República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GLORIA ESMERALDA RÍOS PARDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2019 00531 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia proferida el 15 de octubre de 2021, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado realizado a Colmena y como consecuencia de ello, se condene a Protección a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, se condene lo ultra y extra petita y costas del proceso.

Colpensiones procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, señalando que no se observa desinformación al momento del traslado que motive la declaratoria de nulidad.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, inoponibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica. (carpeta 2019-531 fl.99)

Protección S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, señalando que el traslado de régimen estuvo precedido de información clara, precisa, veraz y oportuna con relación a los efectos jurídicos del mismo.

Propuso como excepciones las que denominó declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP Colmena hoy Protección S.A, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, 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, prescripción y la genérica. (carpeta 2019-531 fl.152).

En audiencia de 25 de febrero de 2021 se ordenó la integración del contradictorio con Colfondos S.A.

Colfondos S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, señalando que se brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión y se le asesoró respecto del funcionamiento de uno y otro régimen.

Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (carpeta 2019-531 fl.213).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de octubre de 2021, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por

COLPENSIONES, ordenó a Protección S.A. y a Colfondos S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, traslados de dinero que hubiese efectuado COLFONDOS S.A., todo con los rendimientos e intereses, debiendo devolver también los gastos que descontó a título de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio y condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

Colpensiones: **i)** los gastos de administración deben ser devueltos de manera indexada, **ii)** no procede la condena en costas impuesta a Colpensiones.

Protección S.A.: i) no procede la devolución por concepto de gastos de administración.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de Colpensiones a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con c.c. 37.627.008 y T.P. N° 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de Protección, Colpensiones y el apoderado de la demandante presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si hay lugar a la devolución de gastos de administración y condena en costas en contra de Colpensiones y en grado jurisdiccional de consulta, si operó o no el fenómeno de la prescripción.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 24, historia laboral en Protección.
- A folio 54, formulario de afiliación en Colmena el 22 de agosto de 1995.

- A folio 55, comunicación de la demandante a Salud Colmena informándole su deseo de afiliarse al RAIS.
- A folio 127, reporte de semanas cotizadas en Colpensiones.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Los apoderados de Colpensiones y Protección apelaron la sentencia al considerar que el traslado del demandante resulta totalmente válido pues la AFP suministró la información vigente al momento del traslado y no procede la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 32 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 212.43 semanas cotizadas al sistema (f.° 54 y 127), no se encontraba incursa en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a Colmena hoy Protección S.A. de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento, manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por el actor en el interrogatorio de parte.

Lo anterior, permite colegir que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se expuso en el interrogatorio y corrobora el contenido del documento de vinculación, que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia, "*a lo sumo acredita el consentimiento*" del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), aunado a que no existían razones que dieran lugar a que fuera rechazada la vinculación a dicho régimen ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 esa conducta les está vedada a las administradoras de pensiones.

Recuérdese además lo relacionado con el principio de estabilidad financiera del sistema que administra la entidad, pues de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: "*el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...*" y "*el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,…".

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: "*… los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables*"

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "*el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó".

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1°. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos

terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constituciones y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que "… precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* 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 esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general* ***cualquier persona*** *natural o jurídica* ***que impida o atente en cualquier forma*** *contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […]* ***la afiliación respectiva quedará sin efecto****».*

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro". (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto "suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad".

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto,

o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo

de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1998, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, habría lugar a revocar la sentencia de primera instancia, de no ser porque la Corte Suprema de Justicia Salas de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencias SL 3464-2019, Sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente a la apelación de del Fondo Privado Protección frente a la condena por ***gastos de administración***, es en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.° 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado acarrea, entre otros, a cargo de la AFP, la devolución de las cuotas de administración, sumas que

deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo.

En esa dirección se adicionará la decisión del juez de primera instancia en punto de la indexación de los gastos de administración.

Con relación a la excepción de ***prescripción*** la cual se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.
…
Por consiguiente, ***para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo****, 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, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).”*

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

Finalmente, frente a las **costas procesales,** punto objeto de apelación por Colpensiones, se tiene que debido a que en el trámite del traslado no participó COLPENSIONES ni durante los actos de relacionamiento de la demandante con la AFP demandada no hay lugar a la imposición de costas a su cargo.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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: PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral SÉPTIMO de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2021 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ABSOLVER** a COLPENSIONES frente a la condena en costas procesales, en lo demás se confirma dicho numeral.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de indicar que los gastos de administración que deba devolver PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES, deben pagarse debidamente indexadas, por las razones expuestas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 15 de octubre de 2021 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, por las razones expuestas.

CUARTO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
(Salvamento de voto)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia, acatando la jurisprudencia dictada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenida, entre otras, en las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 a cuyo contenido me remito.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CÉSAR AUGUSTO GUERRERO HURTADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2019 00809 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado a Porvenir y, consecuencia de ello, se ordene a Porvenir a trasladar todos los aportes efectuados, junto con los rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos con destino a Colpensiones, se ordene a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en dicho régimen, todo lo que resulte probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. (fl.6)

Colpensiones procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, señalando que dentro del

expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fl.76)

Porvenir S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, señalando que la entidad le brindó a la parte actora una asesoría veraz y oportuna, en donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión del funcionamiento del RAIS y en especial de sus condiciones pensionales.

Propuso como excepciones las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Fl.102)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, declaró válidamente vinculado al accionante a Colpensiones, condenó a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimiento financieros causados incluidos intereses y comisiones sin descontar gastos de administración; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y no condenó en costas. (fl.166)

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

Colpensiones: **i)** el traslado del demandante fue totalmente válido, **ii)** con la decisión de primera instancia se afecta el principio de sostenibilidad financiera.

Porvenir S.A.: i) la información que se brindó a la demandante fue clara, completa y comprensible, **ii)** no procede la devolución por concepto de gastos de administración.

ALEGACIONES

Los apoderados de las entidades demandadas presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta la estabilidad financiera del sistema, si hay lugar a la devolución de gastos de administración y en grado jurisdiccional de consulta, si operó o no el fenómeno de la prescripción.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 26, historia laboral del actor en Porvenir.
- A folio 50, reporte de semanas cotizadas en Colpensiones.
- A folio 96, expediente administrativo.
- A folio 128, reporte SIAFP.
- A folio 128 vuelto, formulario de afiliación en Porvenir el 19 de septiembre de 1996.
- A folio 129, formulario de actualización de información de afiliados de fecha 5 de abril de 2011.
- A folio 130 vuelto, comunicado de prensa.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Los apoderados de Colpensiones y Porvenir apelaron la sentencia al considerar que la decisión de la juez A-Quo afecta el principio de sostenibilidad financiera, además, la AFP suministró la información vigente al momento del traslado y no procede la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 39 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 706.71 semanas cotizadas al sistema (f.° 50 y 128 vuelto), no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a Porvenir de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento, manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por el actor en el interrogatorio de parte.

Lo anterior, permite colegir que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se expuso en el interrogatorio y corrobora el contenido del documento de vinculación, que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia, "*a lo sumo acredita el consentimiento*" del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), aunado a que no existían razones que dieran lugar a que fuera rechazada la vinculación a dicho régimen ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 esa conducta les está vedada a las administradoras de pensiones.

