. 869 del 12 de marzo de 2003 obrante a folios 29 a 30.

d. En cuanto a la reliquidación pensional.

En lo que a este punto respecta la parte promotora insiste en la alzada en que se reliquide la sustitución pensional teniendo en cuenta el último salario devengado por el causante, el cual sostiene ascendió a la suma de \$43.256,48.

Frente al particular baste indicar que le asiste la razón al fallador de primer grado al enunciar que tal solicitud no puede ser analizada dentro de la presente litis, por cuanto la misma no fue objeto de debate dentro del proceso en la medida en que en el libelo genitor si bien se solicita la reliquidación de la pensión, no se alude en forma alguna en que esta reliquidación lo sea teniendo en cuenta el último salario devengado por el demandante. En efecto, se corrobora que en el *petitum* únicamente se alude a la indexación, por lo que resulta lógico que tan solo se analizara tal derecho.

Aunado a lo anterior, se tiene que en el formato de reclamación elevado a la pasiva, tampoco se precisa la reliquidación en los términos aludidos en la alzada, pues en el mismo únicamente se avizora que la promotora solicita la reliquidación y la indexación, pero no se constata sobre qué puntos o de qué forma se pretende se realice la referida reliquidación.

En tal sentir, resulta inviable proceder a estudiar la reliquidación de la pensión en los términos anhelados en el recurso de alzada, por cuanto dicho punto no fue objeto de debate dentro del proceso, por manera que será confirmado este punto de alzada.



e. Sobre la indexación y la cosa juzgada:

En otro giro, respecto al tema concerniente a la “*aplicación de la figura de la INDEXACIÓN*”, forma textual en que se pretende en la demanda obtener dicho rubro, se constata que efectivamente la sustitución pensional que hoy disfruta la demandante se deriva de la pensión de jubilación que fuere concedida al señor *José María Moreno Naranjo* en virtud de lo resuelto dentro del proceso ordinario laboral promovido por el causante contra el *Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia* el cual concluyó con la sentencia proferida el 4 de mayo del 2000 por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Siendo ello así, es preciso resulta recordar lo establecido en el artículo 303 del C.G.P., norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., consagrando la primera norma el fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. *La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.” (Negritas fuera de texto)

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.

Frente a dicha institución, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho entre otras, en sentencias SL8658-2015, Radicación No. 54726 del 24 de junio de 2015,



rememorada en la sentencia SL1303-2018, Radicación No. 61377 del 25 de abril de 2018 que:

“[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias”.

De cara a lo enunciado, se sigue con meridiana claridad que en el *sub-lite* si se da el fenómeno de la cosa juzgada en lo que respecta no solo a la indexación de la primera mesada pensional, sino incluso en lo tocante a la reliquidación de haberse analizado de fondo dicho asunto, por cuanto en el proceso seguido por el causante contra el *Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia* el causante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación a partir del 21 de septiembre de 1981 teniendo en cuenta el último salario devengado, así como la indexación (Fl 28).

Es precisamente con fundamento en lo anterior que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia Radicación No. 13224 del 4 de mayo del 2000, realiza el estudio de los tópicos que hoy se demandan en juicio, pues de forma clara al estudiar el derecho a la pensión de jubilación del causante, refiere:

“En efecto, si en gracia de discusión se aceptara como salario base para liquidar la pensión la suma de \$38.729,87, se tendría que el 80% de dicha cifra arroja como resultado: \$30.983,89, valor de la mesada que el demandante debía entrar a disfrutar una vez reunidos los requisitos establecidos en la disposición convencional. Dicho valor no es susceptible de actualizar de conformidad con la doctrina expuesta por la Corte en la Sentencia del 18 de agosto 1999 (Expediente 11818):

“(...)”



“6. Lo antes expresado conduce a la Corte a rectificar su doctrina expuesta en fallos de mayoría, citados por el juzgador ad quem, para dejar por sentado que no es posible, jurídicamente hablando, indexar la primera mesada pensional cuando el derecho se reconoce en la oportunidad indicada en la ley y el empleador, obligado a su pago por no haberla sustituido en ninguna entidad encargada del riesgo, no ha retardado su cancelación.”

En lo que respecta a la identidad de partes en ambos juicios, debe hacer hincapié esta Corporación en que, si bien el proceso anterior fue promovido por el causante y el presente por su cónyuge supérstite como beneficiaria de la sustitución pensional, el legislador previó este tipo de casos al aludir que se entendía la existencia de identidad de partes cuando quien de curso al proceso sea sucesor por causa de muerte de quien se presente en el primer proceso. Así pues, se tiene en últimas que el derecho respecto del cual se anhela la indexación en el presente proceso no es otro que la pensión de jubilación convencional del señor *José María Moreno* la cual, por razón de su muerte le fue sucedida a la hoy demandante, por tanto, es claro que no solo existe identidad de *causa petendi*, sino también de sujetos procesales.

Deviene de lo enunciado la clara confluencia de los requisitos requeridos para que opere el fenómeno de la cosa juzgada y en virtud de la misma, resulte imposible analizar el derecho perseguido en esta litis.

Como corolario de lo anterior se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

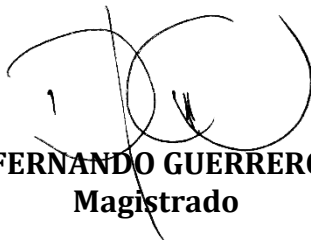
RESUELVE:



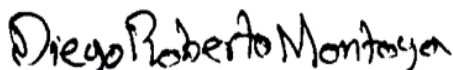
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de diciembre del 2019, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar;

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

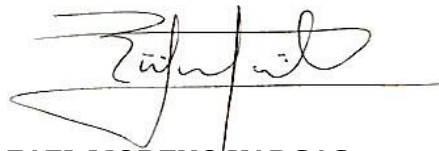
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 01 201800276 01
Demandante: EUTIMIO FINO FAJARDO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con C.C No 31.486.436 y T.P No 303.924.

A su turno, *Porvenir S.A* aporta sustitución de poder, en virtud del cual se le reconoce personería adjetiva para actuar al Doctor *Brigitte Natalia Carrasco Boshell*, identificada con C.C No 1.121.914.128 y T.P No 288.455 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 19 de junio del 2020 por el *Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá*.

I-. ANTECEDENTES:



1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Eutimio Fino Fajardo*, formuló demanda en contra de *Porvenir S.A.* y *Colpensiones*, a efectos de que se declare que el traslado y afiliación del demandante a la AFP *Porvenir S.A.*, es nulo por estar viciado el consentimiento del demandante por error y dolo; en consecuencia se declare la nulidad del traslado y afiliación del demandante a *Porvenir S.A.*, y por ende, se declare que la afiliación del demandante a *Colpensiones* se mantuvo vigente sin solución de continuidad, por lo que la AFP debe realizar la devolución de saldos.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 1° de febrero de 1956; se afilió y comenzó a cotizar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 8 de junio de 1983, cotizando 944,54 semanas hasta el 31 de agosto del 2001.

Precisa que a mediados del 2001 lo contactó un asesor de *Porvenir S.A.*, quien se encontraba adelantando un proceso de afiliación masiva en su trabajo, donde fue abordado el demandante, quien terminó accediendo al traslado ante los innumerables beneficios ofrecidos por el asesor, procediendo a realizar el traslado de régimen, pues se le indicó que podía pensionarse a cualquier tiempo.

Igualmente, indica que se encuentra afiliado por parte de *Porvenir S.A.* desde el 1° de octubre del 2001; que el día 28 de abril del 2017 solicitó a *Colpensiones* el traslado de régimen, no obstante, dicha petición no fue aceptada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el demandante no probó el error, fuerza o dolo en la afiliación a la AFP.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Por su parte *Porvenir S.A* también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, refiriendo que el formulario fue suscrito de forma libre y espontanea, siendo el actor completamente informado acorde a la asesoría verbal recibida.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 19 de junio del 2020 declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a *Porvenir S.A*; ordenó a *Colpensiones* autorizar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenó a *Porvenir S.A* a trasladar los aportes efectuados por el demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y se abstuvo de imponer costas.

Como sustento de su decisión indicó que en el plenario no existe prueba que demuestre el cumplimiento de la obligación de información que recae sobre la AFP, ello debido a que el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento del trabajador pero no que este fuese informado a la luz de lo dispuesto en artículo 97, numeral 1º del



Decreto 663 de 1993, en armonía con los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, que para lograr el capital suficiente, los afiliados deben efectuar aportes voluntarios, pues no solo sus cotizaciones obligatorias al capital ahorrado alcanzarán a cubrir el riesgo de vejez por un determinado lapso de tiempo, en su defecto, deberá ser disminuido en su monto mensual para que pueda entregarse de forma vitalicia, por lo cual los traslados de régimen pensional de quienes venían afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, resultan ser totalmente adversos a la expectativa pensional, por lo que era obligación de *Porvenir S.A*, advertir las implicaciones que cobraba el traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo Colpensiones* presenta recurso de apelación en el que de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, consagra la prohibición del retorno de régimen pensional, lo cual acontece en el plenario, toda vez que para la fecha de presentación de la demanda el actor contaba con 63 años.

De manera subsidiaria, solicita se declare a favor de *Colpensiones* el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, incluyendo las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensiones mínimas, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguridad social y gastos de administración.

A su turno *Porvenir S.A*, presenta recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia, teniendo en cuenta se logró demostrar que la afiliación operó en cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, asimismo, se evidencia dentro de la documental allegada al proceso, que el demandante, tenía abiertos los canales virtuales y tenía pleno acceso a la información para consultar



acerca de su futuro pensional, el estado de los ahorros que tenía en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos que producían, máxime que el actor incluso hizo uso de estas herramientas, como obra en las pruebas aportadas en el proceso que dan cuenta de la actualización de datos.

De otra parte, que el formulario de afiliación da cuenta que la decisión de adoptó de manera libre y voluntaria, máxime que la pretensión se dirigía a declarar la nulidad del traslado, frente a lo cual no se acreditaron vicios del consentimiento, aunado a ello que se vulnera el principio de consonancia al declarar una ineficacia no pretendida.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que



la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.



Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera*



una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tenía o no una expectativa pensional próxima a concretarse o si se es o no beneficiario



del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 16 de agosto del 2001 a *Porvenir S.A* (Fl 115), el que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, expuso que el asesor de la AFP le dijo en su momento que se podía pensionar a cualquier edad o de lo contrario le devolvían el dinero, además que esta era una gran oportunidad por cuanto el ISS se iba a liquidar. Bajo tales presupuestos, para la Sala resulta acertada la decisión de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante, puntualizando que si bien es cierto que en el libelo genitor se peticionó la nulidad y no la ineficacia, tal yerro no redundaba en la vulneración del derecho al debido proceso, pues es bien sabido que en los juicios laborales, los jueces de primera y de única instancia tienen la potestad de fallar *ultra y extra petita*, siempre que los hechos que motiven los pedimentos hayan sido objeto de debate en el proceso (Art. 50 C.P.T y la S.S). Por manera que dado que en el proceso si se plantearon dentro de los supuestos de facto aquellas inconsistencias en el traslado que dieron lugar a la ineficacia declarada, es patente que la decisión se ajusta



a las potestades en cabeza del fallador en primera instancia, sin que se corrobore vulneración alguna al derecho de contradicción y defensa de la AFP demandada.

Ahora bien, respecto de los efectos del traslado y los montos que deben ser retornados a *Colpensiones*, conforme lo indicado por dicha entidad en el recurso de apelación, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A.*, no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al



Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por manera que a solicitud de *Colpensiones* en dichos términos será modificado el fallo de primera instancia.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se adicionará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 19 de junio del 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el sentido de disponer que *Porvenir S.A* debe retornar a *Colpensiones* todos los valores que hubiere en la cuenta de ahorro individual, además de cualquier



monto que hay recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión, sin que le sea dable descontar suma alguna de dinero, por ningún concepto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en o restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 01 2019 00567 01
Demandante: TULIO MONTENEGRO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante la sentencia proferida el 17 de junio del 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con C.C No 31.486.436 y T.P No 303.924.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Tulio MONTENEGRO* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* a efectos de que sea condenada a reconocer y pagar al demandante el incremento del 14% sobre la pensión de vejez; al pago del retroactivo pensional y las sumas adeudadas debidamente indexadas, más las costas procesales.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que mediante la Resolución No. SUB44262 del 25 de abril del 2017, *Colpensiones* ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en cuantía de \$885.434, efectiva a partir del 26 de marzo del 2017; que se encuentra casado con la señora *María Inilda Rincón de Montenegro* desde hace 42 años, quien es ama de casa y depende económicamente de él, por lo que presentó derecho de petición reclamando el incremento pensional mediante escrito del 16 de julio del 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, por carecer de sustento fáctico y jurídico, en tanto los incrementos pensionales deprecados fueron derogados.

Formula como medio exceptivo previo falta de competencia por razón de la cuantía y como de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de junio del 2020 declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Como sustento de su decisión indicó que se acoge a lo indicado en la Sentencia SU-140 del 2019, por ser una sentencia de unificación que constituye doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento, de tal manera que los incrementos pensionales anhelados fueron derogados al no haber consignado en la Ley 100 de 1993. De tal manera, que



solo tienen derecho a los mismos quienes se pensionaron con plena aplicación del Acuerdo 049 de 1990, lo cual no acontece en el plenario, toda vez que el señor *Tulio Montenegro* adquirió el estatus pensional el 25 de julio del año 2017.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En la medida en que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del libelista, resulta indispensable entrar a realizar el análisis de la presente providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor del actor.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo.

c. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es un tema que ha sido ampliamente estudiado por



la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encuentran vigentes.

Así puede colegirse entre otras de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741, en las que se determina que los aludidos incrementos mantienen su vigencia, no obstante no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados debe entenderse que conservan su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

Con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

a. Del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Conforme con lo manifestado en la demanda, por medio de la Resolución No SUB 44262 del 25 de abril del 2017 (Fl 7) se reconoció pensión de vejez al demandante, por lo que no es objeto de discusión en el presente caso, que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al haberle reconocido el *Instituto de Seguros Sociales* pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, y con ello, es beneficiario de los incrementos bajo estudio.



El literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, consagró los incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así:

“b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”

En tal sentido se aprecia, que son tres los requisitos que se debe acreditar para efecto del reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo: (i) la calidad de cónyuge, compañero o compañera permanente, (ii) la dependencia económica respecto del pensionado y, (iii) que el cónyuge, compañero o compañera permanente dependiente no disfrute de pensión, ello en la medida en que la filosofía de los referidos incrementos fue la de alivianar la carga que pesa sobre el pensionado que tiene bajo su responsabilidad la manutención, en este caso, de su cónyuge.

Respecto a la calidad de cónyuge de la señora *María Inilda Rincón* se aportó el respectivo registro matrimonial, el cual da cuenta de que la pareja contrajo nupcias el 3 de abril de 1976 (Fl 7).

Ahora, en lo que respecta a la dependencia económica, basta indicar que no se allegó al plenario medio probatorio alguno que acreditara tal requisito, en la medida en que el demandante solicitó para dichos efectos la práctica de testimonios, la cual no practicada dada la falta de comparecencia de las personas citadas.

Implica lo aludido que la parte actora no probó el lleno de los requisitos necesarios para que se accediera al incremento pensional anhelado y, por ende, al no cumplir con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S, claro resulta que sus pedimentos carecen de vocación de prosperidad.



Con ocasión de lo indicado en líneas precedentes, lógico resulta afirmar que se debe mantener la decisión absolutoria impartida en primera instancia, pero con cargo a los argumentos que fueren enunciados en esta instancia.