Respecto del argumento presentado por Colpensiones relacionado con que la decisión afecta la ***estabilidad financiera del sistema*** que administra la entidad, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: "*el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...*" y "*el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico;*

pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,…".

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: "*… los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables*"

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "*el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó".

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1°. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constituciones y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta

que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que "… precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* 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 esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general* ***cualquier persona*** *natural o jurídica* ***que impida o atente en cualquier forma*** *contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […]* ***la afiliación respectiva quedará sin efecto****»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro". (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto "suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad".

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la

jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1998, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, habría lugar a revocar la sentencia de primera instancia, de no ser porque la Corte Suprema de Justicia Salas de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencias SL 3464-2019, Sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente a la apelación de del Fondo Privado Porvenir frente a la condena por ***gastos de administración***, es en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.° 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

Con relación a la excepción de ***prescripción*** la cual se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

…

Por consiguiente, ***para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo****, 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, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).”

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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 septiembre de 2021 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
(salvamento de voto)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia, acatando la jurisprudencia dictada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenida, entre otras, en las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 a cuyo contenido me remito.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JUAN CARLOS CLEVES LEGUIZAMÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A. Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2019 00283 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 13 de mayo de 2021, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de afiliación efectuada a Porvenir y como consecuencia de ello, se condene a dicho Fondo a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado, costas procesales y lo ultra y extra petita probado en el proceso.

Colpensiones procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, señalando que dentro del

expediente no obra prueba alguna que efectivamente al demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó descapitalización del sistema pensional, 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, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica.

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, señalando que la afiliación realizada por el demandante goza de plena validez, no se presentó ningún vicio en el consentimiento y fue un acto voluntario con el respectivo Fondo.

Propuso como excepciones las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y genérica.

Porvenir S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, señalando que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión.

Propuso como excepciones las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado que efectuó el demandante al RAIS, ordenó a Porvenir y a Old Mutual S.A. a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

Colpensiones: **i)** el traslado del demandante fue totalmente válido, no era beneficiaria del régimen de transición.

Porvenir S.A.: i) el traslado de la demandante fue válido e informado, **ii)** no procede la devolución por concepto de gastos de administración y, además, estos se encuentran prescritos.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de Colpensiones al Dr. Santiago Bernal Palacios identificado con c.c. 1.016.035.426 y T.P. N° 269.922 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de Colpensiones, Porvenir y del demandante presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si hay lugar a la devolución de gastos de administración y en grado jurisdiccional de consulta, si operó o no el fenómeno de la prescripción.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 5, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 5 de julio de 1958.
- A folio 7, formulario de afiliación en Porvenir el 26 de junio de 1996.
- A folio 11, formulario de afiliación en Porvenir el 15 de enero de 2001.
- A folio 39, historia laboral en Skandia S.A.
- A folio 55, historia laboral en Porvenir S.A.
- A folio 67, reporte de semanas cotizadas en Colpensiones.
- A folio 89, certificación de traslado de aportes expedida por Old Mutual.
- A folio 507, reporte SIAFP.
- A folio 515, comunicado de prensa.
- Expediente administrativo del demandante.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Los apoderados de Colpensiones y Porvenir apelaron la sentencia al considerar que el traslado del demandante resulta totalmente válido pues la AFP suministró la información vigente al momento del traslado y no procede la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 38 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 174.14 semanas cotizadas al sistema (f.° 7 y 55), no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a Porvenir de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento, manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por el actor en el interrogatorio de parte.

Lo anterior, permite colegir que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se expuso en el interrogatorio y corrobora el contenido del documento de vinculación, que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia, *"a lo sumo acredita el consentimiento*" del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), aunado a que no existían razones que dieran lugar a que fuera rechazada la vinculación a dicho régimen ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 esa conducta les está vedada a las administradoras de pensiones.

Recuérdese además lo relacionado con el principio de estabilidad financiera del sistema que administra la entidad, pues de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: "*el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...*" y "*el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,…".

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: "*… los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables*"

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "*el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su*

carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó".

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constituciones y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que "… precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* 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 esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En

efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general* ***cualquier persona*** *natural o jurídica* ***que impida o atente en cualquier forma*** *contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […]* ***la afiliación respectiva quedará sin efecto****».*

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro". (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto "suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad".

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de

parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro

Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1998, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, habría lugar a revocar la sentencia de primera instancia, de no ser porque la Corte Suprema de Justicia Salas de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencias SL 3464-2019, Sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente a la apelación de del Fondo Porvenir frente a la condena por ***gastos de administración***, es en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.° 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

Con relación a la excepción de ***prescripción*** la cual se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, ya la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

…

Por consiguiente, ***para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo****, 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, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).”*

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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 13 de mayo de 2021 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
(salvamento de voto)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia, acatando la jurisprudencia dictada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenida, entre otras, en las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 a cuyo contenido me remito.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: NEPOMUCENO FUENTES CÁRDENAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2019 00758 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado a Protección y, como consecuencia de ello, se ordene a Protección traslade los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, se condene a lo ultra y extra petita, costas, gastos, expensas y agencias en derecho. (fl.84)

Protección S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, señalando que el acto de

traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento de cualquier fuerza para realizarlo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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 y la innominada o genérica. (fl.100)

Colpensiones procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, señalando que el demandante suscribió el formulario de afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria; circunstancia que valida su afiliación a dicho régimen.

Propuso como excepciones las que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Fl.152)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación que hizo el demandante a Colmena, ordenó a Protección trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración. Declaró no probada la excepción de prescripción y no condenó en costas. (fl.186)

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

Colpensiones: **i)** el traslado del demandante fue totalmente válido, **ii)** con la decisión de primera instancia se afecta el principio de sostenibilidad financiera.

Protección S.A.: i) no procede la devolución por concepto de gastos de administración.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta la estabilidad financiera del sistema, si hay lugar a la devolución de gastos de administración y, en grado jurisdiccional de consulta, si operó o no el fenómeno de la prescripción.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 23, historia laboral del actor en Protección.
- A folio 29 a 40, certificados de información laboral.
- A folio 112, formulario de afiliación en Colmena el 6 de abril de 1995.
- A folio 125 vuelto, reporte SIAFP.
- A folio 127 vuelto, comunicación de la demandante dirigida a Hospital Regional de Soata en donde manifiesta la selección del RAIS.
- A folio 142, comunicado de prensa.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Los apoderados de Colpensiones y Protección apelaron la sentencia al considerar que la decisión de la juez A-Quo afecta el principio de sostenibilidad financiera, además, la AFP suministró la información vigente al momento del traslado y no procede la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 34 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 520.43 semanas cotizadas al sistema (f.° 23, 29 y 112), no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a Colmena hoy Protección de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento, manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por el actor en el interrogatorio de parte.

Lo anterior, permite colegir que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se expuso en el interrogatorio y corrobora el contenido del documento de vinculación, que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia, *"a lo sumo acredita el consentimiento*" del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), aunado a que no existían razones que dieran lugar a que fuera rechazada la vinculación a dicho régimen ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 esa conducta les está vedada a las administradoras de pensiones.

Respecto del argumento presentado por Colpensiones relacionado con que la decisión afecta la ***estabilidad financiera del sistema*** que administra la entidad, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: "*el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...*" y "*el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en*

consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,…".

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: "*… los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables*"

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "*el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de

progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó".