SIN COSTAS en esta.

DECISIÓN:

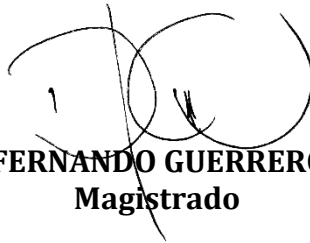
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

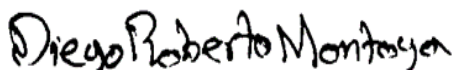
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de junio del 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, pero con fundamento en los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 02201800339 01
Demandante: ANA RITA MAYORGA FLOREZ
Demandado: UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Conforme a la sustitución de poder allegada, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de la UGPP al profesional del derecho *Laura Nataly Feo Peláez*, identificada con C.C No 1.018.451.137 y T.P No 318.520.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia proferida el 2 de marzo del 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Ana Rita Mayorga Flórez*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *la Unidad de Gestión de Pensión y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UPP*, a efectos que se la condene a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional a favor de la demandante a partir del 1° de abril del 2015, bajo los parámetros y condiciones del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS



y SINTRASEGURIDAD, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 100% del promedio de lo percibido durante los últimos tres (3) años de servicio exclusivos al ISS, incluyendo todos los factores remunerados, el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas, las costas y agencias en derecho, junto con aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones narró que el 10 de abril del 2015 solicitó a la UGPP el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, tal y como se verifica en la Resolución No. RDP 034370 del 21 de agosto del 2015; el 1º de julio del 2015 reiteró la petición ante la UGPP; el 11 de septiembre del 2015 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, pero la entidad no repuso su decisión.

Precisa que nació el 26 de diciembre de 1956 y laboró para el ISS del 13 de marzo de 1995 al 30 de marzo del 2015; Finalmente, refiere que el 18 de abril del 2018 petitionó nuevamente la pensión de jubilación, pero a la fecha no ha obtenido respuesta alguna.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal UGPP*, en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que la demandante no cumple con los requisitos legales para su reconocimiento.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, petición individualizada y concreta de los medios de prueba.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 marzo del 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de cobro de lo no debido.

Como sustento de su decisión adujo que la entidad demandada mediante Resolución del 22 de octubre del 2015 negó a la demandante el reconocimiento de la pensión de jubilación, al considerar que el Acto Legislativo 01 del 2005 dejó sin vigencia la Convención Colectiva de Trabajo, decisión que fue confirmada en Resolución RDP 048 383 del 20 de noviembre de 2015.

En cuanto a la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo, el artículo 2º de dicha normativa señala que la misma regirá por un término de tres años contados desde el 1º de noviembre del 2001 al 31 de octubre del 2004, y en virtud de las prórrogas automáticas a la fecha se encuentra vigente.

Por otra parte que en virtud del AL 01 de 2005, las pensiones contenidas en Convenciones Colectivas de Trabajo, perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a dicha data tengan un derecho adquirido para el 31 del julio 2010; de lo anterior se tiene que la demandante laboró al servicio del ISS desde el 13 de marzo de 1995 hasta el 30 de marzo del 2015 según certificación a folio 46, contando con un total de 20 años y 17 días de servicio, de las cuáles se contabilizan hasta el 31 de julio de 2010 un total de 15 años, 6 meses y 8 días y se tiene que nació el 26 de diciembre de 1956 contando al 31 de julio de 2010 con 54 años de edad. Luego, si bien cumple con el requisito de la edad, no cuenta con los 20 años de servicios continuos o discontinuos establecidos en el Artículo 98 de la Convención Colectiva para acceder a la pensión deprecada, en tanto que los consolidó el 30 de marzo del 2015, calenda para la cual la norma convencional no se encuentra vigente.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que en virtud del principio de favorabilidad es posible acceder a la prestación económica, máxime que bajo dos presupuestos normativos se debe aplicar el más favorable, en este caso, el criterio expuesto en la sentencia SU-555 de 2014, en tanto refiere que los acuerdos que se pactaron con antelación al Acto Legislativo 01 del 2005, mantendrán su vigencia por el término inicialmente estipulado.

Argumenta que bajo las prórrogas de la Convención Colectiva de Trabajo, es dable reconocer la prestación inclusive hasta el año 2017, acotando que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicación No. 13649 del 23 de agosto del 2017, señaló que *“Con esta fórmula podrían darse eventos en los que las reglas pensionales no solo se extenderán más allá del año 2005, sino incluso desde el 31 de julio del 2010, tal como sería el caso de una convención colectiva suscrito por primera vez en el año 2004 con una vigencia de 10, 12 o 14 años”*

Finalmente solicita se acuda a las recomendaciones de la OIT y se de aplicación al principio de favorabilidad.

VI.- CONSIDERACIONES:

a. Tramite de segunda instancia.

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho a la pensión de jubilación convencional reclamada.

c. Del caso en concreto

Como quiera que el presente asunto gira en torno a determinar si la demandante goza de una prerrogativa convencional, es patente que para dicho fin se analice la respectiva Convención Colectiva de Trabajo y si esta cumple con los requisitos establecidos en el artículo 469 del C.S.T, el cual reza:

*“La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. **Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto**”.* (Resalta la Sala).

Es así que al revisar la precitada la Convención Colectiva de Trabajo vista a folios 65 a 102, en efecto cuenta con la constancia de depósito, por lo que se puede establecer que es fuente de derechos.

Así las cosas, se tiene que en su artículo 98, la Convención Colectiva de Trabajo bajo estudio, estableció en lo pertinente al presente caso:

“El trabajador oficial que cumpla veinte años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de 55 años si es hombre y 50 años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

“[...]

“ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, el 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicios.



iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero del 2017, 100% del promedio mensual percibido en los cuatro últimos años de servicio. [...]"

Según la preceptiva mencionada, el derecho a la pensión de jubilación convencional se causa cuando se reúnen tanto el requisito de tiempo de servicios, como el de la edad siendo trabajadores oficiales, pues antes no se podría hablar de un derecho adquirido.

Ahora en lo que atañe a la vigencia de la convención esta Sala venía exponiendo que dada la vigencia inicial de la precitada convención se pactó hasta el 31 de octubre de 2004, por lo cual dado que la referida convención es fuente de derechos adquiridos hasta cuando culmine su vigencia, se imponía determinar que si la misma siguió vigente por la automática reconducción, la prestación debía causarse a más tardar el 31 de julio del 2010, con ocasión de lo dispuesto en el acto legislativo 01 del 2005, por manera que quienes pretendieran acceder a la pensión convencional aludida requerían acreditar el lleno de los requisitos antes de la mentada data.

En este punto resulta relevante lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 en materia de vigencia de las reglas pensionales que se hubieren encontrado vigentes a la fecha de este Acto Legislativo, las cuales, según el texto del párrafo 2º y del transitorio 3, perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, así:

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo Transitorio 3o: Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010." (Resalta la Sala).



Al respecto, la Corte Constitucional en interpretación del referido Acto Legislativo, fue la que determinó que la vigencia de las normas convencionales que regulan pensiones y que estaban vigentes a la fecha del referido Acto Legislativo, solo regían hasta el 31 de julio de 2010.

Así, en la sentencia SU-555 de 2014 con respecto a las pensiones convencionales explicó:

“... la primera frase del párrafo transitorio 3° cuando aludió a que “las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado”, protegía tanto los derechos adquiridos como las expectativas legítimas de acceso a la pensión de jubilación contenida en los pactos o convenciones colectivas existentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo”, y precisó que “seguirán rigiendo hasta el término inicialmente pactado en la respectiva convención o pacto colectivo”.

“[...] la segunda parte de este párrafo transitorio crea una norma de transición para las reglas de carácter pensional contenidas en los pactos o convenciones colectivas que se suscribieran entre el 29 de julio de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, señalando que en ellas no podrán consagrarse reglas pensionales que resulten más favorables a las que se encontraban vigentes a esa fecha, resaltando, de manera inequívoca, que las mismas perderán su vigor el 31 de julio de 2010, de manera que, después de esa fecha, sólo regirán las normas contenidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.”

También la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia interpretó y aplicó en el sentido antes expuesto el Acto Legislativo 01 de 2005, ratificando que la vigencia de las normas convencionales que estaban vigentes cuando el Acto Legislativo entró en vigor, fenecieron el 31 de julio de 2010, en sentencias tales como la SL 1409 de 2015 en la cual rememoró la sentencia 31000 de enero 31 de 2007, iterado en la sentencia SL 4540 de 2019.



No obstante, el referido criterio fue rectificado por la Corporación de cierre de esta jurisdicción en la sentencia SL-3635 del 16 de septiembre del 2020, oportunidad en la cual indicó:

“Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando Radicación N.º 74271 SCLAJPT-10 V.00 10 una disposición colectiva consagre una vigencia que cubra un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.

“Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.

“Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cubra los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.

“Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los parágrafos transitorios 2.º y 3.º del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.

“En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo,



laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.

“[...]

“Tal como se refirió en los antecedentes, la accionante propugna por el derecho pensional consagrado en la convención colectiva de trabajo cuya vigencia general se estableció de 2001 a 2004, y previó, respecto de algunas cláusulas, otra más amplia según lo acordado en los artículos 2.º y 98, entre otros, así:

“Por su parte, el artículo 2.º, prevé que el acuerdo colectivo:

“Tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente.

“A su vez, el artículo 98 consagra la pensión de jubilación solicitada, bajo las siguientes reglas:

“El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:



(i) *Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.*

(ii) *Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*

(iii) *Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*

(...).

“De la literalidad de las citadas cláusulas se extrae que en materia jubilatoria las partes previeron una vigencia posterior a aquella establecida de forma general, tal como lo determinó esta Sala en sentencia CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 39808, que reiteró la CSJ SL, 14 sep. 2010, rad. 35588, en la que señaló:

Ahora bien, el Tribunal incurrió en otro yerro fáctico derivado de la errónea apreciación de la Convención Colectiva 2001-2004, al no darse cuenta que ésta tuvo vigencia para los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E.s, (sic) más allá del 31 de octubre de 2004.

Al respecto se ha de precisar que un estudio armónico de las cláusulas de dicha convención conduce a concluir que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior a esa fecha.

(...)

Esto significa que la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 98 que consagra el derecho a la pensión de jubilación.

(...)

Este razonamiento está acorde con el criterio sostenido por la Sala en sentencia de 14 de septiembre de 2010, rad. N° 35588 donde en un caso similar al presente y analizando la misma Convención, sostuvo:

“Armonizando estas dos disposiciones (artículo 2 y 98), ejercicio que el Tribunal, pese a que valoró la convención colectiva, no hizo, pues apreció de manera parcial el artículo segundo, se concluye que el derecho a la pensión de jubilación consagrado en el artículo 98, se hallaba vigente para quienes ostentaran la condición de trabajadores oficiales para el 21 de enero de 2005, fecha en la que la actora cumplió con los requisitos exigidos en esa norma, esto es, 20 años de servicio y 50 años de edad”. (Resaltado fuera de texto original).



Asimismo, en sentencia CSJ SL1409-2015, frente a este preciso asunto, la Corporación indicó:

En punto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, la misma se hizo extensiva a los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E. y según su artículo 2, su vigencia tendría “una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente”. Frente a ello, podría decirse que algunas cláusulas de esa convención lleva (sic) al convencimiento de que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, en tanto de conformidad con el artículo 98 su vigencia se extiende hasta el año 2017. Asimismo, importa resaltar que no obra en el expediente una convención colectiva de trabajo celebrada con posterioridad a la mencionada anteriormente (Resaltado fuera del texto).

“En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia.” (Subrayado fuera de texto)

Criterio en virtud del cual la Sala mayoritaria recoge cualquier criterio anterior que difiera respecto de la postura hoy planteada.

Derroteros acorde a los cuales queda por determinar si para el año 2017 la demandante cumplía con los requisitos establecidos en la norma convencional para acceder a la pensión de jubilación reclamada.

Así pues, al revisar el material probatorio allegado a las diligencias se corrobora que la demandante arribó a los 50 años de edad el 26 de diciembre del 2006 (fl 16), así mismo se corrobora que laboró para el otrora ISS del 13 de marzo de 1995 al 12 de marzo de 1996, del 13 de marzo de 1996 al 12 de septiembre de 1996, del 12 de septiembre de 1996 al 11 de marzo de 1997 y del 12 de marzo de 1997 al 31 de marzo del 2015 (Fl 46), esto es, por un periodo igual a 20 años y 18 días, lo que en suma implica que cumple



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

con los requisitos exigidos para acceder a la pensión convencional reclamada a partir del 1° de abril del 2015.

En lo tocante al monto de la pensión anhelada, se constata que el articulado convencional previamente citado establece que esta debe ser calculada con el promedio de lo percibido en los últimos 3 años, precisando que deben tomarse como factores salariales:

“Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual.*
- b. Prima de servicios y vacaciones.*
- c. Auxilio de alimentación y transporte.*
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras.*
- e. Valor del trabajo en día dominicales y festivos.”*

Así las cosas, efectuados los cálculos aritméticos de rigor con apoyo del grupo liquidador, se logra establecer que el monto de la primera mesada pensional asciende a la suma de \$3.853.630,50.

Promedio Salarial Anual							
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/04/12	30/04/12	30	2.701.058,00	90.035,27	\$ 2.701.058,00		
01/05/12	31/05/12	30	3.376.323,00	112.544,10	\$ 3.376.323,00		
01/06/12	30/06/12	30	10.173.793,00	339.126,43	\$ 10.173.793,00		
01/07/12	31/07/12	30	756.296,00	25.209,87	\$ 756.296,00		
01/08/12	31/08/12	30	2.268.889,00	75.629,63	\$ 2.268.889,00		
01/09/12	30/09/12	30	2.836.111,00	94.537,03	\$ 2.836.111,00		
01/10/12	31/10/12	30	2.836.111,00	94.537,03	\$ 2.836.111,00		
01/11/12	30/11/12	30	2.836.111,00	94.537,03	\$ 2.836.111,00		
01/12/12	31/12/12	30	6.658.827,00	221.960,90	\$ 6.658.827,00		
Total días		270			\$ 34.443.519,00	\$ 127.568,59	\$ 3.827.057,67