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constituciones y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes

en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que "… precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* 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 esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general* ***cualquier persona*** *natural o jurídica* ***que impida o atente en cualquier forma*** *contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […]* ***la afiliación respectiva quedará sin efecto****».*

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro". (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto "suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad".

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del

artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1998, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, habría lugar a revocar la sentencia de primera instancia, de no ser porque la Corte Suprema de Justicia Salas de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencias SL 3464-2019, Sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial y por esta razón se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente a la apelación de del Fondo Privado Protección frente a la condena por ***gastos de administración***, es en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.° 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

Con relación a la excepción de ***prescripción*** la cual se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

…

Por consiguiente, ***para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo****, 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, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).”

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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 20 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
(salvamento de voto)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia, acatando la jurisprudencia dictada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenida, entre otras, en las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 a cuyo contenido me remito.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GONZALO VALDÉS BERÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2019 00776 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR. S.A. contra la sentencia proferida el 8 de julio de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de afiliación efectuada a Porvenir y, como consecuencia de ello, se condene a dicho Fondo a trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual del actor incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, se condene a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. (fl.4)

Colpensiones procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, señalando que no se allega prueba al plenario prueba alguna que permita establecer la falta al deber de información en cabeza de Porvenir al momento de asesorar al demandante,

así como tampoco la configuración de ineficacia y/o nulidad que afecten sus decisiones libres y voluntarias.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica. (fl.103)

Porvenir S.A. procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, señalando que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a través de Porvenir es completamente válido por cuanto esta brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar que la AFP no cumplió a cabalidad su deber.

Propuso como excepciones las 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. (Fl.114)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado que efectuó el demandante al RAIS, condenó a Protección a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros e igualmente costos cobrados por administración, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada. (fl.184)

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

Colpensiones: **i)** el traslado del demandante fue totalmente válido.

Porvenir S.A.: i) no procede la devolución por concepto de gastos de administración.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en representación de Porvenir S.A. al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos identificado con c.c. 1.018.231 y T.P. N° 365.094 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si hay lugar a la devolución de gastos de administración y en grado jurisdiccional de consulta, si operó o no el fenómeno de la prescripción.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 13, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 18 de abril de 1957.
- A folio 20, formulario de afiliación en Porvenir de fecha 29 de agosto de 2000.
- A folio 21, reporte de semanas cotizadas en Colpensiones.
- A folio 25, historia laboral en Porvenir.
- A folio 130 vuelto, certificación de afiliación en Porvenir.
- A folio 134, reporte SIAFP y comunicado de prensa.
- Interrogatorio.

Caso Concreto

Los apoderados de Colpensiones y Porvenir apelaron la sentencia al considerar que el traslado del demandante resulta totalmente válido pues la AFP suministró la información vigente al momento del traslado y no procede la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 43 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 771.86 semanas cotizadas al sistema (f.° 13, 20 y 21), no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición

para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a Porvenir de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento, manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por el actor en el interrogatorio de parte.

Lo anterior, permite colegir que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se expuso en el interrogatorio y corrobora el contenido del documento de vinculación, que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia, *"a lo sumo acredita el consentimiento*" del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), aunado a que no existían razones que dieran lugar a que fuera rechazada la vinculación a dicho régimen ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 esa conducta les está vedada a las administradoras de pensiones.

Recuérdese además lo relacionado con el principio de estabilidad financiera del sistema que administra la entidad, pues de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: "*el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...*" y "*el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,…".

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: "*… los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables*"

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "*el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus

características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó".

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constituciones y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar

que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que "… precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* 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 esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general* ***cualquier persona*** *natural o jurídica* ***que impida o atente en cualquier forma*** *contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […]* ***la afiliación respectiva quedará sin efecto****»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro". (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y

jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto "suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad".

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido

proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1998, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, habría lugar a revocar la sentencia de primera instancia, de no ser porque la Corte Suprema de Justicia Salas de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencias SL 3464-2019, Sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento

informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial y por esta razón se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente a la apelación de del Fondo Privado Porvenir frente a la condena por ***gastos de administración***, es en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.° 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

Con relación a la excepción de ***prescripción*** la cual se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

…

Por consiguiente, ***para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo****, 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, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y*

constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).”

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
(salvamento de voto)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia, acatando la jurisprudencia dictada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenida, entre otras, en las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 a cuyo contenido me remito.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA VICTORIA BAQUERO SANTA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – y MARIA EUGENIA PINZON HERRERA
RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2013 00771 03

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Noveno (09) Laboral del circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que tiene derecho al pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor JULIO CESAR PULIDO LEÓN (q.e.p.d.) por la convivencia de la pareja desde el mes de enero de 1977 hasta el año 2003, al pago de las mesadas atrasadas desde que se causó la pensión, al pago de la indexación y de manera subsidiaria, pretende el pago del 50% de la pensión de sobrevivientes, el pago de las mesadas atrasadas en esa proporción y su indexación. Al pago de lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso. (fl.68-80).

Sustentó las pretensiones en mantuvo una unión marital de hecho con Julio Cesar Pulido León, bajo el mismo techo, desde el mes de enero de 1977

hasta el año 2001, anualidad en la que terminó por el maltrato que sufría la demandante por parte del compañero permanente, siempre dependió económicamente de él, y luego de terminada la relación el señor Pulido falleció el 31 de diciembre de 2004, solicitó la pensión de sobrevivientes a CAJANAL el 16 de abril de 2009, la que fue negada mediante Resolución UGM 004332 de 16 de agosto de 2011, la pensión de sobrevivientes fue otorgada a la señora María Eugenia Pinzón Herrera.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP se opuso a las pretensiones y presentó las excepciones de mérito de legalidad de las actuaciones y buena fe, inexistencia del derecho a favor de la demandante y cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y solicitud genérica de reconocimiento de excepciones (fls107-110, 115-119).

La señora MARÍA EUGENIA PINZÓN HERRERA se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones de carencia absoluta del derecho de la demandante y acción temeraria de la demandante. (fl. 186-195).

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 28 de septiembre de 2021, el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Socia y a María Eugenia Pinzón Herrera de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; declaró probada la excepción de carencia absoluta del derecho de la demandante; impuso costas a cargo de la parte demandante y fijó como agencias en derecho la suma de $700.000.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que la parte demandante no interpuso recurso alguno respecto de la decisión totalmente desfavorable, la juez de primera instancia ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del CPTySS modificado por el Artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Dentro de la oportunidad procesal presentó escrito de alegaciones la UGPP.

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si la demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor Julio Cesar Pulido León.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

- A folios 7-12, Resolución UGM 004332 de 16 de agosto de 2011, mediante la cual se ordena el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de María Eugenia Pinzón Herrera y negó la pensión a la señora María Victoria Baquero Santa.
- Folios 14-16, obra declaraciones extra proceso.
- A folios 18-35 , obra escritura pública 557 de 23 de octubre de 2003 de la Notaría Segunda del Círculo de Chía, mediante la cual se realiza la liquidación de la sociedad de hecho por Julio Cesar Pulido y María Victoria Baquero.
- A folio 36, registro civil de defunción del señor Julio Cesar Pulido Leon el 16 de abril de 2009.
- A folio 41, registro civil de matrimonio celebrado entre Julio Cesar Pulido y María Eugenia Pinzón.
- A folio 111, obra expediente administrativo en cd.
- A folios 180 - 183, declaración de convivencia entre Julio Cesar Pulido y María Eugenia Pinzón Herrera, solicitud de desafiliación de beneficiarios en el sistema de seguridad social presentada a Cajanal por Julio Cesar Pulido.
- Testimonios de Claudio Chaparro Munevar, María Cristina Salas Sacro, Jose Edilberto Rodríguez Donoso.