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	2.836.111,00	94.537,03	\$ 2.836.111,00		
01/02/13	28/02/13	30	2.836.111,00	94.537,03	\$ 2.836.111,00		
01/03/13	31/03/13	30	2.836.111,00	94.537,03	\$ 2.836.111,00		
01/04/13	30/04/13	30	2.836.111,00	94.537,03	\$ 2.836.111,00		
01/05/13	31/05/13	30	7.150.746,00	238.358,20	\$ 7.150.746,00		
01/06/13	30/06/13	30	6.009.565,00	200.318,83	\$ 6.009.565,00		
01/07/13	31/07/13	30	1.452.657,00	48.421,90	\$ 1.452.657,00		
01/08/13	31/08/13	30	2.905.313,00	96.843,77	\$ 2.905.313,00		
01/09/13	30/09/13	30	2.905.313,00	96.843,77	\$ 2.905.313,00		
01/10/13	31/10/13	30	2.905.313,00	96.843,77	\$ 2.905.313,00		
01/11/13	30/11/13	30	2.905.313,00	96.843,77	\$ 2.905.313,00		
01/12/13	31/12/13	30	6.101.157,00	203.371,90	\$ 6.101.157,00		
Total días		360			\$ 43.679.821,00	\$ 121.332,84	\$ 3.639.985,08
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	2.905.313,00	96.843,77	\$ 2.905.313,00		
01/02/14	28/02/14	30	2.905.313,00	96.843,77	\$ 2.905.313,00		
01/03/14	31/03/14	30	2.905.313,00	96.843,77	\$ 2.905.313,00		
01/04/14	30/04/14	30	2.905.313,00	96.843,77	\$ 2.905.313,00		
01/05/14	31/05/14	30	3.187.133,00	106.237,77	\$ 3.187.133,00		
01/06/14	30/06/14	30	10.647.793,00	354.926,43	\$ 10.647.793,00		
01/07/14	31/07/14	30	1.283.393,00	42.779,77	\$ 1.283.393,00		
01/08/14	31/08/14	30	1.875.729,00	62.524,30	\$ 1.875.729,00		
01/09/14	30/09/14	30	2.961.677,00	98.722,57	\$ 2.961.677,00		
01/10/14	31/10/14	30	2.961.677,00	98.722,57	\$ 2.961.677,00		
01/11/14	30/11/14	30	2.961.677,00	98.722,57	\$ 2.961.677,00		
01/12/14	31/12/14	30	6.957.565,00	231.918,83	\$ 6.957.565,00		
Total días		360			\$ 44.457.896,00	\$ 123.494,16	\$ 3.704.824,67
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	3.070.075,00	102.335,83	\$ 3.070.075,00		
01/02/15	28/02/15	30	3.070.075,00	102.335,83	\$ 3.070.075,00		
01/03/15	31/03/15	30	3.070.075,00	102.335,83	\$ 3.070.075,00		
Total días		90			\$ 9.210.225,00	\$ 102.335,83	\$ 3.070.075,00
Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2012	270	109,157	118,15	1,082	\$ 3.827.057,67	\$ 4.142.396,29	\$ 37.281.566,59
2013	360	111,816	118,15	1,057	\$ 3.639.985,08	\$ 3.846.240,25	\$ 46.154.882,98
2014	360	113,983	118,15	1,037	\$ 3.704.824,67	\$ 3.840.335,28	\$ 46.084.023,32
2015	90	118,152	118,15	1,000	\$ 3.070.075,00	\$ 3.070.075,00	\$ 9.210.225,00
Total días		1080			Total devengado actualizado a: 2015		\$ 138.730.697,90
Total semanas		154,29			Ingreso Base Liquidación		\$ 3.853.630,50
Total Años		3,00			Porcentaje aplicado		100%
					Primera mesada		\$ 3.853.630,50
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2015		\$ 644.350,00



Así pues, salta de bulto que la sentencia de primera instancia deberá ser revocada para en su lugar condenar a la UGPP (entidad encargada de dicha prestación conforme lo dispuesto Artículo 28 del Decreto 2013 del 2012) a cancelar a la demandante la pensión convencional reclamada, con sus respectivos reajustes anuales, correspondiéndole asumir el retroactivo pensional que se haya generado hasta la data en que efectivamente se realice el pago.

d. Intereses moratorios

Reclama la demandante el reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, no obstante lo anterior tiene por sentado la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que los mismos únicamente resultan procedentes cuando quiera que se trate de pensiones de orden legal y no convencional, como en el presente caso. Sobre el particular se recuerda que en la sentencia SL3887 del 2020, se puntualizó:

“El tercer cargo plantea la equivocación del Tribunal por no acceder a la imposición de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Ello no es así, pues si bien con la reciente sentencia CSJ SL2802-2020 se varió el criterio sobre la aplicación exclusiva de dicha norma frente a las pensiones otorgadas al amparo de la Ley 100 de 1993, para extenderlo a todas las legales, ningún cambio operó frente al entendimiento tradicional de que no son aplicables los intereses cuando se trata de pensiones de origen convencional.”

Siendo ello así, como quiera que en el sub lite la pensión concedida es de origen convencional la Sala no accederá al reconocimiento de los intereses moratorios anhelados.

e. Prescripción:

Finalmente, en lo tocante al fenómeno jurídico de la prescripción justo resulta recabar que en materia laboral los derechos a la seguridad social, se encuentran sometidos al



termino trienal de prescripción, contemplado en el artículo 151 del C.P.T y la S.S, el cual es susceptible de interrupción por una única vez mediante la presentación de la respectiva reclamación.

Siendo ello así, se tiene que en el *sub-lite* el derecho quedó consolidado el 1° de abril del 2015, por lo que la demandante radicó inicialmente la solicitud pensional ante la UGPP el 10 de septiembre del 2015 (Fls. 18 -31), reclamación que fue resuelta mediante la Resolución No RDP 034370 del 21 de agosto del 2015 (Fls 35-36) y en contra de la cual, interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación el 11 de septiembre del 2015, los cuales fueron desatados mediante las resoluciones RDP 43663 del 22 de octubre del 2015 (Fls 38 a 40) y RDP 048383 del 20 de noviembre del 2015 (Fl 41 a 44), por manera que al ser radicada la demanda el 1° de junio del 2018 y quedar notificado el auto admisorio dentro del año siguiente (Fls. 123 y 124), no alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción.

En consecuencia, revocara la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera correrán a cargo de la entidad demandada.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 2 de marzo del 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.



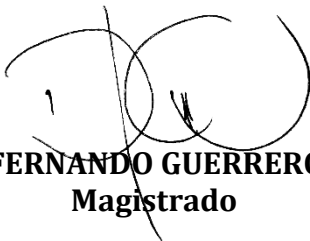
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reconocer y pagar a la señora ANA RITA MAYORGA DE FLOREZ la pensión de jubilación convencional a partir del 1° de abril del 2015, en cuantía igual a \$3.853.630,50 con sus respectivos reajustes anuales, debiendo cancelar el respectivo retroactivo pensional causado debidamente indexado a la fecha en que se haga efectivo su pago.

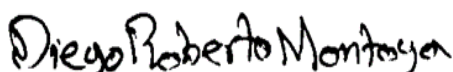
TERCERO: AUTORIZAR a la parte demanda, que verifique el respectivo descuento de los aportes destinados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera correrán a cargo de la entidad demandada.

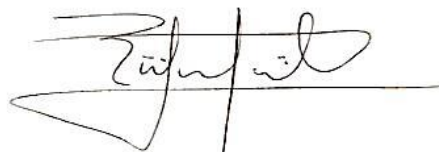
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado
Aclaró voto

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 03201800263 01
Demandante: VICTOR JULIO TEGUA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *María Claudia Tobito Montero*, identificada con C.C No 1.020.786.735 y T.P No 300.432.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, la sentencia proferida el 10 de junio del 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Víctor Julio Tegua* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, a efectos que se declare que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; en consecuencia, se condene a la demandada a la diferencia entre el valor



reconocido y al que tiene derecho a título de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; a indexar las condenas decretadas y el pago de las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 25 de junio de 1948 y mediante Resolución No. 030148 del 26 de junio del 2009, le fue concedida la pensión de vejez a partir del 1º de julio del 2009; no obstante, el 4 de mayo del 2016 el demandante presentó solicitud de revocatoria directa en contra de la citada Resolución, la cual fue desatada de forma desfavorable mediante la Resolución No GNR 167235 del 8 de junio del 2016, determinación en contra de la cual interpuso, el cual fue desatado mediante la Resolución VPB 40074 del 21 de octubre del 2016, precisando que su pensión no fue debidamente liquidada bajo los parámetros enunciados por el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión, como quiera que la reconocida mediante la Resolución No 030148 del 2009, se basó en lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación a la reliquidación de la pensión de vejez, inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de la indexación, buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de junio del 2020 condenó a *Colpensiones* a reliquidar la mesada pensional del demandante en cuantía inicial de \$549.097 a partir del mes de junio del 2009, aplicando los incrementos legales anuales; condenó a *Colpensiones* a pagar el retroactivo que generen las diferencias en la mesada pensional debidamente indexadas; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de las diferencias en las mesadas pensionales con anterioridad al 4 de agosto de 2015; autorizó para que del retroactivo pensional se realice la deducción proporcional de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y condenó en costas a *Colpensiones*.

Como sustento de su decisión indicó que con relación al cálculo del IBL de la mesada pensional causada con base en el régimen de transición, el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, es el que regula el IBL y solo se aplica a aquellas personas que a 1° de abril de 1994 les hicieren falta menos de 10 años para acceder a la pensión, quienes podrán optar por obtener el IBL con el promedio de lo cotizado durante el tiempo que les hiciere falta para acceder a la pensión o con el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral, si ello le fuere más favorable.

Que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, al demandante le hacían falta más de 10 años para acceder a la pensión de vejez, toda vez que cumplió los 60 años de edad el 25 de junio del año 2008, por tanto se debe aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y una vez revisada la historia laboral, también se pudo constatar que el actor cotizó un total de 1847.86 semanas, cumpliendo con la densidad de las 1250 semanas, obteniendo como promedio cotizado un IBL de \$610.108, indexando al momento de la liquidación, al cual se le aplica la misma tasa de reemplazo del 90%, lo cual arroja una mesada pensional de \$549.097, la cual resulta suma superior al que reconoció el entonces Instituto de Seguros Sociales en la Resolución No. 030148 del 26 de junio de 2009 por valor de \$513.987, resultando entonces más favorable el IBL obtenido con base en el promedio de lo devengado en toda su vida laboral.



En torno a la prescripción, se pudo constatar claramente que al demandante se le reconoció la pensión de vejez a través de esa Resolución No 030148 del 26 de junio de 2009, notificada el 4 de agosto del mismo año, sin que el demandante hubiese presentado ninguna inconformidad. En ese orden de ideas, declaró prescrito el retroactivo causado con anterioridad al 4 de agosto del año 2015.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandada inconforme con la decisión presenta recurso de apelación en el que en suma indica que disiente del resultado aritmético, teniendo en cuenta que la mesada pensional corresponde a la reconocida por *Colpensiones* en la Resolución No. 030148 del 26 de junio de 2009, la cual además resulta ser la que más beneficia al actor.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez.

c. De la calidad de pensionado



En el *sub-lite* no es objeto de debate que el demandante obtuvo el reconocimiento y pago de su pensión de vejez mediante la Resolución No. 130148 del 26 de junio del 2009 en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en cuantía igual a \$513.987, tomando como base un total de 1.842 semanas cotizadas y una tasa de reemplazo del 90%.

d. De la reliquidación pensional

Peticiona el libelista la reliquidación pensional, por encontrarse inconforme con el IBL establecido por *Colpensiones*. Con sujeción a ello, se debe recordar que en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición el IBL se rige por lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 en lo que respecta a los afiliados que les falte menos de 10 años para pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, o para aquellos a quienes les faltare más tiempo, bajo los parámetros del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, acorde al cual el IBL deberá ser calculado con el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o durante toda la vida laboral, siempre que cuenten con más de 1250 semanas cotizadas.

Criterio, expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, entre otras en sentencia SL 4783 de 2018, al expresar:

“Esta Corporación, en múltiples decisiones, ha insistido que el ingreso base de liquidación de aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se debe calcular conforme a los postulados del artículo 21, ellas en sentencia SL13652-2015, que reiteró lo dicho en la CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 43336, enseñó:

“[...] Por manera que, dependiendo del tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho a la pensión cuando entró en vigencia el Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, respecto de los beneficiarios de la transición pensional se



presentan dos situaciones:

“(i) La de quienes al momento en que entró a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, y (ii) La de quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo”.

Puntualizado lo anterior, como quiera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, al demandante le hacían más de 10 años para acceder al derecho pensional, la prestación debe ser liquidada bajo los parámetros del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que sería, según le resulte más favorable, con el promedio del IBC de los últimos 10 años o con el de toda la vida laboral, como quiera que cuenta con una densidad de semanas cotizadas igual a 1842.

De cara a lo referido la Sala, se procedió a efectuar los cálculos aritméticos de rigor, que con el IBL de los últimos 10 años asciende a la suma de \$572.601,22, mientras el de toda la vida laboral es de \$536.116,63, por lo que en efecto le resulta más favorable el de los últimos 10 años, al cual, una vez aplicada la tasa de reemplazo del 90%, nos arroja como primera mesada pensional la suma de \$515.341, conforme se puede apreciar, en la siguiente liquidación:

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	N.º Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual



1999	191	52,185	100,00	1,916	\$ 299.075,06	\$ 573.107,46	\$ 3.648.784,17
2000	360	57,002	100,00	1,754	\$ 346.736,50	\$ 608.284,49	\$ 7.299.413,82
2001	358	61,989	100,00	1,613	\$ 366.276,65	\$ 590.873,36	\$ 7.051.088,79
2002	360	66,729	100,00	1,499	\$ 390.648,08	\$ 585.425,38	\$ 7.025.104,61
2003	350	71,395	100,00	1,401	\$ 381.342,86	\$ 534.130,06	\$ 6.231.517,38
2004	345	76,029	100,00	1,315	\$ 372.391,30	\$ 489.800,82	\$ 5.632.709,46
2005	360	80,209	100,00	1,247	\$ 446.500,00	\$ 556.671,75	\$ 6.680.060,95
2006	360	84,103	100,00	1,189	\$ 479.416,67	\$ 570.035,77	\$ 6.840.429,18
2007	346	87,869	100,00	1,138	\$ 526.947,98	\$ 599.697,50	\$ 6.916.511,20
2008	360	92,872	100,00	1,077	\$ 553.250,00	\$ 595.710,60	\$ 7.148.527,22
2009	210	100,000	100,00	1,000	\$ 605.428,57	\$ 605.428,57	\$ 4.238.000,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2009	\$ 68.712.146,80
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 572.601,22
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 515.341,10
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2009					\$ 496.900,00

En tal sentir, la primera mesada ascendería a \$515.341,10, monto que resulta superior al establecido por *Colpensiones* en la Resolución No. 030148 del 2009, en la cual se fijó el monto de la pensión por valor de \$513.987, por lo que resulta procedente la respectiva reliquidación pensional, pero en los montos aquí indicados.

e. Prescripción:



Finalmente, en la medida en que la presente providencia se analiza en el grado jurisdiccional de consulta, recuerda la Sala que por disposición del artículo 151 del C.P.T y la S.S, en material laboral el término de prescripción es de tres años, siendo dable interrumpirlo por una única vez, mediante la respectiva reclamación.

De cara a lo indicado, al haber sido presentada la reclamación pensional primigenia el 13 de febrero del 2009, la cual fue desatada con la Resolución No 30148 del 2009 (Fl 7), sin que en contra de la misma se presentara recurso alguno, hasta el 4 de abril del 2016 cuando fue solicitada la revocatoria directa de la misma a efectos de que se hiciera la reliquidación pensional hoy pretendida (Fl 8), la cual vino a ser desatada desfavorablemente con las Resoluciones No. GNR 167235 del 8 de junio del 2016 (Fls 10 a 11) y VPB 40074 del 21 de octubre del 2016 (Fls 17-20). Luego, como quiera que solo la reclamación inicial de la reliquidación pensional tiene la facultad de suspender el término de prescripción y que la presente demanda fue radicada en el mes de abril del 2018, lógico resulta a firmar que se encuentran prescritas las diferencias pensionales causadas con antelación al 4 de abril del 2013. No obstante, dado que este punto se analiza en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y que en primera instancia se determinaron prescritas únicamente las diferencias pensionales causadas, antes del 4 de agosto del 2015, se mantendrá incólume la decisión del *a-quo*.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN



En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 18 de mayo del 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso de la referencia, en el sentido de precisar que el monto de la primera mesada pensional asciende a \$515.341,10.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 03 **2019 00205 01**
Demandante: DIANA MARCELA HERRERA PLAZAS
Demandado: JM MARTÍNEZ S.A., COMPENSAR E.P.S., AXA
COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. Y
COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por las demandadas *JM Martínez S.A* y *Colfondos S.A*, en contra de la sentencia proferida el 3 de febrero de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Diana Marcela Herrera Plazas*, formuló demanda ordinaria laboral a fin que se condene a las sociedades *JM Martínez S.A* y *AXA Colpatria Seguros de Vida S.A*, a solucionar la suma de \$380.000 por concepto de reliquidación de incapacidades médicas causada entre el 17 de agosto de 2012 y el 1º de mayo de 2015; y a *Colfondos S.A* la suma de \$18.342.000 por concepto de incapacidades médicas causadas entre el 22 de noviembre de 2013 y el 14 de abril de 2017, más la indexación y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que ingresó a laborar para la sociedad *J.M Martínez S.A* desde el 20 de julio de 2012, para desempeñarse como auxiliar de aseo; que el 22 de julio de 2012 se encontraba laborando en el centro comercial Titán, sufriendo un accidente de trabajo y el 5 de julio de 2013 al laborar en un Conjunto Residencial nuevamente acaeció un accidente, los que generaron diversas incapacidades, solicitando a *Colfondos S.A*, *AXA Colpatria A.R.L* y a la *E.P.S Compensar* al pago de las mismas por el período comprendido entre el 28 de noviembre de 2013 al 22 de septiembre de 2016; que el 31 de agosto de 2017 la



ARL refirió que las incapacidades fueron solucionadas directamente al empleador, no obstante dicha sociedad en algunos períodos solo cancelo el 66%, pese a que por ser de origen laboral debió corresponder al 100%.

Finalmente, que la AFP y la EPS le informaron que no registran soportes de incapacidades, y por su parte la empleadora adujo haber solucionado la prestación económica.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Compensar E.P.S operó la *litis contestatio* señalando que no le constan los hechos atinentes a la relación laboral; que por activa solo se reclamó el pago de incapacidades entre enero y noviembre de 2013, las cuales se encuentran prescritas.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó caducidad de la acción y prescripción para el reconocimiento y pago de las incapacidades, pago/extinción de las obligaciones; falta de legitimación en la causa por pasiva – responsabilidad del fondo de pensiones; incapacidades no radicadas no tienen derecho a reconocimiento económico; cobro de lo no debido y buena fe.

Por su parte *AXA Colpatria Seguros de Vida S.A* contestó la demanda refiriendo no constarle los hechos de la demanda, solucionando todas las incapacidades que se hubieren causado a favor de la demandante.

Propone como excepciones de mérito las denominadas pago; dictamen de calificación legalmente infundado; prescripción; compensación y la genérica.

La sociedad *JM Martínez S.A* refiere que verificó en su integridad los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social; que frente a las incapacidades cumplió con la obligación de solucionarlas durante 180 días, esto es hasta el 18 de febrero de 2016, e incluso otorgó mayores garantías al mantener el pago hasta el 30 de mayo de 2016.

Propuso las excepciones de mérito de responsabilidad en el pago del subsidio de incapacidad temporal superior 180 a 540 días – desvinculación del empleador por no tener deber legal – aplicación de la Ley 1753 de 2015; inexistencia de las



obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa del demandante, enriquecimiento sin causa del demandante, compensación, prescripción y caducidad, buena fe y la genérica.

Finalmente, *Colfondos S.A* refirió no constarle los hechos de la demanda, ni adeudar suma alguna de dinero por concepto de las incapacidades reclamadas.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 3 de febrero de 2020, condenó a la sociedad *JM Martínez S.A* al pago de las incapacidades superiores a 180 días y hasta 540 días, correspondientes a los periodos del 27 de julio de 2015 al 8 de septiembre de 2016; y a la AFP *Colfondos S.A* a pagar las incapacidades que la sociedad empleadora tramite a nombre de la accionante; finalmente absolvió de las restantes pretensiones.

Como sustento de su decisión, indicó en primer lugar que la accionante pretende el pago de incapacidades desde el 17 de agosto de 2012, siendo que las únicas interrupciones de la prescripción datan del 16 de agosto de 2017 (Fls. 43, 49 y 55), por lo cual estarían prescritas las incapacidades anteriores al 17 de agosto de 2014.

De otra parte, que pese a lo confuso y contradicciones de la demanda, a efectos de perjudicar los intereses de la parte demandante, del estudio de los medios probatorios se logró constatar a folios 69 a 92, que se aportaron diversas incapacidades de manera discontinua entre el 31 de enero de 2016 y el 3 de febrero de 2017; a folios 253 a 257 *Compensar E.P.S.* allega la certificación en la que se relacionan las incapacidades solucionadas a la demandante, y a folios 442 a 447, se reportaron por dicha accionada las incapacidades radicadas y pagadas; de otra parte, que desde la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S, se estableció por activa, que por información sobreviniente a la demanda, se logró establecer que ya fueron solucionadas las incapacidades de los primeros 180 días, y las posteriores al día 540.



De tal manera, que atendiendo que las pretensiones atinentes a la reliquidación de incapacidades, se acredita que las otorgadas por *Compensar E.P.S* son de origen común y no con ocasión de un accidente de trabajo, máxime que en las calificaciones de pérdida de capacidad laboral, se estableció una pérdida de capacidad laboral del 0%, por ende no es dable ordenar reliquidación alguna, lo que conduce a absolver por la pretensión de reliquidación.

Respecto de las incapacidades comprendidas entre los días 180 y 540, del certificado obrante a folios 442 a 447, corresponderían al período comprendido entre el 27 de julio de 2015 al 8 de septiembre de 2016, y a folio 258 obra el certificado de rehabilitación, mediante el cual se establece un concepto favorable, por lo cual estarían a cargo del fondo pensional y debían solucionarse por el empleador, por ende, condenó a su pago al no haberse acreditado por pasiva su pago.

De tal manera, que siendo obligación de la sociedad empleadora solucionar las incapacidades ordenó su pago, para posteriormente tramitar el recobro ante *Colfondos S.A.*

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo Colfondos S.A* interpuso recurso de apelación al señalar que ni la empleadora ni la trabajadora realizaron la respectiva reclamación para el reconocimiento y pago de las incapacidades entre los días 181 y 540, de conformidad con el artículo 142 decreto 019 de 2012, por ende, deben ser pagadas por *JM Martínez S.A*; de igual manera, se debe revocar la condena al pago de las costas procesales.

Por su parte la sociedad *JM Martínez S.A* sustenta la alzada en que no se valoraron las planillas de aportes al Sistema General de Seguridad Social, lo cual demuestra el pago de las incapacidades de los días 180 a 540.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, por cuestiones metodológicas, la Sala determinará si la accionante tiene derecho al pago de las incapacidades.

4.3 DEL PAGO DEL SUBSIDIO DE INCAPACIDAD:

Inicialmente debe señalarse que no fue objeto de alzada (i) que se encuentran prescritas las incapacidades deprecadas con anterioridad al 17 de agosto de 2014; (ii) que no resulta procedente el pago de reliquidación; y (iii) que las incapacidades causadas entre hasta el día 180 y las posteriores al día 540 fueron debidamente solucionadas.

En ese orden de ideas, la alzada se dirige a la revocatoria de la condena de las incapacidades de origen común causadas entre los días 181 a 540, las cuales corresponden al período comprendido entre el 27 de julio de 2015 al 8 de septiembre de 2016, hecho que tampoco fue recurrido por las apelantes, quienes se refiere (i) que el pago debe verificarlo la empleadora por falta de reclamación y (ii) que su pago se acredita con las planilla de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, el pago de esta prestación económica quedó regulado en la Ley 1753 del 2015, frente a lo cual resulta oportuno señalar que la Corte Constitucional en sentencia T-200 del 3 de abril de 2017, precisó:

“1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común

“De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada auxilio económico si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o subsidio de incapacidad si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:



- i. *Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.*
- ii. *Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.*
- iii. ***Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.***

“Ahora bien, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional venía reconociendo y advirtiendo la existencia de un déficit de protección de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. En su momento, la sentencia T-468 de 2010 de esta Corporación señaló:

“(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.”

Y agregó:

“En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo.”

En consecuencia, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.”



Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS ¹	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

“En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común.

“Ahora bien, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, daba cuenta de la existencia de un déficit de protección para incapacidades que superaran los 540 días consecutivos, esta Sala encuentra que tal circunstancia ha sido satisfecha por el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo.

Ahora bien, en el presente proceso se acreditó la causación de las incapacidades entre los días 181 y 540, lo cual no fue objeto de reproche, así como que se emitió el concepto favorable de rehabilitación por la E.P.S., frente a lo cual la Corte Constitucional, ha adoctrinado en sentencia T-245 de 2015:

“En suma, la Corte advierte que para obtener el pago de las incapacidades otorgadas entre el día 181 y el 540, se requiere: i) contar con el concepto de rehabilitación favorable expedido por la entidad promotora de salud y, ii) que la persona se encuentre activa y afiliada a una entidad administradora del sistema general de seguridad social en pensiones.

Presupuestos antes vistos, que cumple a cabalidad la accionante, por lo cual correspondía emitir condena por dicho concepto, acotando la Sala que tal como lo

¹ La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.



determinó el *a-quo*, el pago debe verificarlo directamente el empleador, en tanto así lo señala expresamente el artículo 121 del Decreto 19 de 2012:

“Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

“Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

Ahora bien, frente a la inconformidad de *Colfondos S.A* atinente a que la condena debe revocarse por no haber adelantado el empleador ni la trabajadora el trámite respectivo, debe señalarse que la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-245 de 2015, refirió, que *“no es admisible constitucionalmente que el empleado enfermo tenga que soportar cargas administrativas o trámites adicionales que no tiene por qué asumir. De tal forma, todas las entidades que hacen parte del sistema general de seguridad social deben actuar armónicamente, para que se le garantice al afiliado la resolución oportuna y efectiva, sin que se pongan en riesgo sus condiciones mínimas de subsistencia” [...] “La única obligación del trabajador es reportar a su empleador la incapacidad médica o la licencia de maternidad o paternidad para que este gestione el reconocimiento y pago ante la EPS”.*

De igual manera, no es de recibo estimar que la obligación se extinguió para la AFP, toda vez que frente al pago que realice el empleador, está a su alcance tramitar el respectivo recobro, como lo refirió el *a-quo*.

Ahora bien, la sociedad empleadora aduce haber solucionado en su integridad las incapacidades causadas el 27 de julio de 2015 al 8 de septiembre de 2016, no obstante al contestar el derecho de petición que elevara la accionante, solo refirió haber pagado las incapacidades entre el 22 de julio de 2012 y el 1º de mayo de 2015 (Fls. 26 y 27), esto es, causadas con anterioridad respecto de las cuales se emitió condena; por otra parte en el reporte adjuntado con la contestación de la demanda se da cuenta de pagos desde el 9 de septiembre de 2016 (Fl. 462), esto es, con posterioridad al período condenad; de igual manera las planillas de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social no acreditan el pago efectivo de incapacidades, y finalmente el reporte en Excel aportado en medio magnético (Fl.



465) , fue elaborado por la parte demandada sin tener constancia alguna de su pago.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

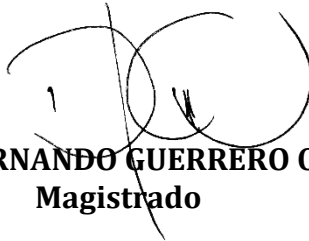
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

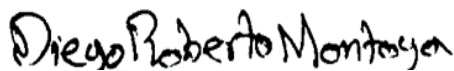
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de febrero de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

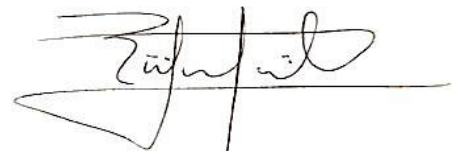
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 03 2018 00565 01
Demandante: CLAUDIA ESTRADA CASAS
Demandado: COLPENSIONES, PROVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO

Conforme al poder allegado por *Colpensiones*, se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho a *María Claudia Tobito Montero*, identificada con C.C No 1.020.786.735 y T.P No 300.432.

A su turno, Porvenir aporta sustitución de poder, en virtud del cual se le reconoce personería adjetiva para actuar al Doctor *Jhon Jairo Rodríguez Bernal*, identificado con C.C No 1.070.967.487 y T.P No 325.589 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas *Protección S.A.* y *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, con ocasión de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES



1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Claudia Estrada Casas*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, *Porvenir S.A* y *Protección S.A*, con la finalidad que se declare la existencia de un vicio del consentimiento que la indujo a error en la afiliación, por falta al deber de información con la demandante por parte de las AFP demandadas; se declare que para efectos pensionales, continúa afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por *Colpensiones*.

En consecuencia, solicita se condene a las AFP demandadas a tener como nula o invalida el acta o formulario de afiliación suscrito por la demandante mediante el cual se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se condene a *Protección S.A* a realizar la devolución de los aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por *Colpensiones*; condenar a la demandada a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 2 de marzo de 1961, estuvo afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 21 de febrero de 1983 a 1994, entre los meses de marzo y abril de 1996 se encontraba laborando en la *Universidad Javeriana*, y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de *Protección S.A*, en virtud de una charla recibida por parte del asesor de dicha entidad, en la cual se le indicó que el monto de su pensión sería superior en la AFP y que podía trasladar los aportes cuando ella lo deseara, pero no le informó sobre la forma en que se liquidaría la pensión .



Posteriormente, se trasladó a *Porvenir S.A* en diciembre de 1999 y regresó a *Protección S.A* en mayo del 2012.

Ante lo referido, el 22 de marzo del 2017 solicitó a *Porvenir S.A* la nulidad o invalidez de la afiliación, pero la misma fue despachada de forma desfavorable. En igual sentido elevó reclamación ante *Colpensiones* el 27 de marzo de la misma anualidad, pero dicha entidad también negó su solicitud mediante misiva del 28 de marzo del 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A se opuso a las pretensiones por no existir fundamentos fácticos en virtud de los cuales se declare el vicio en el consentimiento reclamado.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Protección S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones, alegando que el contrato de afiliación suscrito entre las partes es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en el mismo confluyeron todos los elementos jurídicos para su existencia y validez.

Propuso como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación a *Protección S.A*, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

Finalmente, *Colpensiones* se opuso a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que en las pruebas aportadas al proceso se constata que se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al suscribir de forma consciente, voluntaria y libre de presiones el formulario de afiliación.



Formuló las excepciones las de falta de legitimidad en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de la afiliación, excepción de error de derecho no vicia del consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de febrero del 2020, declaró la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado en el mes de marzo de 1996, con efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año, al igual que el traslado horizontal entre fondos, para entender vinculada a la demandante en forma válida a *Colpensiones*; condenó a *Protección S.A* a trasladar a *Colpensiones* todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas hecho, bonos pensionales en caso de existir, y todos los rendimientos financieros e intereses causados; ordenó a *Colpensiones* a aceptar el traslado de los dineros que efectúe *Protección S.A* para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiere realizado el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante; declara no probada la excepción de prescripción y condena en costas a las AFP demandadas.

Para arribar a dicha conclusión en primer lugar indicó que si bien las pretensiones se encaminan a la declaratoria de una nulidad, en atención de los postulados jurisprudenciales lo procedente es que el asunto debe analizarse en el escenario de la ineficacia del traslado.



Concluyó que se configuró la ineficacia del traslado que realizara la demandante ante la AFP, en razón a que de conformidad con lo establecido en el artículo 692 de 1994, artículo 11, inciso 4º, se estableció claramente que efectuada la selección, el empleador debía adelantar el proceso de vinculación a la respectiva administradora mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto, aspecto que no se llevó a cabo por cuanto el referido formulario no contenía ninguna firma por el empleador.

Dijo además, que en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP.