Caso concreto

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446 y como en el caso bajo examen el pensionado falleció el 16 de abril de 2009 (fl 36), la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

En el presente caso no es objeto de discusión que el señor Julio Cesar Pinilla Pérez (q.e.p.d.) ostentó la calidad de pensionado de CAJANAL como se constata en las Resoluciones 7007 de 29 de abril de 1997 y 3379 de 29 de febrero de 2000, ni que la demandante y el pensionado convivieron hasta el

mes de marzo de 2001 como se deduce de las declaraciones extra juicio aportadas al proceso y de la declaración de la demandante ante notario, (archivo 130 exp. Administrativo), ni que liquidaron la sociedad de hecho mediante escritura pública de 23 de octubre de 2003 (fl 18-35), ni que el pensionado se casó con la señora María Eugenia Pinzón Herrera el 7 de diciembre de 2006, con quien había iniciado su convivencia desde el 28 de diciembre de 2001, lo que se deduce de las declaraciones del pensionado en el año 2004 y de los testimonios recibidos en primera instancia.

Se tiene entonces, que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, al cónyuge o compañera permanente del *pensionado,* quienes deberán acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su óbito (sentencia CSJ SL1730-2020), no obstante, esa Corporación morigeró tal postura frente a la cónyuge en el sentido de indicar que mientras estén separados de hecho, a ésta le corresponde demostrar que hizo vida en común con el causante durante por lo menos 5 años en cualquier tiempo (sentencia 48729 del 12 de agosto de 2014).

En el presente caso, la controversia en un primer momento se circunscribe a determinar si la señora María Victoria Baquero Santa en su condición de compañera permanente tiene derecho al reconocimiento de la pensión.

En esa medida, tenemos que, como prueba documental, se trajo al expediente las declaraciones extraproceso de Gladys Beatriz García de Gil, Oscar Gerardo Ramírez Lovera, María Elena Mejía Vanegas y Gloria Cecilia Estrada de Turbay coincidentes sobre la convivencia de la señora María Victoria Baquero Santa y el señor Julio Cesar Pulido León, pensionado fallecido, en el periodo comprendido entre enero de 1997 y marzo de 2001; adicionalmente, la escritura pública 557 de 23 de octubre de 2003 de la Notaría Segunda del Círculo de Chía, mediante la cual se liquida la sociedad de hecho constituida entre María Victoria Baquero Santa y Julio Cesar Pulido León y en la que de común acuerdo hicieron reconocimiento y disolución de la sociedad de hecho por ellos constituida; y la declaración extra proceso de la demandante en la que indica que durante el periodo comprendido entre marzo de 2001 y 16 de abril de 2009, fechas de terminación de la convivencia como compañeros y de fallecimiento del pensionado, la pareja se separó de mutuo acuerdo (archivo 130 expediente administrativo); aclarando que la prueba testimonial recibida al interior del proceso se refiere a la convivencia entre la señora María Eugenia Pinzón Herrera actualmente beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Las anteriores pruebas permiten señalar que el requisito exigido por la Ley 797 de 2003 sobre cinco años de convivencia de la pareja previos al fallecimiento del pensionado no se cumplen, respecto de la señora MARÍA VICTORIA BAQUERO SANTA, esto es, durante el periodo comprendido entre el 16 de abril de 2004 y el 16 de abril de 2009, dado que la demandante confiesa que la convivencia con el pensionado lo fue hasta el mes de marzo de 2001.

Ahora si bien en la demanda se alega que la convivencia se interrumpió porque el pensionado maltrataba a la demandante, es de anotar que dicha aseveración en los hechos de la demanda se quedó indemostrada ya que no se aportó al proceso algún medio de prueba que permitiera corroborar tal situación; por el contrario, es la misma demandante en declaración extraproceso que deja constancia que durante el periodo comprendido entre marzo de 2001 y 16 de abril de 2009 la separación de la pareja fue por mutuo acuerdo.

Aunque no se desconoce que en la Sentencia SL4525-2019, radicación 71888, en la que se rememoran varias sentencias, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha señalado que la convivencia debe evaluarse de acuerdo con las peculiaridades de cada caso así:

"Ahora bien, la jurisprudencia laboral también ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales o de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

Tal criterio fue expuesto en sentencia SL14237-2015, rad. 45704, reiterada CSJ SL6519-2017, rad. 57055, y CSJ SL1399-2018, rad. 45779. En esta última se indicó:

2.2 Los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor no suponen una ruptura de la convivencia

En fallo SL3202-2015 esta Sala de la Corte adoctrinó que en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse

circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece.

En similar sentido, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

En efecto, en sentencia SL14237-2015, reiterada en SL6519-2017, la Corte reivindicó este criterio en los siguientes términos:

Y es que, ciertamente, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, la Corte Suprema trajo a colación varios apartes jurisprudenciales de la noción de convivencia, recalcando que no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Igualmente, la Corte, en sentencia CSJ SL, 5 abr. 2005, rad. 22560, señaló que debía entenderse por cónyuges, "a quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una

vocación de convivencia".

Y en sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27665, reiteró la anterior orientación, estimando que era razonable "que en circunstancias especiales, como podrían ser motivos de salud, de trabajo, de fuerza mayor, etc., los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos, bajo el mismo techo; sin que por ello pueda afirmarse que desaparece la comunidad de vida o vocación de convivencia entre ambos, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, quedó demostrado que la demandante pasaba la noche cuidando la casa de una de sus hijas, pero en el día permanecía con su compañero".

Se trae a colación lo anterior, para precisar y reiterar que la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente. (Subraya la Sala)"

En este caso en particular no se puede desconocer que los documentos presentados permiten inferir que la convivencia se terminó entre la pareja de común acuerdo, lo cual se constata en la escritura pública en la que declararon "SEGUNDO: Que de común acuerdo hacen el reconocimiento y disolución de la sociedad de hecho entre ellos constituida, En razón a que actualmente ya no hacen vida en común."; en la prueba testimonial que de manera precisa señalan la fecha de terminación de la convivencia en unión libre de la pareja, "hasta marzo de 2001"; la declaración rendida por la demandante sobre la separación de mutuo acuerdo; y la solicitud de desafiliación de beneficiarios a la seguridad social de febrero 2 de 2004, dirigida a CAJANAL por el pensionado a CAJANAL en la que indica que de común acuerdo se liquidó la sociedad conyugal "en razón a que desde el mes de marzo de 2000 no hacemos vida en común ni existe vínculo alguno entre nosotros"; aunado a que ninguna de las pruebas aportadas al proceso permiten inferir la existencia o el ánimo de la pareja de convivir como compañeros permanentes en fecha posterior a marzo de 2001.