Por último, argumentó que, si bien la demandante tiene varios traslados dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con diferentes administradoras de fondos pensionales, ese actuar no extingue la ineficacia del traslado, pues el traslado de regímenes vulnera ostensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A presenta recurso de apelación en el que en suma indica que tal y como se indicó en los alegatos de conclusión la AFP no intervino en la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como quiera que el demandante se afilió inicialmente a *Colmena*, hoy *Protección S.A*, por ello se debe tener en cuenta lo indicado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el sentido que la información que debe valer para efectos del traslado y la validez del mismo, es la realizada al momento del traslado y no los traslados horizontales, y por tanto la condena en costas no resulta acorde con el deber probatorio; además tal y como lo indicó la demandante en el interrogatorio de parte, quien suscribió el formulario de afiliación fue ella misma y la AFP no tenía como conocer la forma en que estaba conformado el grupo familiar; asimismo se debe tener en cuenta que en el traslado horizontal cumplió con los deberes legales imperantes para la época.



Colpensiones a su turno presenta recurso de alzada aduciendo que se debe observar que dentro de las diferentes circunstancias de la demandante se debe verificar que no existe prueba alguna de que existan circunstancias invalidantes del negocio jurídico, y si bien existe jurisprudencia desde el año 2008, se ha dejado de lado que en *Colpensiones* van a repercutir las consecuencias de recibir nuevamente afiliados provenientes del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que afecta la sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.



Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.



Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que



recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Colmena*, hoy *Protección S.A.*, del 19 de marzo de 1996 (Fl 89); del 12 de junio del 2000 a *Porvenir S.A.* (Fl 57) y finalmente, del 22 de marzo del 2012 a



ING, hoy *Protección S.A* (Fl. 91), formularios que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, pues si bien la promotora admite que suscribió el formulario de forma libre y voluntaria, precisa que lo hizo debido a que el asesor del fondo le indicó que podría pensionarse a cualquier edad y con una mejor pensión.

Tampoco se aportaron por pasiva pruebas que acreditan el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de



administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».



“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho*



inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

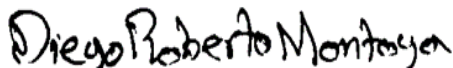
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de febrero del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 11001 31 05 005 2019 00007 01
Demandante: ORLANDO MONCADA BALLESTEROS
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 13 de julio 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Orlando Moncada Ballesteros*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A.*, para que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el día 28 de enero de 2004, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas ni desventajas de uno y otro régimen y en especial de la situación pensional del demandante.

En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a *Colpensiones* a tener por válidamente afiliado al señor *Moncada Ballesteros* al Régimen de Prima Media como si nunca se hubiera trasladado, se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que nació el día 06 de septiembre de 1961 y que cumplirá 62 años de edad el día 06 de septiembre de 2023; que se trasladó del Régimen de Prima



Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la *AFP Porvenir S.A.*, el 28 de enero de 2004; que dicha afiliación contiene inconsistencias al no registrar los datos de los beneficiarios, incumpliendo con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; aduce que no se le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, omitiendo el estudio de su situación particular, ilustrándolo únicamente acerca de los beneficios que podría obtener al efectuar el traslado.

Señala que el día 30 de agosto de 2017 la *AFP Porvenir S.A.*, le realizó simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo, por lo que cuando cumpla 65 años de edad el valor de su mesada pensional equivaldría a \$1.003.100; que en simulación pensional realizada por *Colpensiones* teniendo en cuenta los aportes efectuados por toda su vida laboral y aplicando una tasa de reemplazo del 67.67% a sus 62 años de edad obtendría una mesada pensional de \$4.540.534.

Refiere que comparadas las simulaciones pensionales se evidencia que la mesada es ostensiblemente superior en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por *Colpensiones*.

Asimismo, manifestó que mediante derecho de petición radicado ante *Colpensiones* el 4 de septiembre de 2018 solicitó la nulidad de traslado efectuado a la *AFP Porvenir S.A.* y que a la fecha de presentación de la demanda la entidad no se ha pronunciado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones al dar respuesta al libelo introductorio se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, debido a que la afiliación cuenta con validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por la demandante a la *AFP Porvenir*, de manera libre, espontánea y voluntaria, sin que obre en el expediente prueba que demuestre lo contrario ni del vicio del consentimiento alegado por el señor *Moncada Ballesteros*.

Propuso como medios exceptivos las denominadas validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica.

Porvenir S.A se opuso a la totalidad de las pretensiones en su contra, argumentando que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, además siempre se le garantizó al actor el derecho de retracto. Manifiesta que las



condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones están definidas por la ley y por tanto las peticiones de la parte activa no cuentan con sustento factico ni jurídico. Asimismo, que la parte demandante no era beneficiario del régimen de transición previsto por la Ley 100 de 1993, e igualmente que ya se encuentra dentro de la restricción de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 del 2003.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia proferida el 13 de julio de 2020, declaró la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual realizado por el señor *Orlando Moncada Ballesteros*; condenó a *Porvenir S.A.* a trasladar a *Colpensiones* el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a *Colpensiones* a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a *Porvenir S.A.*, incluyendo como agencias en derecho la suma de cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Sustentó su decisión en lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017, atinente al régimen de nulidades de los actos y contratos en cuyo perfeccionamiento ha concurrido un vicio del consentimiento; señala que los defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia error, fuerza o dolo impactan negativamente la libertad individual, ya que impiden que el consentimiento se preste de manera auténtica y espontáneamente, atentando contra la autonomía privada, creando una apariencia de la realidad, coaccionando al sujeto a someterse a una relación contractual que no consentiría si tuviera plena libertad.

Manifiesta que de conformidad a los criterios jurisprudenciales la acción con la que se pretende la nulidad o la ineficacia no está sujeta a los términos prescriptivos sustanciales laborales ni procesales laborales, por su estrecha relación al derecho fundamental o al derecho irrenunciable a la Seguridad Social establecido en el artículo 48 Superior. De igual manera, aduce la carga de la prueba la ostentan las administradoras de fondos de pensiones y en el caso en concreto es *la AFP Porvenir S.A.*, quien a la luz de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, debía haber suministrado una información cualificada, amplia, oportuna y suficiente.

Por otra parte, para el año 2004 fecha en que ocurrió la afiliación del señor *Orlando Moncada*, tenía derecho a un acceder a una información suficiente, amplio y oportuno,



que implicaba indicar las ventajas y desventajas, no solo los aspectos positivos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sino también los negativos, sin que en el proceso se acreditara haber cumplido con esa carga por parte de la *AFP Porvenir S.A.* Resalta que en el interrogatorio de parte practicado al actor no hubo confesión que le perjudicara en sus pretensiones

Finalmente, agrega que mantiene en la tesis de la nulidad consagrada en el artículo 1511 del C.C., que establece el error de hecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones mediante recurso de alzada sustentó que dentro del proceso no quedó demostrada la existencia de algún vicio del consentimiento, por ende, no se puede declarar su nulidad ni recibir al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues si bien se indicó que existía un error de hecho, lo cierto es que fue un error de derecho, toda vez que la Ley 100 de 1993 regula el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y el demandante bien pudo haberlo consultado.

Asimismo, menciona que el traslado se hizo de manera válida, ya que el demandante firmó el formulario de afiliación y aceptó las condiciones de dicho régimen, y que al permanecer en la AFP por más de 15 años se ratifica su decisión y por tanto se subsanó cualquier error o vicio del consentimiento. Por otro lado, indica que el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida no es dable, ya que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal del artículo 2º de la Ley 797 del 2003; e igualmente, que al pretender el actor retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que se le reconozca y pague una pensión de vejez, afecta el principio de la estabilidad financiera, emanado del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con la sentencia C-1024 del 2004.

Aduce que la decisión del negocio jurídico celebrado entre el fondo privado *Porvenir S.A* y el demandante, no puede acarrearle consecuencias jurídicas, toda vez que la misma no tuvo injerencia alguna en el contrato suscrito entre las partes, tal y como lo establece el artículo 1602 del Código Civil, por lo tanto endilgarle la responsabilidad a su representada de recibir una persona, es ir en contravía del artículo 48 de la Constitución Política y a futuro sería dejar en desventaja las personas que si han permanecido dentro de este régimen.

Por su parte, la *AFP Porvenir S.A.* señala que la afiliación del señor *Orlando Moncada Ballesteros* es válida, ya que se le brindó una asesoría clara, completa y comprensible para los términos en los cuales estaba estipulado el deber de información para el año 2004, momento en el cual no manifestó tener ninguna inquietud, decidiendo afiliarse,



validando así el negocio jurídico, máxime que el formulario de afiliación de las AFP es una prueba *ab substantiam actus* y es la manera de acreditar que se brindó la debida asesoría, la cual además corresponde con las normas vigentes para la fecha que regulaban tal aspecto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.



Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera*



una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el caso que nos ocupa se tiene que el traslado se realizó en el año 2004, momento para el cual se contaba con el deber de información referente a una ilustración de las características, condiciones, acceso, efecto y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 28 de enero del año 2004 con la



AFP Porvenir S.A. (Fls. 13 y 117), que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por lo anterior, se colige que el formulario de afiliación allegado no es prueba suficiente para acreditar que la *AFP Porvenir S.A.* cumplió con su deber de información y por tanto se desacreditan los argumentos plasmados en el recurso de alzada, al sustentar que de dicha documental se puede inferir la asesoría brindada y por tanto la validez del traslado.

Por otro lado, se practicó interrogatorio de parte al señor *Orlando Moncada Ballesteros*, sin que haya confesado el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, por cuanto en síntesis el demandante se limita a señalar que su traslado a *Porvenir S.A.* se realizó en el año 2004, cuando asesores de la entidad lo visitaron en su lugar de trabajo, que le informaron que el *Instituto de Seguros Sociales* se iba a liquidar y que *Porvenir S.A.* le ofrecía mejores beneficios.

Además, en cuanto al comunicado de prensa, es de anotar que no suple el deber de información que se le endilga a la AFP, máxime cuando el mismo refiere a la posibilidad de traslado, más no al tema que nos ocupa que es el deber de información suficiente, veraz y oportuna brindada al accionante al momento de realizar su traslado entre regímenes.

Adicionalmente, no se aportó prueba distinta para acreditar que al momento de la asesoría se suministró información completa, precisa y veraz al demandante, es de recordar que cuando se le atribuye el incumplimiento de tal deber, son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba para desvirtuar esas afirmaciones, así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia entre otras en la providencia SL1688-2019, reiterada en SL3418-220 rad. 70247, en donde precisó:

“[...] En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió



información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“[...]

“Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Aunado a lo anterior, ha sido reiterativo el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción al señalar que la carga de la prueba del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, no está condicionada a que el demandante sea o no beneficiario del régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse. (STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020).

Por tanto, es claro que en el presente proceso la *AFP Porvenir S.A.* no cumplió con su carga probatoria emanada del artículo 1604 del Código Civil y por tanto no logró acreditar que si se le ofreció un asesoría completa, precisa y veraz al señor *Moncada Ballesteros*, pese a que en el recurso de alzada se afirmó por parte de la apoderada de la *AFP Porvenir S.A.* que para el año 2004 se le brindó al actor una asesoría clara, completa, comprensible y que la misma se realizó de forma verbal acerca de los requisitos, características básicas de las administradoras de fondo de pensiones, lo cierto es que no se allegó prueba que soportara tales aseveraciones.

En ese orden de ideas, se evidencia que la consecuencia jurídica que se sigue es la dispuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 referente a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, *Colpensiones* afirma que el negocio jurídico celebrado entre el demandante y la AFP, no puede acarrearle consecuencias negativas a su representada ya que no tuvo injerencia en el acto jurídico y la condena atenta contra el artículo 48 Superior. Frente a ello, se debe rememorar que la consecuencia directa de la ineficacia del traslado es



retornar la afiliación a su estado anterior, como si nunca se hubiese realizado, sin que le sea oponible al afiliado el hecho que *Colpensiones* deba administrar su situación pensional, máxime que los recursos provendrán de la devolución de los emolumentos por la AFP.

Ahora bien, lo anterior implica declarar la ineficacia del traslado y apareja además como consecuencia la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:



“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, *Porvenir S.A* por ser el fondo pensional donde en la actualidad se encuentra afiliado el demandante, tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Así, la apreciación de *Colpensiones* al asegurar que el demandante al buscar con la declaración de la ineficacia, contraría el principio de la sostenibilidad financiera emanada del artículo 48 superior, es equívoca, ya que precisamente dicha prestación se financia con los aportes de sus afiliados y sus rendimientos, y en tanto con la declaración de la ineficacia la AFP debe devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, frutos e intereses, dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social y serán utilizados para el reconocimiento de derecho pensional con base en el régimen de prima media con prestación definida, por tanto de ninguna manera se vulnera dicho precepto.



De esa forma no erró el *a-quo* ya que en su fallo ordenó a la *AFP Porvenir S.A.* a que traslade a *Colpensiones* el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a *Colpensiones* a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral, decisión que se ajusta a derecho.

Ahora bien, a pesar que en libelo introductorio el demandante solicitó que se declare la nulidad del traslado toda vez que no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional y en especial de su situación personal y concreta; lo cierto es que la consecuencia prevista en el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, esto en concordancia con lo previsto en los artículos 271 y 272 de Ley 100 de 1993. De esa forma lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688-2019 reiterada por la STL 8710 rad. 60836, allí se indicó que:

“La reacción del ordenamiento jurídico (artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Luego resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada”

Así pues, en tal sentido, se debe modificar parcialmente la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, puesto que la consecuencia jurídica es la ineficacia del traslado, de conformidad a lo enunciado con precedencia.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones* es preciso acotar frente a la excepción propuesta de prescripción que existe una línea jurisprudencial consolidada en cuanto a la imprescriptibilidad de los derechos que emanan de la seguridad social. En sentencias CSJ SL 8. Mar. 2013 rad. 49741, CSJ SL121-2019, reiterada en STL8710-2020, sobre el tema se explicó:

“De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.”



De esa forma, la declaratoria de ineficacia de traslado se puede solicitar en cualquier momento y además es independiente del término establecido por el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, en cuanto no se busca realizar un traslado entre regímenes, sino la ineficacia de un traslado efectuado con anterioridad, por tanto, resulta no probada la excepción formulado por *Colpensiones*.

Como corolario de lo anterior, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

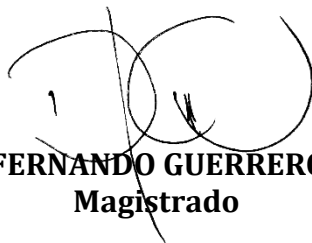
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar la **INEFICACIA** de la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **05201800227 01**
Demandante: GLORIA LUCILA DIAZ DE SARMIENTO
Demandado: OLD MUTUAL S.A. Y LA NACIÓN MINISTERIO DE
 HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

AUTO

Conforme al poder al poder allegado por *Skandia*, se le reconoce personería adjetiva para actuar a Juan Sebastián Velandia Párraga identificado con C.C No 1.018.456.181 y T.P No 333.518 del C.S.J

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por *La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Old Mutual S.A*, así como en el grado jurisdicción de consulta a favor de *La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Publico* respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 4 de febrero del 2020, al ser condenada la entidad accionada y fungir La Nación como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Gloria Lucila Díaz de Sarmiento* formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.* a efectos de que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos por parte de la pasiva, por no haberse tenido en cuenta dicho aporte en la liquidación para la pensión de jubilación otorgada por *Ecopetrol S.A.*



En consecuencia, solicita se condene a la pasiva a la devolución de saldos cotizados a través del empleador GM COLMOTORES S.A, desde el 23 de julio de 1969 al 30 de junio de 1981, suma que a la fecha de la emisión del bono pensional equivale a un total de \$318.769.000, la indexación de las condenas decretadas y el pago de las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que mediante de Acta No. 11 del 13 de diciembre del 2002 emitida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, le fue reconocida la pensión de jubilación de carácter vitalicia a partir del 30 de noviembre del 2002, por el tiempo laborado en *Ecopetrol S.A*, con quien estuvo vinculada el 9 de diciembre de 1980 al 30 de noviembre del 2002.

Precisa que laboró para Colmotores S.A del 23 de julio de 1969 al 30 de junio de 1981, realizando las correspondientes cotizaciones al *Instituto de Seguros Sociales*, sin embargo, el 9 de diciembre del 2002 se trasladó a *Old Mutual S.A*.

El 21 de junio del 2017 solicitó el valor del Bono Pensional o devolución de saldos, pero la misma le fue denegada por la AFP.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La accionada *Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A*, se opuso a las pretensiones incoadas en su contra afirmando que en la cuenta de ahorro individual de la demandante a la fecha no existe suma alguna susceptible de devolución. Precizando que la única suma que podría ser objeto de devolución correspondería al Bono Pensional, no obstante, el reconocimiento del mismo es una obligación de competencia de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Propuso y sustentó como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario respecto de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y como de fondo las de prescripción y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.



Con auto del 12 de febrero del 2019 se ordena la integración del litisconsorcio necesario respecto de *La Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público* (Fl 99), entidad que en su escrito de contestación se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que no ha transgredido las disposiciones citadas por el demandante, en razón a que no existe ni existió vínculo jurídico alguno legal, reglamentario, contractual o laboral con el demandante.

Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia adiada del 4 de febrero del 2020 resolvió condenar a *La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público* a emitir el bono pensional tipo A, a nombre de la demandante, teniendo en cuenta la historia laboral por aportes de carácter privado aportada por Colpensiones y realizados exclusivamente por G.M COLMOTORES, condena que debe ser cumplida dentro de los 10 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia y condenó a *Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A* a realizar un nuevo estudio de derecho pensional de la demandante una vez emitido el bono pensional a su nombre, para establecer si le asiste derecho a la pensión de vejez o si debe solucionar la devolución de saldos, así como al pago de costas procesales.

Como sustento de su decisión indicó que resulta claro que el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 señala quienes a las edades previstas no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor de bono pensional si a esto hubiera lugar o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

Ahora, conforme lo dispuesto en la ley para que se emita un bono pensional, que en este caso sería Bono Pensional Tipo A modalidad 2, el Decreto 1748 de 1995 en su artículo 3º, señala que en ningún caso se considerarán válidas aquellas vinculaciones laborales que sirvieron de base para el reconocimiento de una pensión, indemnización sustitutiva o para la expedición de un bono pensional vigente, tampoco se tendrá en cuenta para el cálculo de Bono Tipo A el tiempo de



cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales efectuadas por un empleador con miras a compartir la pensión con dicho instituto.

Que la relación laboral con GM Colmotores no sirvió de base para el reconocimiento de la pensión de *Ecopetrol S.A.*, para la indemnización sustitutiva, ni para expedición de un Bono Pensional vigente, ni corresponde a cotizaciones efectuados por un empleador con miras a compartir la pensión.

Por otra parte, que *Old Mutual S.A.* alegó que la afiliación no resultaba válida ante la ausencia de cotizaciones, no obstante no se demostró que se haya realizado un comité de multivinculación o multiafiliación para definir dicha situación.

Agrega que el origen de la pensión que se reconoció fue con ocasión de su vinculación con *Ecopetrol S.A.*, sin que participaran de ella las cotizaciones que realizó GM Colmotores, y por tanto pues no existe ningún soporte jurídico para negar la devolución de saldos, incluido el bono pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el *Ministerio de Hacienda y Crédito Público* interpone recurso de apelación en el que en suma indica que la demandante se afilió erradamente al Régimen de Ahorro Individual administrado por *Old Mutual S.A.* el 9 de diciembre de 2002, ello en tanto (i) hace parte de un régimen exceptuado del que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y reglamentado en el caso de los servidores públicos de *Ecopetrol S.A.* mediante el Decreto 807 de 1994; y (ii) porque la actora contraviniendo las disposiciones establecidas en el artículo 5º del Decreto 807 de 1994, hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, no informó en el momento de llegar a un acuerdo con *Ecopetrol S.A.* acerca del reconocimiento de la pensión de jubilación que contaba con tiempos de aportes efectuados al ISS con anterioridad a su ingreso a dicha empresa.

Así, decidió suscribir el formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con *Skandia*, hoy *Old Mutual S.A.* el 9 de diciembre de 2002 y tal como lo establece el artículo 5º del Decreto 807 de 1994, recopilado por el Decreto 1833 de 2016, los servidores públicos que a 1º de abril de 1994 se encuentren vinculadas a *Ecopetrol S.A.* y que con anterioridad a su ingreso hubieren efectuado



cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o prestado servicio al Estado, tendrán derecho a que dicho tiempo de servicio o de cotizaciones se le acumule para efectos de acceder a la pensión legal de jubilación a cargo de la empresa.

Entonces, queda claro que debió acumularse el tiempo de servicios para acceder a la pensión de jubilación, lo cual se predica aun en el evento en que se considerara válida la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Finalmente, solicita se revoque la condena en costas frente a la función pública de resguardar el erario público, máxime que los bonos pensionales son un título de deuda pública y ostentan una capitalización onerosa.

Por su parte *Old Mutual S.A.*, recurre la decisión aduciendo que se condenó a la AFP al pago de 10 salarios mínimos, frente a lo cual disiente en tanto no es de recibo que se estime que haya incurrido en un actuar que implicara un desgaste de la administración de justicia, máxime que no tiene la responsabilidad sobre la emisión de bonos pensionales y simplemente es administradora de los recursos de los afiliados.

De otra parte, que se acreditó que actuó con total diligencia, en tanto se acreditaron las gestiones realizadas ante el *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*, y frente a la litis al no haberse incluso integrado correctamente el contradictorio, era menester oponerse a las pretensiones de la misma.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta procedente



ordenar la devolución de los saldos incluyendo el Bono Pensional por el tiempo laborado por la demandante ante la empresa *GM Colmotores*, e igualmente establecer si hay lugar a la imposición de las costas respecto de las demandadas.

c. Devolución de Saldos

El artículo 66 de la Ley 100 de 1993 contempla la devolución de saldos, para quienes a las edades previstas para acceder a la pensión de vejez, no hayan cotizado el número de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo. Señala que tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a este hubiera lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

La Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Radicación No. 41001 del 17 de julio de 2013, consideró que tanto el bono pensional como la devolución de saldos, son conceptos que no son excluyentes. Sobre el particular señaló:

*“Por lo mismo, cuando la norma condiciona la inclusión del bono pensional dentro de la devolución de saldos, a través de la expresión “si a este hubiere lugar”, no hace cosa diferente a prever que **su cómputo debe partir de la base de que hubiera sido posible emitirlo, para financiar una eventual pensión de vejez**. En otras palabras, cuando es viable pagar un bono pensional para financiar una potencial pensión de vejez, porque se dan las condiciones legales necesarias para esos efectos, esa erogación también puede ser comprendida dentro del cálculo de una devolución de saldos, pues hace parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual” (Resalta la Sala).*

De lo anterior se concluye que como el bono pensional hace parte integral para la financiación de una pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, también lo es su inclusión en el cálculo de la devolución de saldos, siempre que haya lugar a su procedencia.

En lo tocante el bono pensional, se debe recordar que conforme lo establece el literal h) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1299 de 1999, cuando una persona se traslada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tiene derecho al reconocimiento del bono pensional, cuando haya efectuado aportes o cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, a cajas, fondos o entidades del sector público, cuente con tiempos de servicio



público, o trabaje en empresas del sector privado que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores. Siempre y cuando, al momento del traslado haya cotizado por lo menos 150 semanas de forma continua o discontinua, según lo erige el parágrafo del artículo 2º del Decreto 1299 de 1994.

Asimismo, se tiene que cuando la primera vinculación laboral de la persona se haya efectuado antes del 1º de julio de 1992, tienen derecho a la emisión y expedición de los Bonos Pensionales Tipo A Modalidad 2, acorde lo indica el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, regulados por el Decreto 1299 de 1994, normativa acorde a la cual le corresponde a La Nación emitir los bonos pensionales de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, cuando la responsabilidad se encuentre a cargo del Instituto de Seguros Sociales, CAJANAL o cualquier otra Caja o Fondo del Sector Público (Art 16 Decreto 1299 de 1994), siendo del resorte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconocer, liquidar, emitir y pagar el respectivo bono pensional.

De otra parte, el artículo 1º del Decreto 1299 de 1994, estableció que el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: (i) Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional, (ii) Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia, y (iii) Cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.

Ahora, para que se pueda generar la redención del bono pensional, es indispensable que se de alguno de los presupuestos aludidos en el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995, esto es que: el afiliado cumpla 62 años, o luego de haber cumplido 500 semanas después del traslado de régimen sí a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones tenía 55 o más años de edad de ser hombre o 50 o más si es mujer, o en la fecha en que completaría las 1000 semanas de vinculación laboral válida, suponiendo que trabajara ininterrumpidamente desde la fecha del traslado.

Sin embargo, hay lugar a la redención anticipada del bono, acorde lo prevé el artículo 16 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 5º del Decreto 1513 de 1998, en el caso de fallecimiento o declaratoria de invalidez del

beneficiario del bono o cuando se den los presupuestos previstos en los artículos 72 y 78 de la ley 100 de 1993, para la devolución de saldos.

d. Empleados de Ecopetrol:

Ahora en lo tocante a la aplicación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, respecto a los empleados de *Ecopetrol S.A.*, es imperioso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, que establece los regímenes que se encuentran exceptuados de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social previsto en la referida ley, expresando de forma clara en lo que atañe a los empleados de *Ecopetrol S.A.*, lo siguiente:

“Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.”

Así pues claro resulta que el legislador en efecto dejó por fuera el Sistema General de Seguridad Social a los empleados de *Ecopetrol S.A.*, impidiendo que las normas que contemplan el mismo les sean aplicables, situación que ha sido avalada por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en reiterados pronunciamientos como la sentencia SL2229 del 26 de mayo del 2020, en la cual puntualizó:

“Así se dice, pues, aunque en principio, le asistiría razón a la censura en la crítica de legalidad que hace al fallo, puesto que el Tribunal desconoció que, por expresa disposición del artículo 279 ibidem, el régimen de sucesión de las pensiones otorgadas por la demandada, está excluido de la regulación del sistema general de seguridad social, como se expuso, entre otras, en la sentencia CSJ SL1000-2018, que reitera las reglas de las sentencias de la CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 33308; CSJ SL, 15 sep. de 2009, rad. 33177, y en la CSJ SL500-2013, en las que la Corte explicó:

“[...] Así las cosas, se impone decir que en verdad el Tribunal extravió la premisa mayor de su razonamiento al concluir que el marco normativo que regulaba el caso era el previsto para el Sistema General de Pensiones del Sistema General de Seguridad Social Integral diseñado por el legislador a través de la Ley 100 de 1993, cuando quiera que el artículo 279 de dicha normatividad excluyó expresamente de su aplicación a los servidores y a los pensionados de la demandada EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS, estando claro desde el umbral del proceso que el tema a elucidar era la sustitución de una pensión de



jubilación otorgada por esa entidad.

“Ello es así por cuanto a pesar del carácter universal que pretendió el legislador dar al naciente Sistema, mediante el cual pretende extender sus beneficios y derechos a todas las personas que habitan el territorio nacional, sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida (artículo 1º, literal b., de la Ley 100 de 1993), por diversas razones excluyó de su ámbito de aplicación a ciertas personas, entre ellas, se repite, a quienes para su vigencia contaban con la calidad de servidores o pensionados de la empresa demandada. Dichas personas siguieron rigiéndose en tales aspectos por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y las que respectivamente las modificaron, derogaron o subrogaron, según se infiere de los Decretos 2027 de 1951 y 062 de 1970, entre ellas, la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989.

No obstante lo precedente, debe recordarse que tal excepción fue contemplada por cuanto *Ecopetrol S.A* tiene concebido para sus trabajadores un régimen en salud y pensiones especial, el cual se genera por razón de los servicios prestados para dicha entidad.

Luego, tal excepción no resulta aplicable en lo tocante a los tiempos que hubieren sido laborados para otras entidades diferentes a *Ecopetrol S.A*, por manera que la cotizaciones realizadas a través de los mismos, no pueden ser desconocidas o dejadas de apreciar por la vinculación con la referida entidad y que bien pueden servir al empleado para acceder a una pensión de vejez o la devolución de saldo o indemnización sustitutiva, según sea el caso, bajo los parámetros legales previstos por la Ley 100 de 1993, por manera que resulta compatible la pensión de jubilación extralegal de *Ecopetrol S.A* y la devolución del saldos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como en efecto lo determinó la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-2958 del 2020, en la que se indicó:

“(…)De ahí, que la afiliación al ISS, para recaudar aportes a pensiones provenientes de empleadores diferentes a ECOPETROL S. A. y su posterior traslado al régimen pensional de ahorro individual, es válido y goza de todos sus efectos jurídicos. (...)

“iii) Compatibilidad de la pensión de jubilación extralegal y la devolución de saldos en el RAIS

“Para los recurrentes, el actor no puede aspirar, simultáneamente, a contar con la pensión de jubilación que le otorgó su ex empleador con base en el Acuerdo 01 de 1977, por haber prestado el término de servicios exigido por este en dicha entidad y con las prestaciones contempladas en el régimen general de pensiones, más exactamente en la devolución de saldos que reclama, teniendo en cuenta las cotizaciones que realizó al sector privado, previa entrada en vigencia de dicho sistema y antes de ingresar o durante la



labor con ECOPETROL, pues esta última debe financiar la pensión ya reconocida, con base en los artículo 5º del Decreto 807 de 1994 y 3º del Decreto 876 de 1998.

“Para esta Corporación no se equivocó el Juzgador de segundo grado, pues en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, o la devolución de saldos que reclama, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por el demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.”

e. Caso en concreto

En el caso que hoy nos atañe se tiene que la demandante se vinculó inicialmente al *Instituto de Seguros Sociales* el 30 de septiembre de 1972, procediendo a realizar cotizaciones para dicha entidad a través del empleador G.M COLMOTORES por el periodo comprendido del 23 de julio de 1969 al 30 de junio de 1981, tal como se puede constatar del resumen de semanas cotizadas obrante a folios 21 a 22.

Posteriormente, la demandante entró a laborar par la empresa *Ecopetrol S.A*, entidad que le reconoció y pagó la pensión de jubilación, con cargo a los tiempos laborados para dicha entidad.

No obstante, el 9 de diciembre del 2002 se afilió a *Skandia*, hoy *AFP Old Mutual S.A* como se puede verificar en el reporte de SIAF visible a folios 72 a 73 del plenario y en el formulario de afiliación de folio 74, por lo que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales realizó la liquidación del correspondiente bono pensional el 19 de noviembre del 2018, con cargo a los tiempos laborados para G.M Colmotores (Fl 76)

Ahora bien, la demandante solicitó a la AFP hoy demandada el pago de la devolución de los saldos, pero dicha entidad denegó su solicitud mediante comunicación del 1º de junio del 2012 atendiendo a que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público negó la expedición del bono pensional, alegando que la promotora no tiene derecho al mismo, en razón a que a la actualidad devenga una pensión de jubilación otorgada por *Ecopetrol S.A* (Fls 79-80).