Las anteriores razones dan lugar a señalar que la demandante, señora MARÍA VICTORIA BAQUERO SANTA, no acreditó el requisito de convivencia de cinco años anteriores a la fecha de fallecimiento del pensionado exigido por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia porque se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

000000

22 JAN 34 AM 10: 37

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: NESTOR MAURICIO SANCHEZ ARDILA
DEMANDADO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 010 2018 00457 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a decidir los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2021 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que existió con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO un contrato de trabajo, en condición de trabajador oficial, desde el 6 de abril de 2015 hasta el 23 de junio de 2017 sin solución de continuidad, en consecuencia, se condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, la sanción por no pago oportuno del auxilio a las cesantías, las vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, la reliquidación de aportes parafiscales para el sistema integral de seguridad social, primas legales y extralegales, indemnización del artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, sanción moratoria del decreto 797 de 1949, indexación, lo ultra y extra petita, las costas del proceso y agencias en derecho.

Subsidiariamente, solicitó en caso de no declarar la relación laboral con el Fondo condenar a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES en liquidación judicial por las primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses, indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada, indemnización moratoria correspondiente al tiempo laborado, esto es, desde el 6 de abril de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015.

Las pretensiones se sustentan en que el demandante se vinculó al servicio del Fondo Nacional del Ahorro, mediante un contrato de trabajo de obra o labor determinada para personal en misión a través de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL desde el 6 de abril de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015; posteriormente, con ACTIVOS S.A. desde el 1 de octubre de 2015 hasta el 15 de noviembre de 2015; y por ultimo con la TEMPORAL S & A SERVICIOS Y ASESORÍAS desde el 16 de noviembre de 2015 hasta el 23 de junio de 2017. El cargo que ocupó siempre fue el de Comercial III en la ciudad de Girardot, el último salario fue la suma de $1.750.000; el 23 de junio de 2017, se terminó el contrato sin justa causa, y no le cancelaron en la liquidación final las prestaciones a las que tenía derecho el actor. OPTIMIZAR no le canceló las prestaciones sociales al actor durante el tiempo que estuvo vinculado al Fondo Nacional del Ahorro.

El FONDO NACIONAL DEL AHORRO al contestar la demanda se opuso a las pretensiones porque no fue empleadora directa del demandante porque la vinculación se dio a través de empresas de servicios temporales con quien se suscribió contratos con sujeción a la ley, y, en consecuencia, nunca ha tenido vínculo laboral ni como trabajador oficial ni como empleado público y no le asiste derecho alguno para el pago por los conceptos solicitados. Aunado a que las empresas de servicios temporales le pagaron al demandante toda acreencia laboral a la que tenía derecho. No se opuso a las pretensiones subsidiarias. Presentó las excepciones de Inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador del demandante; buena fe; compensación y prescripción.

La empresa temporal S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS se opuso a las pretensiones porque suscribió contrato por obra o labor determinada con el demandante en virtud de la relación comercial con el Fondo Nacional de ahorro, y, por ello, lo envió en calidad de trabajador en misión sin que se de la condición de trabajador oficial y los lineamientos administrativos, potestad disciplinaria, licencias, y reglamento interno de trabajo estaba directamente sujeto a las disposiciones de la empresa temporal en calidad de empleador del demandante. E igual se opuso a las pretensiones de condena porque al demandante se le pagó la liquidación de las prestaciones al finalizar los contratos. No se allanó ni se opuso a las pretensiones subsidiarias. Presento las excepciones de inexistencia del derecho e

inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de la demandada y a favor del demandante, prescripción, buena fe, genérica y como excepción previa la de falta de legitimación en la causa por pasiva.

La demandada ACTIVOS S.A. ni aceptó ni rechazó porque se encontraban dirigidas contra una sociedad diferente. Presentó las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación de responder por las pretensiones incoadas en contra de la demandada Fondo Nacional del Ahorro, pago y genérica.

La empresa OPTIMIZAR se opuso a las pretensiones, señaló que existió un contrato por duración de obra o labor determinada para personal en misión con el demandante entre el 6 de abril y el 30 de septiembre de 2015, prestó el servicio a la usuaria Fondo Nacional del Ahorro en el cargo de comercial III, no se opone ni allana a las pretensiones dirigidas contra el Fondo Nacional del Ahorro. Se opuso a las pretensiones subsidiarias. Presentó las excepciones de existencia de procedimiento concursal especial, preferente y prevalente en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por el demandante; existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 28 de julio de 2021, mediante la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 6 de abril de 2015 al 23 de junio de 2017 en el cargo de comercial III con un salario mensual de $1.750.000, entre el demandante y el Fondo Nacional del Ahorro por la indebida intermediación laboral realizada a través de las sociedades OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN S.A., ACTIVOS S.A. y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. por parte del FONDO NACIONAL DEL AHORRO para la contratación del demandante; condenó al pago de cesantías, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, indemnización art. 51 decreto 2127 de 1945, indemnización decreto 797 de 1949 art. 1, aportes a seguridad social en pensión de 6 de abril de 2015 a 15 de noviembre de 2015. Declaró probada parcialmente la excepción de compensación frente a las pretensiones de cesantías, vacaciones y aportes de seguridad social en pensión y la genérica de inexistencia de la obligación frente a las pretensiones de intereses a las cesantías, prima de servicios e indexación pretendida y aportes a seguridad social de 16 de noviembre de 2014 hasta 23 de junio de 2017 y frente a las pretensiones de las prestaciones extralegales de carácter convencional y absolvió parcialmente de las sumas que fueron compensadas. Declaró probada la excepción

genérica de inexistencia de la obligación propuesta por ACTIVOS S.A., S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y, en consecuencia, las absolvió. Impuso costas a cargo del FONDO NACIONAL DEL AHORRO e incluyó como agencias la suma de $4'000.000

RECURSO DE APELACIÓN

Contra esta decisión el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación respecto de prima de servicios consagrada en el artículo 58 del Decreto 1048 de 1978.

El apoderado del FONDO NACIONAL DEL AHORRO expuso como argumento del recurso de apelación que el acervo probatorio acredita que los contratos celebrados por el demandante fueron con las empresas de servicios temporales y no con la entidad condenada; subsidiariamente, no se acredita en el proceso el salario devengado por el demandante sea igual a uno de los devengados por el personal de planta del Fondo, y no hay lugar a la imposición de la sanción moratoria.

ALEGACIONES

Los apoderados de las empresas demandadas presentaron sendos escritos de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte demandante y el Fondo Nacional del Ahorro, se tendrá que determinar en principio si:

Entre el demandante en su calidad de trabajador en misión y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO en su calidad de empresa usuaria existió una verdadera relación laboral por una indebida intermediación y vulneración de lo establecido en la Ley 50 de 1990.

En caso de que se llegue a dicha conclusión se estudiará si hay lugar a la prima de servicios, primas legales y extralegales, indemnización moratoria y el salario con que se debe liquidar las condenas.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

Constancias emitidas por las empresas de servicios temporales demandadas; reclamación administrativa y respuesta; convención colectiva, resolución de planta de personal del Fondo Nacional del Ahorro; desprendibles de nómina, carta de terminación de contratos, certificación de contratos entre el Fondo Nacional del Ahorro y empresas de servicios temporales, resolución de declaración de siniestro de póliza de cumplimiento; certificación de no pago de prestación a cargo de la aseguradora porque el demandante no ha presentado los documentos. Constancias sobre trámite de nuevos cargos emitida por la función pública.

Interrogatorios de parte y testimonios.