Negativa a todas luces arbitraria, por cuanto acorde los parámetros legales y jurisprudenciales previamente enunciados la pensión de jubilación concedida a los empleados de *Ecopetrol S.A.*, resulta compatible con la devolución de saldos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto ambas prestaciones se encuentran financiadas con cargo a recursos totalmente distintos.

Asimismo, se cae de su peso que si bien la demandante como empleada de *Ecopetrol S.A.* no podía afiliarse al sistema general de seguridad social en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, con cargo a los tiempos laborados para dicha entidad, tal impedimento, no se extendía en lo tocante a servicios que fueran prestado a otras entidades del sector privado como G.M COLMOTORES, por manera que no le asiste la razón al *Ministerio de Hacienda y Crédito Público* al aducir que dicha afiliación carece de validez.

En lo tocante a los requisitos para acceder a la devolución de saldos, se tiene por sentado que la demandante cumplió la edad requerida para acceder a la pensión de vejez el 23 de septiembre del 2006 al arribar a los 57 años de edad, data para la cual únicamente contaba con los tiempos cotizados como trabajadora de G.M COLOMOTORES que conforme la liquidación del bono pensional de folios 75 a 76 asciende a la suma de \$132.419.461, no obstante no existe en el plenario estudio alguno que nos pueda permitir inferir con veracidad si dicho monto resulta o no suficiente para que la demandante acceda a la pensión de vejez por lo menos con el salario mínimo (Art 66 de la ley 100 de 1993) y por ende resulta lógico que se condene a la AFP a que se realice un nuevo estudio pensional una vez emitido el bono, para establecer si había o no derecho a la pensión o la devolución de saldos, condena que no fue debatida en la alzada, en tal sentido será confirmada la providencia.

Lo anterior, en consideración a que la promotora ya cumple con los presupuestos legales requeridos para que se efectúe la redención y el reconocimiento del bono pensional tipo A conforme lo dispuesto en el Decreto 1299 de 1994, en concordancia con lo descrito en el Decreto 1748 de 1995, por lo que resulta lógico afirmar que le asiste la razón al *a-quo* al condenar a *La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público* a emitir el correspondiente Bono Pensional tipo A, por los tiempos laborados por la demandante para G.M Colomtores .



f. Costas Procesales:

Finalmente, en lo que respecta a las costas procesales basta indicar que estas operan de forma objetiva y se imponen a la parte que resulte vencida en juicio acorde lo reglado en el artículo 365 del C.G.P, por manera que al haberse fulminado condena en contra de las mismas dimana lógico que se imponga condena en su contra, más aún cuando existió oposición a las pretensiones de la demanda.

Precisando en lo que respecta a los reparos atinentes a su monto que esta no es la oportunidad procesal para debatirlas de cara a lo establecido en el numeral 5° del artículo 366 del C.G.P.

Deviene de lo enunciado la confirmatoria del fallo emitido en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de febrero del 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, conforme lo enunciado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 08 2018 00667 01
Demandante: MARIA CONCEPCIÓN HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por *Porvenir S.A* y *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de esta última, respecto de la sentencia proferida el 17 de junio del 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Concepción Hernández* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones y Porvenir S.A*, para que previo el trámite procesal pertinente se declare la nulidad o subsidiariamente la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada para el mes de mayo de 1994; que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho a la pensión en los términos previstos en el Decreto 758 de 1990; se condene a *Colpensiones* al reconocimiento y pago de la pensión, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencia en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 8 de diciembre de 1960, cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que en mayo de 1994 se afilió a *Porvenir S.A*, entidad que aduce no le informó las implicaciones del



traslado, sus desventajas, ni los distintos escenarios comparativos en ambos regímenes.

El 25 de junio del 2008, solicitó a la AFP *Porvenir S.A* la nulidad de la afiliación y el 28 de junio del 2008 a *Colpensiones*, no obstante, las entidades denegaron la solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Porvenir S.A operó la *litis contestatio*, en la que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra expresando que la afiliación fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se constata en la solicitud de vinculación.

Propuso y sustentó como excepciones las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

Por su parte, *Colpensiones* se opuso a las pretensiones incoadas en su contra argumentando que obran dentro del proceso medios documentales suficientes, para determinar que el traslado se llevó a cabo de forma libre y voluntaria.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 17 de junio del 2020 declaró la ineficacia del traslado de régimen, condenó a *Colpensiones* a admitir a la demandante, actualizando la historia laboral, condenó a *Porvenir S.A* a reintegrar a *Colpensiones* todos los valores recibidos por motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C; condenó a *Colpensiones* a recibir los valores que devuelva la AFP y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.



Como sustento de su decisión manifestó que la elección del régimen pensional debe ser de manera libre y voluntaria, estando las AFP obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz, oportuna todos los servicios inherentes a su actividad, siendo responsables de los perjuicios que por su culpa pudieren ocasionar a los afiliados; por otra parte que el deber de información se consagró desde la Ley 100 de 1993, por lo cual no es dable estimar que la AFP pudiese estar relevada de dar una información de carácter transparente, lo cual ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia.

Refirió que el deber de información implica un acompañamiento permanente, de tal manera que el potencial afiliado tenga acceso a la información completa y comprensible de los regímenes pensionales, incluyendo las ventajas y desventajas, lo cual no fue acreditado en el plenario por *Porvenir S.A.*, sin que tenga relevancia si se es o no beneficiario del régimen de transición.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, *Porvenir S.A* interpone recurso de apelación en el que indica que dentro del interrogatorio de parte la demandante indica que recibió una asesoría grupal, luego si existió información, adicional a ello el traslado se dio en 1994 y para dicha data no se podía realizar una proyección pensional, pues sería una expectativa falaz.

Además de ello, se indica que solo se aportó un formulario de afiliación, pero este no puede ser visto como un simple formato, es válido y se hace conforme la ley 100 de 1993, es la única prueba que tiene *Porvenir S.A* de la asesoría brindada. Indica la Juez que se podía allegar otro tipo de prueba, pero no existe otra prueba que se pueda aportar, por tanto, no es dable traer a un asesora a que explique algo de lo cual no se acuerda, no se puede imponer una carga que para dicha época no existía.

Dentro del fallo no se indica porque se realizó el cambio de la carga de la prueba, pues se hace con fundamento en una jurisprudencia que no tiene soporte legal, cuando realmente es la demandante quien no cumplió con su carga probatoria, ni tampoco con los deberes legales que se le imponían, además la actora dijo que



sabe que era un capital ahorrado, luego entiende como es que funciona, también indica que recibió los extractos correspondientes.

Que no es dable hacer la devolución de los gastos de administración, por cuanto estos fueron utilizados para cancelar los seguros y si se ordena como consecuencia del fallo regresar todo a su estado anterior, es como si no hubieran existido.

A su turno *Colpensiones* interpone recurso de apelación, indicando que no comparte el análisis probatorio realizado por el Despacho, por cuanto para la data en que la demandante realizó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no existía obligación de documentar la asesoría, hacer proyecciones o análisis comparativos, luego cumplir con esa carga probatoria es imposible.

Precisa que existe un salvamento de voto del Dr Quiroz en el cual se informa que existe por parte de los afiliados una obligación de informarse, luego no se puede valer del dicho de la demandante al afirmar que ella confió en la información brindada, además de su interrogatorio se colige que si recibió alguna información sobre las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De otra parte la demandante solo se duele de la diferencia en el monto pensional en cada régimen, pero en ninguno de los precedentes de la Corte se ha indicado que dicho argumento sea suficiente para declarar la nulidad.

Solicita que se tenga en cuenta que en algunos precedentes jurisprudenciales se indica que además de revisar el formulario de afiliación, se deben analizar otros hechos realizados por el afiliado en los que se corrobore su intención de mantenerse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, algunos de los cuales fueron desplegados por la demandante, tales como la solicitud de los extractos correspondientes.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.



Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa*



pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene o no una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Porvenir S.A* del 25 de mayo de 1994 (Fl 73), en el que si bien se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, pues se limitó a indicar que un asesor se acercó a su compañía y realizó una asesoría grupal de 15 minutos en la cual le dijeron que el ISS se iba a acabar, además que era mejor el fondo privado por que se podía pensionar a cualquier edad y su pensión sería mejor, pero no le explicaron la diferencia de ambos regímenes.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, lo cual apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se haya percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal.



En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo cual se desestiman los argumentos propuestos por la AFP demandada en el recurso de alzada.



Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

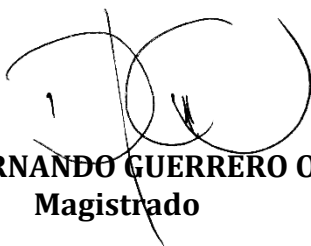
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de junio del 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **11 2017 00718 01**
Demandante: YARLEDIS CASTILLO CASTILLO
Demandado: SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLIMPICA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 31 de enero de 2020 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Yarledis Castillo Castillo*, formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad *Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A*, entre el 16 de noviembre de 2010 y el 14 de marzo de 2016; en consecuencia se la condene al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido injustificado, indemnización por falta de pago oportuno de las prestaciones de ley, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que el 16 de noviembre de 2010 celebró con la accionada un contrato de trabajo a término indefinido, el que estuvo vigente hasta el 14 de marzo de 2016; que prestó sus servicios en una jornada laboral de lunes a domingo de 8:00 a.m. a 8:00 p.m., desempeñándose como auxiliar de ventas, ejecutando además de forma simultánea el cargo de Jefe de Salsamentaria 426 y el de Jefe de Sección Cafetería; que la remuneración inicial ascendió a \$708.986, siendo el último salario devengado la suma de \$898.581.



Que los cargos que debió asumir difieren de la labor para la cual fue contratada, debiendo cumplir diversas funciones, así como hacerse responsable de dos inventarios; que previamente a disfrutar de las vacaciones, entregó sin observaciones el inventario al señor *Alex Garzón*, no obstante al reasumir sus funciones el 26 de enero de 2016, advirtió un faltante de \$7'530.379, atinente a productos cárnicos.

Que el 25 de febrero de 2016 fue llamada a diligencia de descargos y el 14 de marzo de dicha anualidad se le comunicó la terminación del contrato de trabajo; que el Sindicato SINTRAOLMIPICA refirió que no se adelantó una adecuada investigación pro la señora *Patricia Piñeros*, dejando constancia que no se había cometido irregularidad alguna por la trabajadora; que elevó derecho de petición solicitando copia de los inventarios, los cuales no le fueron suministrados; finalmente, que la suma de la liquidación definitiva quedó a disposición del fondo de empleados, y no se solucionaron en su integridad las acreencias laborales reclamadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad accionada *Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A* operó la *litis contestatio* señalando que el contrato de trabajo culminó por justa causa, toda vez que la actora se desempeñaba como Jefe de Salsamentaria en el negocio 426, y en inventario del 31 de enero de 2016 arrojó un faltante de carne de res por valor de \$9.782.945, frente a lo cual se adelantó la investigación respectiva, evidenciando que para finales del mes de diciembre la demandante efectuó una negociación para la realización de 10.000 comidas para un evento con la Escuela de Policía General Santander, solicitando un aproximado de 1500 a 1600 kg de carne, lo cual no ingresó en su totalidad al punto de venta, toda vez que el Gerente Mario Fernando Peláez, informó al área de Delicatessen y Cafetería que solo requería la mitad del pedido, ingresando solo 846 kg, y tras otro cambio solo se usaron 113 kg, utilizando la actora de manera inconsulta lo restante para la preparación de menús corrientes.

Que además de conformidad con los registros; de ventas de los menús, debería quedar aproximadamente 433 kg, los cuales no se reportaron físicamente, lo que acarreó una pérdida de \$7.530.379; de igual manera, con la intención de encubrir el faltante se manipuló el sistema el 1º de febrero de 2016, grabando un



desperdicio de 60 kg el 30 de enero de 2016 y 100 kg el 31 de enero de 2006, registros que anuló el 2 de febrero de 2016.

Finalmente, que a la accionante le fueron solucionadas en su integridad las acreencias laborales causadas.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, compensación y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 31 de enero de 2020, absolvió a la accionada de todas las pretensiones.

Para tal efecto refirió que se acreditó la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos laborales. Que se aportó la misiva de despido, en la cual se narran las conductas que se estimaron como justa causa, frente a lo cual la demandante en el acta de descargos, aceptó que ocupaba el cargo de Jefe de Salsamentaria y que dentro de sus funciones estaba la de responder por los inventario y frente al faltante de carne que en el inventario reportó 450 kg, y al no hacerse el conteo físico por el Gerente, hizo un recuento encontrando 100 kg adicionales; por otra parte, que la testigo *Patricia Piñeros* dio cuenta que se evidenció un faltante de aproximadamente 450 kg, frente a lo cual se advirtió que la accionante no realizó un inventario físico y manipuló el sistema.

Que al acreditarse la conducta endilgada, la misma se constituye en justa causa, por cuanto hacía parte de sus funciones del velar por los inventarios de la sección a su cargo, la cual además es una falta que se estima como grave, frente a la incidencia de las funciones que debía desarrollar.

Finalmente, frente al pago de las acreencias laborales, que se aportaron las evidencias documentales que dan cuenta de su pago en debida forma.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:



Inconforme con la decisión del *a-quo* por activa se interpone recurso de apelación señalando que el *a-quo* verificó una indebida valoración probatoria, por cuanto en el hecho octavo de la demanda se estableció que el cargo contratado era el de auxiliar de venta, y si bien en el contrato se refiere que debe cumplir las demás funciones que le asignen, no es dable exigir el cumplimiento simultáneo de varios empleos; de otra parte, que las testigos *Martha Corredor* y *Patricia Piñeros*, dieron cuenta que la accionante debía rendir informe de dos inventarios, los cuales no estaban dentro de su rol de trabajo; adicionalmente, que el 5 de enero de 2016 entregó en debido forma el inventario y solo cuando retorna de vacaciones se observó el faltante, por lo cual no es factible que se haya perdido el producto en cumplimiento de sus funciones.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala determinará si la accionante tiene derecho al pago de la indemnización por despido injusto.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

Inicialmente debe referirse que no es objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo con vigencia entre el 16 de noviembre de 2010 y el 14 de marzo de 2016, toda vez que fue admitido por pasiva y se aportó al plenario el contrato escrito de trabajo a término indefinido (Fls 17 y 18), en el cual, en efecto, se establece como “*oficio que desempeñará el trabajador*” el de “*Auxiliar de Ventas*”.