Caso concreto

Para adentrarnos en el objeto de discusión es importante recordar y tener en cuenta que a la luz del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, para que se configure un contrato de trabajo deben concurrir los siguientes elementos: *1)* actividad personal del trabajador; *2)* dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, y *3)* un salario como retribución del servicio. A su vez, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 dispone que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, por lo que corresponde a este último destruir la presunción. Es decir, basta al trabajador demostrar la prestación del servicio para que se presuma la existencia de dicho vínculo laboral subordinado.

Una vez reunidos los tres elementos, el artículo 3° del referido precepto legal, señala que el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, tampoco por las condiciones particulares que le asigne el empleador, ni por las modalidades de la labor o por el tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, o el sistema de pago ni de cualquier otra circunstancia.

En el presente caso no se encuentra en discusión que el actor prestó sus servicios al FONDO NACIONAL DEL AHORRO en virtud de los contratos suscritos por el demandante en su calidad de trabajador en misión de las empresas OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN S.A., ACTIVOS S.A. y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S., hechos de la demanda que se ratifican por las sendas contestaciones y las documentales obrantes en el expediente en que se determina que el demandante fue

contratado bajo la modalidad de contrato por duración de la obra o labor, por cada una de esas empresas de servicios temporales antes mencionadas como trabajador en misión para prestar el servicio en el Fondo.

El demandante fue enviado en misión por las empresas de servicios temporales en los cargos de Comercial III y Front comercial al Fondo Nacional del Ahorro así:

EST	PERIODO	CARGO
OPTIMIZAR	06/04/2015 a 30/09/2015	Comercial III
ACTIVOS	1/10/2015 a 15/11/2015	Comercial III
S&A SEVICIOS Y ASESORÍAS SAS	16/11/2015 a 10/07/2016	Comercial III
S&A SEVICIOS Y ASESORÍAS SAS	11/07/2016 a 23/06/2017	Front Comercial

Ahora respecto al concepto de empresas de servicios temporales la Ley 50 de 1990 en su artículo 71 las definió como aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

Dicha ley fue reglamentada por el Decreto 4369 de 2006 disponiendo que se permitiría la vinculación de servidores con la intermediación de una Empresa de Servicios Temporales: i) Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; ii) Cuando se deba reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y iii) Cuando se deban atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas, y en la prestación de servicios, pero limita la procedencia de la vinculación temporal a seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses adicionales, en concordancia con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Teniendo en cuenta entonces dicho elemento normativo se tiene que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO suscribió contrato de prestación de servicios con las empresas de servicios temporales OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN S.A., ACTIVOS S.A. y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. para el suministro de trabajadores en misión para el

nivel profesional, técnico, operativo, asistencial que requiriera para atender las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo, lo cual se deduce de las actas de liquidación de los contratos, el contrato suscrito con ACTIVOS S.A. y de las resoluciones por las cuales el Ministerio de Trabajo declaró el siniestro de las pólizas expedidas a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN.

Ahora al revisar los cargos que ejerció el demandante en misión en el Fondo Nacional del Ahorro fue el de Comercial III y Front Comercial, el primer cargo lo ejerció desde el 6 de abril de 2015 hasta el 10 de julio de 2016 en las tres empresas de servicios temporales de manera continua, esto es, por un año, tres meses y cuatro días, con lo cual se supera el termino máximo de la vinculación a través de empresas de servicios temporales.

Como se indicó, las empresas usuarias solamente pueden hacer uso de la modalidad de trabajadores en misión, para los casos taxativamente señalados y con una temporalidad determinada -6 meses prorrogables por otros 6 meses. Respecto de lo cual, una vez vencida la temporalidad si la empresa usuaria requiere continuar con los servicios del trabajador en misión, debe contratarlo directamente, y de no hacerlo, ésta pasa a ser la verdadera empleadora y la Empresa de Servicios Temporales, una simple intermediaria, (sentencias radicación 25714 del 31 de marzo de 2006 y SL4330-2020), en la medida en que el parágrafo del artículo 6° del Decreto 4369 de 2006 señala que "si cumplido el plazo de seis meses más la prórroga a que se refiere el ... artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio"

También es importante advertir que las empresas de servicios temporales deben encontrarse constituidas como personas jurídicas y contar con la aprobación del Ministerio del Trabajo, con el objeto social único previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

De tal manera que las empresas de servicios temporales fungen como verdaderas empleadoras, con las respectivas obligaciones patronales que la ley les impone, esto es, pago de salario, prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, así como la afiliación a cajas de compensación, familiar. No obstante, las empresas usuarias ejercen la subordinación jurídica obrando como representante directo del patrono y solo pueden utilizar este tipo de contratación durante el plazo máximo de un año.

De las pruebas se deduce que se realizaron rotaciones entre empresas de servicios temporales sin que se presentara un día siquiera de interrupción entre uno y otro contrato de la prestación del servicio del trabajador, aunque

no se desconoce que las empresas temporales, salvo OPTIMIZAR cumplieron con sus obligaciones patronales al tenor del CST y la Ley 50 de 1990.

En consecuencia, los argumentos del recurso de apelación de la parte demandada no están llamados a prosperar, respecto de que los empleadores fueron las empresas de servicios temporales, dado que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO incurrió en la prohibición de continuar con la prestación del servicio del demandante al superar el término máximo de un año a través de empresas de servicios temporales, y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia de que el Fondo ocupó el lugar de empleador del demandante, teniendo en cuenta no solo las normas aplicables a los trabajadores oficiales sino también la Ley 50 de 1990 y sus decretos reglamentarios.

Argumenta la parte demandada en su recurso que no se debe tener en cuenta el salario señalado por la juez de primera instancia porque no se acreditó que en la planta de personal del Fondo existiere un cargo con el mismo salario. Respecto de dicha aseveración, se debe tener en cuenta que el demandante si bien fue contratado para cargos que no existen en la planta de personal aprobada para el Fondo Nacional del Ahorro, también lo es que el salario pactado en los contratos de trabajo con las diferentes empresas de servicios temporales para prestar el servicio en misión se encuentra plenamente acreditado, de tal manera que los derechos que se derivan de dicha contratación deben ser liquidados con el salario pactado y no uno diferente, y en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

Respecto de la indemnización moratoria, punto de apelación, lo primero que se ha de indicar es que no se puede desconocer que el Fondo incumplió con la previsión legal de que no se puede contratar los servicios de las empresas temporales para una misma actividad por el término superior a un año, de conformidad con el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006. Pero tampoco se puede desconocer en este proceso que las entidades públicas no pueden a su arbitrio aumentar la planta de personal y que como consecuencia de ello el Fondo ha solicitado a la función pública en varias ocasiones el aumento de su planta de personal como se acredita con el oficio de la función pública que obra en la carpeta 9 pruebas fl. 122 PDF 15, circunstancia esta que hace que se desvirtúe un actuar carente de buena fe por parte de la entidad que por Ley está obligada a cumplir las funciones asignadas y atender a sus usuarios cumpliendo los principios de la función pública. Igualmente, no se puede desconocer que se aplicó la excepción de compensación y que lo adeudado se refiere a la prestación del servicio en misión con la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR EN LIQUIDACIÓN, empresa respecto de la cual el Ministerio de Trabajo ordenó la afectación de la póliza para el pago de las prestaciones de los trabajadores

con la coadyuvancia del Fondo Nacional del Ahorro, como se deduce del contenido de la Resolución 3863 de 30 de diciembre de 2016, y siendo beneficiario de dicha orden administrativa el demandante, como se deduce del documento que obra en la página 408 del expediente.

En ese orden se revocará la sanción moratoria impuesta en primera instancia, y en su lugar, se impondrá la indexación de las condenas impuestas.

Es de anotar que con la anterior decisión no se desconoce el precedente contenido en la sentencia SL4330-2020 en razón a que en el presente proceso obra constancia de las actuaciones realizadas por la entidad con el objetivo de obtener el aumento de cargos en la planta de personal ante la función pública para el cumplimiento de los fines y objetivos asignados a dicha entidad pública.

En relación con el punto de apelación de la parte actora, esto es, que se ordene el reconocimiento de la prima de servicios consagrada en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, se ha de señalar es que el Fondo Nacional del Ahorro es una empresa industrial y comercial de carácter financiero del orden nacional de conformidad con la ley 432 de 1998 y el Decreto 1042 de 1978 se aplica a entidades del estado con naturaleza jurídica diferente a las empresas industriales y comerciales del estado, en consecuencia, no procede el reconocimiento de la prima de servicios consagrada en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978.

En este punto, es válido aclarar que la apoderada del demandante solicitó en el recurso de apelación que se condenara a la demandada al pago de las primas legales y extralegales, sin embargo, es de anotar que en el recurso no se discrimina las primas ni los argumentos para revocar la decisión de primera instancia, ni tampoco se puede identificar las primas a las que se refiere en el escrito de la demanda.

Válido es recordar que el recurso de apelación de conformidad con el artículo 320 del C.G.P. tiene por objeto que se examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que se revoque o reforme la decisión; y en el presente caso no se encuentra en el recurso de apelación los argumentos de reparo frente a la decisión de primera instancia.

Aunado a que de conformidad con el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación, respecto del cual la

jurisprudencia constitucional señala que incluye los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, sin que se advierta la falta de condena por primas legales consagradas en el Decreto 3135 de 1968 que regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, siendo la norma que regula los derechos mínimos legales, advirtiendo que los decretos 1042 y 1045 de 1978 no se aplican a los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del orden nacional, naturaleza que ostenta la entidad demandada.

Por lo anterior, se revocará la condena de indemnización moratoria, se adicionará la sentencia respecto de la indexación de las sumas objeto de condena en primera instancia y se confirmará la sentencia en lo demás.

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

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el literal f) del numeral TERCERO de la sentencia proferida el 28 de julio de 2021, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 28 de julio de 2021 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que las sumas objeto de condena deben ser indexadas al momento del pago, por las razones expuestas.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: AMPARO ROJAS DE LEÓN
DEMANDADO: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y otros
RADICADO: 11001 31 05 015 2015 00034 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por los apoderados de Porvenir, Seguros Bolívar y Axa Colpatria contra la sentencia proferida el 06 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende de *manera principal* que se revoque y/o modifique el dictamen de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez n.° 2355259 del 20 de junio de 2012 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en lo relacionado con la fecha de estructuración y el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral; que se determine que la fecha de estructuración es del 4 de abril de 2013 y que el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral asciende a un 87,05%; se condene a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y solidariamente a los integrantes de la misma, a pagar la indemnización total

y ordinaria de los daños y perjuicios tanto materiales, como extrapatrimoniales y morales causados a la demandante y a su familia; se condene a las Administradoras de Riesgos Laborales y/o profesionales de Liberty Seguros de Vida S.A. y Seguros de Vida Colpatria y solidariamente a la Empresa a Mazuera Villegas y Compañía S.A. a pagar a favor de la demandante las prestaciones asistenciales, económicas, laborales y/o salariales derivadas del mayor porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral y/o nueva fecha de estructuración; se condene a la empresa demandada a cancelar el mayor valor de las cesantías causadas desde el año 2001 hasta el 2013, a pagar los intereses a las cesantías, la sanción por no pago completo de los intereses a las cesantías, a la indemnización total y ordinaria de los daños y perjuicios causados con motivo de las enfermedades comunes y laborales adquiridas y agravadas estando a su servicio, el valor de los salarios, horas extras y dominicales y/o festivos laborados y no pagados; la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa; se declare que la empresa Mazuera Villegas y Compañía S.A., no garantizó la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación y que discriminó a la demandante injustificadamente; que la empleadora incumplió con los deberes, obligaciones y responsabilidades tanto laborales, como parafiscales, prestacionales, salariales y de seguridad social; que la empresa no respetó las condiciones que regían el contrato de trabajo y modificó las condiciones unilateralmente y sin justa causa abusando del ius variandi; que se declare que la empresa Mazuera Villegas y Compañía S.A incumplió los deberes, obligaciones y responsabilidades patronales al no tener medidas de control de accidentes, un programa de salud ocupacional en ejecución, al no establecer y ejecutar medidas preventivas, proporcionar elementos de protección que garantizarán el cuidado integral de la salud de los Trabajadores y de los ambientes de trabajo; que incumplió con los mandatos contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo, el Código Civil Colombiano, el decreto 1295 de 1994, decreto 614 de 1984, resolución 2400 de 1979, la ley 9 de 1979, decreto 2463 de 2001, resolución 1401 de 2007, resolución 2844 de 2007 y resolución 2646 de 2008; que la convocada no dio cumplimiento a lo previsto en el parágrafo del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; ni incrementó el salario devengado durante el tiempo que se mantuvo vigente la relación laboral, para que como consecuencia de ello, se condene a la empresa a reliquidar, reconocer, y pagar la diferencia que por concepto de salarios, prestaciones sociales legales y extralegales, aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscales que resulten de la modificación del salario básico desde el año 2007 hasta el 2013.

Se ordene a la demanda a reliquidar y pagar a favor de la demandante los salarios, prestaciones sociales legales y extralegales y los aportes al sistema

de seguridad social integral dejados de pagar durante los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, en cuanto al año 2013 lo correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre octubre y noviembre; se condene a la empresa Mazuera Villegas y Compañía S.A a reliquidar y cancelar a favor de la demandante las prestaciones sociales, la diferencia que resulte entre los aportes hechos y los que debieron pagar las entidades administradoras del sistema de seguridad social integral; a pagar la indemnización por la no consignación completa y oportuna de las cesantías, la indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a pagar todos los valores indexados; las costas, lo ultra y extra petita.

Subsidiariamente, solicitó se declare que las acciones y conductas discriminatorias de la empresa Mazuera Villegas y Compañía S.A influyeron de manera importante en las enfermedades de la demandante; se declare que la terminación del contrato de trabajo es ineficaz por cuanto la encartada no dio cumplimiento a lo previsto en el parágrafo 1° del artículo 29 de la Ley 789 de 2002; se condene a liquidar, reconocer y pagar el salarios, prestaciones sociales legales y extralegales que habitualmente pagan a los trabajadores y los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral derivados de la ineficacia del despido. (f°.1234-1268)

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: El 2 de abril de 2001, la señora Rosario Mazuera de Kling, para ese tiempo representante de la empresa Mazuera y Compañía Ltda, contrató sus servicios personales, subordinados y dependientes para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios generales; la empresa en mención no realizó examen médico de admisión y/o ingreso; afirmó que durante 12 años prestó sus servicios para la demandada, inicialmente en la Hacienda el Fute ubicada en la Vereda Canoas del Municipio de Soacha-Cundinamarca, posteriormente, en la Sala de Venta de Mazuren 1 ubicada en la ciudad de Bogotá y finalmente, para el Campamento de Obra de la Urbanización Maipore ubicado en Soacha- Cundinamarca, sus antecedentes laborales dan cuenta que solo ha trabajado para la empresa Mazuera Villegas y Compañía S.A.