Ahora bien, acota la Sala frente al primer aspecto de la censura, que apunta a que no era dable exigir el cumplimiento simultáneo de un empleo para el que fuera



contratada, que en el referido acuerdo de voluntades, en su cláusula décima se estipula:

*“El cargo de **auxiliares de venta**, implica que el trabajador deberá cumplir de acuerdo con las instrucciones del empleador una cualquiera de las funciones inherentes a los cargos establecidos en la categoría V, sin que se entienda que deba ejecutarlas simultáneamente, siendo estos: cajero (a), vigilante, vendedor droguería, auxiliar de panadería, ayudante general I, cosmetóloga, vendedor SAO, auxiliares de carnes, auxiliares de venta, decorador SAO, jefe de bodega, **jefe de salsamentaria**, auxiliares técnicos, conductor, carpintero”.*

Ahora bien, aduce el recurrente que desde la demanda, se estableció que de manera indebida, la accionante debía ejecutar simultáneamente diversos empleos, lo cual no se encuentra acreditado, pues *a contrario sensu*, la cláusula contractual es clara en establecer que el cargo “auxiliar de venta”, es una denominación genérica, e implica la asignación de diversas funciones y empleos específicos, entre ellos, es de “jefe de salsamentaria”, que fuera el que desempeñara la demandante, lo cual se acredita de los asertos esbozados por la misma accionante *Yarledis Castillo Castillo* en el acta de descargos (Fl. 19), al referir:

“2. PREGUNTA: *¿Qué cargo ocupa y en qué negocio?*

“CONTESTÓ: *Jefe de salsamentaria 426”*

“3. PREGUNTA: *Qué otros cargos ha ocupado en la empresa”*

“CONTESTÓ: *Ningún otro”.*

Si bien el apelante refiere que las testigos *Martha Corredor* y *Sandra Patricia Piñeros* dieron cuenta del cumplimiento simultáneo de empleos, lo cierto es que refirieron que la primera de las deponentes, quien señaló ser supervisora de Delikatessen y Cafetería, manifestó que son secciones distintas y tienen inventario diferente; por su parte, la segunda de las testigos mencionada, quien señaló ser analista de inventarios, en maneral alguna aseveró que la accionante ocupara varios empleos de manera simultánea, por el contrario, al interrogarle si en el negocio 426 existía Jefe de Cafetería, Jefe de Delikatessen y Jefe de Salsamentaria, señaló que sólo le consta que existen Gerente, Administrador y encargo de la respectiva sección, sin que en manera alguna, se reitera, refiera que la demandante cumpliera simultáneamente diversos empleos. De otra parte, señaló que Cafetería y Salsamentaria son secciones que manejan varias categorías, y



tienen distintos inventarios, lo cual, no obstante, en manera alguna acredita que la actora ocupara varios empleos, máxime que la misma accionante refirió en el acta de descargos ocupar un solo cargo.

Por otra parte, el señor *Jhon Freddy Gutiérrez Guerrero*, quien laboró en la sociedad demandada como Coordinador de Relaciones Laborales, aseveró que en la estructura de cargos de la empresa los cargos de Jefe de Delikatessen y Salsamentaria es el mismo, y son las mismas funciones que se desempeñan como Jefe de Cafetería, aclarando que:

“[...] en los negocios no hay dos personas en la sección que ejecuten las mismas funciones, me explico, en los negocios no hay dos personas que ostenten el cargo de Jefe frente a la sección Deli – Cafetería, por ende quien sea Jefe de Deli, Salsamentaria y Cafetería ejerce en principio las mismas funciones”

En ese orden de ideas, no le asiste razón al recurrente al manifestar que la accionante ocupó varios empleos de manera simultánea.

Una vez determinado lo anterior, frente a la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, se tiene que la carga probatoria de demostrar el despido corresponde al trabajador, en tanto que estará a cargo del empleador la demostración de la justeza del mismo, señalando el parágrafo del artículo 62 del C.S.T que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*.

Merece igualmente resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia SL 2351 del 2020, con Radicación 53676 del 8 de julio del 2020, explicó:

“En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al



trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”

Así las cosas, lo primero en lo cual repara esta Corporación es en la carta de terminación del contrato de trabajo del 14 de marzo de 2016 (Fls 303 a 310), la cual refiere:

“En primer lugar, se evidenció el incumplimiento de sus funciones y de los procedimientos establecidos por la empresa para realizar los inventarios físicos, toda vez que en el inventario realizado el día 05 de enero de 2016, junto con el señor ALEX ENRIQUE GARZÓN ORTIZ (Administrador del área de perecederos) Usted no pesó la carne identificada con el código 26848”.

“[...] todo lo cual permitió romper la cadena de seguridad de la mercancía, impidiendo que a partir de ese momento se pudiera tener un control real del producto, pues no se tiene certeza de la cantidad de carne que se encontraba en la cava en el momento en que Usted sale a vacaciones, contribuyendo así con la pérdida económica sufrida por SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLIMPICA S.A.”

“Así las cosas, no es atendible para la empresa el hecho que Usted hubiera incumplido sus funciones al haber únicamente contado las canastillas de carne y no haberlas pesado [...]”

“Por otro lado, el 1º de febrero de 2016, Usted grabó en el sistema un desperdicio de 60 kilos de carne (muchacho), con fecha de 30 de enero de 2016, y 100 kilos de carne (muchacho), con fecha 31 de enero de 2016, sin embargo, el 02 de febrero de 2016, anuló esos registros”.

“[...]”

“Adicionalmente, Usted permitió la utilización de los 733,155 kilos de carne (muchacho), por parte de las preparadoras en la realización de platos corrientes en la cafetería del PDV, pese a que esta era una carne especial y no contaba con autorización del departamento de Delikatessen para usar la misma en otros platos”.

De lo anterior se tiene que a la accionante se le endilgaron como justas causas el (i) no haber realizado un inventario físico el 5 de enero de 2016, en tanto no pesó la carne, sino que se limitó a contar la cantidad de canastillas; (ii) el 1º de febrero de 2016 grabó en el sistema desperdicio de carne, registro que posteriormente fue anulado; y (iii) utilizó 733,155 kilos de carne en platos corrientes de la cafetería, sin autorización del área Delikatessen.

Por su parte, la accionante aduce que previamente a salir a disfrutar de vacaciones, reportó un inventario que no arrojó novedad alguna, y con

posterioridad a su reintegro se evidenció un faltante, el cual, por lo expuesto, no le resulta imputable.

Ahora bien, en el acta de descargos la accionante contestó afirmativamente que dentro de sus funciones está la de *“determinar en coordinación con el administrador del área de perecederos, la mercancía de desperdicio de la sección, tomar el inventario físico de la misma y firmar el formato de reporte correspondiente, verificar que este registro se haga diario en el sistema”* así como la de *“participar y responder en las labores de toma física de inventario físico de los productos de la sección, evaluar los resultados e investigar las causas de las variaciones observadas”* (Fls 19 y 20).

De igual manera, frente a la inconsistencia del inventario adujo tener conocimiento, refiriendo:

“[...] el faltante fueron por el genérico del muchacho, es decir una carne que se había pedido pues el día 05 de enero hice un inventario físico con el administrador de perecederos, dejando inventariados 700 kilos de carne, de muchacho de lo cual se le pidió al administrador que verificara y él hizo las correcciones y firmó, yo le dije que habían 600 kilos y él dijo que faltaban 100, pero yo le dije usted verá si quiere modificar yo no modifico, inicialmente se habían contado 450 kilos, después yo fui y verifiqué y habían 100 kilos más porque estaba dividida la cava [...]

“[...]”

“Se hizo una negociación en diciembre para inicialmente 10.000 comidas [...] el señor finalmente me pidió 1.200 comidas las cuales solo iban a ser 50 gramos de muchacho [...] y al final de la entrega de las comidas nos queda 600 kilos de muchacho [...] y los comenzamos a dejar en el almuerzo, yo le comenté al señor gerente que nos habían quedado 600 kilos que los diéramos al almuerzo [...] él dijo que no había ningún problema [...] y cuando yo regresé no había muchacho [...]”

“[...] el administrador Alex Garzón dijo que yo sabía dónde estaba el muchacho, entonces le preguntaron que en donde y él dijo que en un desperdicio que lo había realizado yo, entonces yo le dije que si ese desperdicio lo grabé yo, pero yo anule eso, eso fue el 29 de enero, y yo grabé el desperdicio con 30 y 31 de enero”. “

“[...]”

“eso fue el 05 de enero y no el 06, yo hice el conteo con el señor de carne el señor Rodrigo Carreño y le dije al administrador que fuera, revisara y pesara y él dijo que no, yo le dije que habían 450 kilos inicialmente y fui y revisé y habían 100 kilos más porque estaba las canastillas divididas en dos, y él insistió que faltaba muchacho sin haber contado y la corrección en el sistema la hizo él, que porque era mucho faltante de inventario.



[...]

“El conteo lo hice yo con el señor de carne, el señor Alex no contó ni siquiera se acercó a la cava y yo le dije el inventario a partir de hoy es suyo”.

De las manifestaciones de la accionante se evidencia que se admitió el faltante del inventario, así como que para el 6 de enero de 2016 el inventario se hace sin la participación del administrador, quien refiere no pesó el producto; de igual manera que grabó en el sistema un desperdicio del producto inexistente, lo cual señala fue por instrucción del administrador, aceptando también que parte de carne fue utilizada en almuerzos, lo cual señala comunicó al Gerente.

De otra parte, el señor *Mario Fernández Peláez*, Gerente de la Supertienda 426 para la fecha de los hechos, señaló que estuvo presente en el punto de venta para el inventario anterior a la salida de vacaciones de la accionante, pero no asistió a la realización del inventario dadas sus demás ocupaciones, por lo que designó al administrador de perecederos *Alex Garzón*, quien debía estar en el inventario cíclico, así como la supervisora, señora *Martha Corredor*, quien tampoco compareció al inventario; señaló que solo revisó la parte numeraria de cifras de sobrantes y faltantes, sin pesar el producto, lo cual estaba a cargo de quienes hacen el inventario, aceptando que incurrió en un error al no verificar un seguimiento al trabajo del administrador.

Lo anterior fue referido de igual manera en el acta de descargos que rindiera el testigo, al señalar rente al interrogarle de quien hizo el conteo físico, que *“la señora Yarledis Castillo, el administrador no acompañó el conteo”* (Fl. 394). De igual manera, en dicha diligencia se le interroga sobre el producto restante, aseverando que *“La jefe de sección Yarledis Castillo autorizó que los utilizaran en los almuerzos corrientes y especiales y demás menús que requieran carne de res”*, desvirtuando así la aseveración de la accionante en cuanto a que el Gerente la había autorizado para tal proceder. Sobre dicho aspecto aclaró:

“Yarledis llamó a Adriana y le comentó que esos muchachos los podían gastar en muchachos corrientes o en otros menús, la señora Adriana se quedó callada y la jefe de cafetería creyó que le habían dado un sí, Yarledis Castillo se acerca a mi nuevamente a mi oficina y me comenta que Adriana le había dado la autorización, yo le dije pues hágale si ya hablaste con Adriana”



Por otra parte, el señor *Alex Enrique Garzón Ortiz*, también fue escuchado en descargos, aportándose al plenario el acta en la cual se evidencia que aseveró que la diferencia del inventario se ocasionó por cuanto:

“[...] en primera instancia se genera un pedido de muchacho relleno desmedido para la tienda realizado por el señor Mario Peláez y la señora jefe de cafetería Yarledis Castillo y la supervisora de cafeterías Martha Corredor [...] al no resultar la negociación el inventario restante de este producto se autorizó para utilizarse en la sección de cafetería como almuerzos corrientes, especiales y cualquier otro menú en el cual se pudiera utilizar esta carne, la carne que se utilizó fue una carne de costo alto y se vendió en la cafetería como los cortes más baratos que maneja la sección, este uso se le dio dada la instrucción del señor Gerente junto a la jefe de la sección de cafetería”.

También corrobora que no se hizo un conteo físico en el inventario del 6 de enero de 2016, refiriendo:

“la toma física no, lo revisé, revisé el listado sobrante faltante y al no encontrar ninguna novedad se llevó a cabo el ajuste y el arroja las cantidades exactas de lo que tiene que haber de producto en existencias”

“[...]”

“verifiqué cuanto producto venía en cada canastilla y en base a ese grabé el inventario, y físico como tal no, pesé una canastilla cualquiera porque como todas venían con el mismo peso”.

“[...] y no lo hice en físico porque la jefe de sección me dijo que ya los había verificado y que estaban en la bodega”.

De igual manera, refirió no ser cierto haber dado la instrucción a la accionante de reportar en el sistema el faltante como desperdicio, señalando:

“no es cierto, le dije que grabara no mas de 60 kilos por la merma de producto por desperdicio, ella al ver el faltante tan grande garbó 160 kilos de eso es testigo la jefe de panadería la cual fue a avisarme que Yarledis estaba preocupada por haber grabado una baja alta de mercancía para lo cual me acerqué de nuevo a ella y le dije que no grabara una baja de mercancía tan grande porque no estaba correcto”

La testigo *Sandra Patricia Piñeros*, manifestó que evidenció un faltante significativo en el punto de venta donde laboraba la accionante, para lo cual se dirigió a revisar las cantidades más relevantes, concluyendo que el faltante era de carne denominada muchacho, verificando que el producto fue inventariado a principios del mes de enero, y que dada una negociación, debieron quedar 700 kg, de los cuales solo se reportan en un borrador 550 kg físicos, y se explicó que el



restante se vendió en platos corrientes, desconociendo que los platos tienen gramos específicos, y que incluso, ello no corresponde en su totalidad con la realidad, por cuanto aún cuando en efecto se hubiese vendido de esa manera, faltarían 400 kg por justificar. De otra parte que, al reunirse con la accionante, refirió no conocer cuantas canastillas habían en la cava, denotando así las falencias cometidas en el inventario, al suponer la existencia de los 550 kg y posteriormente registrar 700 kg, ello además sin hacer conteo físico ni del peso ni de la cantidad de canastillas.

Corroboró de igual manera que los inventarios cíclicos deben hacerse cuando el trabajador sale a vacaciones, en el cual deben participar activamente la jefe de la sección y el administrador y/o gerente.

De la misma manera dio cuenta que se había registrado un desperdicio de 160 kg, los cuales se verificó que no estaban registrados en la minuta de salida de los mismos, anulando posteriormente el registro del sistema sin conocer los motivos.

Por su parte, la testigo *Martha Rocío Corredor Gómez*, Supervisora de Deli – Cafetería, señaló que se evidenció el faltante en el inventario, y que la accionante no tenía autorización para usar el producto en otros platos, lo cual era requerido por las recetas que se manejan en cada uno de ellos.

En el acta de descargos corroboró que tras la negociación del mes de diciembre quedó una cantidad de 700 kg y que la venta en menús corrientes operó sin la autorización del departamento, y que *“Yarledis omitió el procedimiento de comunicación con el departamento de Delikatessen para haber usado la carne de muchacho en otros platos”* (Fl. 420).

Finalmente, en el acta de descargos el señor *Rodrigo Carreño López* (Fl. 423), con quien aduce la accionante pesó la carne inventariada, señaló:

“Ella solo me preguntó, don Rodrigo más o menos cuantas canastillas de carnes nos quedas, yo le dije en promedio unas 25 canastillas, pero yo no ayude a contar las canastillas”.

“[...]”

“No, solo me preguntó qué cantidad de canastillas había, yo solo le dije que mas o menos 25 canastillas, yo no pesé ni conté”



Del análisis del anterior material probatorio, se logra constatar que en efecto la accionante incurrió en las faltas endilgadas, en tanto se establece que verificó el inventario cíclico del 6 de enero de 2016 si seguir los protocolos establecidos por la empleadora, esto es, hacerlo con participación activa del gerente y/o administrador, aunado a ello que no realizó un conteo físico ni pesó el producto, lo cual fue corroborado por el señor *Rodrigo Carreño López*.

Asimismo, quien ostentaba la calidad de Gerente, aseveró no haber impartido la orden de utilizar el producto para la realización de otros menús, ni que otra persona en la estructura de la empresa lo hubiere hecho; de igual manera, se evidencia que registro un monto mayor de la carne como desperdicio, sin que haya acreditado que haya sido por orden del administrador, quien *a contrario sensu* refiere haberle señalado que no era correcto tal proceder.

De tal manera que, a diferencia de lo referido por el recurrente, no está demostrado que la pérdida de la carne se haya verificado en la época de vacaciones de la actora, y por ende no les imputable, pues se evidencia que deviene de una falla en la realización del inventario del 6 de enero de 2016, así como de la indebida utilización en otros menús de manera inconsulta y sin tener autorización para tal efecto.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado, máxime que por activa no se mostró inconformidad sobre la calificación de gravedad de la conducta.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de enero de 2020 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020