Indicó que el 13 de enero de 2006 le diagnosticaron Síndrome del Túnel Carpiano Bilateral, Tendinitis y Enfermedad de Quevain, que fue remitida a valoración por parte del Ortopedista y posteriormente valorada por diversos médicos, los cuales consideraron que las patologías se derivaban de la sobrecarga laboral y el estrés, atribuibles en concepto de los galenos al sobreuso de los miembros superiores y la actividad repetitiva a nivel de

muñecas; señaló que desde la fecha en mención, ha sido sometida a diversos tratamientos sugeridos por los profesionales de la salud y que ha tenido mejorías temporales, sin embargo ha sufrido un retroceso al ser de reincorporada a sus funciones sin tener en cuenta las restricciones médico laborales.

Agregó que, el 23 de noviembre de 2007, estando al servicio de la empresa Mazuera Villegas y Compañía S.A. fue despedida sin justa causa a pesar de encontrarse en proceso de rehabilitación y recuperación como consecuencia de las múltiples incapacidades que le habían otorgado durante el tratamiento de sus afecciones, dolencias y patologías; que el despido se dio a pesar de que durante los últimos sesenta (60) meses le habían practicado diversos estudios médico-científicos en los que se evidenciaron los siguientes diagnósticos: síndrome del manguito rotador, ruptura parcial del tendón del supraespinoso, adelgazamiento y aumento de las estructuras musculares visualizadas por atrofia, aumento de líquido intraarticular; epicondilitis media bilateral, tenosinovitis de estiloides radial bilateral, atrapamiento del nervio cubital bilateral, síndrome del túnel carpiano, esguinces y torcedura de las muñecas, edema de la medula ósea a nivel del huevo semilunar con pequeñas lesiones quísticas una de ellas de 3 MM de diámetro en el extremo proximal cubital; peritendinitis del tendón extensor cubital del carpo, proceso degenerativo trapesiometacarpiano, ganglios descritos previamente, aumento de líquido del tendón extensor del carpo ulnar, síndrome doloroso bilateral de las manos, síndrome de sobreuso de los miembros superiores, escoliosis de vértice izquierdo torácica que se asocia a un aumento en la cifosis superior, desgarros de los meniscos, gastritis crónica, hernia umbilical, enfermedad de quervain, fibromialgia severa, astigmatismo, miopía, reflujo gastroesofágico y síndrome de colon irritable; agregó que el Juzgado Sesenta y Siete Civil Municipal de Bogotá mediante sentencia de tutela del 12 de junio de 2008, ordenó su reintegro a la empresa Mazuera Villegas y Compañía S.A., mismo que se hizo efectivo hasta el 27 de noviembre de 2008 luego de promover un incidente de desacato; señaló que desde su reintegro, la empresa ha hecho todo lo que ha estado al alcance para hacer nugatorios sus derechos y garantías laborales, prestacionales, salariales y de seguridad social, razón por la cual el 25 de octubre de 2013 decidió finalizar su contrato de trabajo con justa causa.

Refirió que del análisis y/o estudio del puesto de trabajo, la Administradora de Riesgos Profesionales de Liberty Seguros de Vida concluyó que durante más de seis años ininterrumpidos en los que prestó sus servicios personales, subordinados y dependientes a la empresa Mazuera y Compañía Ltda.,

realizó actividades capaces de generar y/o agravar las patologías que para la fecha padecía.

Narró que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante dictamen de Calificación No. 36812 del 4 de enero de 2012 determinó una pérdida de capacidad laboral equivalente al 32,46% , de origen profesional con fecha de estructuración el 3 de junio de 2008, derivada de las patologías de síndrome del túnel carpiano, síndrome de manguito rotatorio, epicondilitis media, epicondilitis lateral, tenosinovitis de estiloides radial (de Quervain); contra esa decisión interpuso recurso de reposición y en subsidio, sin que los mismos fueran resueltos dentro de los términos correspondientes.

Por otro lado, precisó que el 14 de marzo de 2012, solicitó ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez dar trámite al recurso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 3, numeral 6 y artículo 13, numeral 1 del Decreto 2463 de 2001, y por ello, la Junta profirió el dictamen No. 23552592 del 20 de junio de 2012 a través del cual modificó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral asignado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca disminuyéndolo a un 23,32%.

Manifestó que sus patologías han sido progresivas y se han ido agravando día a día, al punto que los médicos tratantes han concluido que no existe posibilidad de mejora y/o recuperación.

Señaló que cumplía un horario de trabajo; que la remuneración pactada correspondía a la suma de $400.000 mensuales, como asignación básica, más el auxilio de transporte vigente y los recargos por trabajo suplementario, dominical y festivo; sin embargo, la empresa demandada no le canceló este último componente ni lo tuvo en cuenta al momento de cancelar su seguridad social, agregó que su empleador tampoco incrementó su salario básico durante los años 2007 hasta el 2011, ni le fueron reconocidas vacaciones, ni varias incapacidades mismas que le eran liquidadas con un valor inferior al salario mínimo mensual legal vigente; afirmó que la empresa Mazuera Villegas y Compañía S.A. no la reubicó a pesar de haber sido un requerimiento de la administradora de riesgos laborales, ocupacionales y/o profesionales; igualmente, manifestó que la empresa demandada no incluyó en la liquidación de las prestaciones sociales el valor real de las prestaciones sociales devengadas hasta el 30 de noviembre de 2013.

Agregó que estando al servicio de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo en el mes de septiembre del año 2001, que recibió un golpe en la espalda al caerse mientras cumplía sus funciones en las instalaciones de la Hacienda Fute; que el día del accidente de trabajo no recibió atención por parte de sus acompañantes, colaboradores, dependientes o invitados, ni le permitieron buscar ayuda; que como consecuencia de lo anterior, empezó a sufrir diversas dolencias oestomusculoarticuales a nivel de la columna, sus miembros inferiores y superiores, al punto que fue declarada formal y materialmente inválida; que la empresa Mazuera Villegas y Compañía S.A. no cumplió con las recomendaciones impartidas por los médicos tratantes. (f°.1235-1248)

Rosario Mazuera de Kling y Mazuera Villegas y CIA S.A. contestaron la demanda manifestando que han cumplido con la totalidad de las obligaciones a su cargo, por lo que no son procedentes las condenas peticionadas. Señalaron que la demandante siempre devengó como salario sumas superiores al salario mínimo legal, por lo que no era procedente efectuar ajustes ni incrementos al mismo.

Propusieron como excepciones las que denominaron prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada, cobro de lo no debido y buena fe. (f°.1360-1361)

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez se opuso a las pretensiones 3° y 34° bajo el argumento que es inocuo solicitar sin fundamento fáctico, jurídico y probatorio el pago de perjuicios, solicitud que por demás fue formulada sin cumplir los presupuestos mínimos formales ni legales.

Tampoco hay lugar a imponer codena en costas, pues la Junta Nacional es una entidad pericial sin ánimo de lucro, su función legal es emitir un concepto técnico sobre la Pérdida de Capacidad Laboral en el sistema de seguridad social, por otro lado, las pretensiones recaen en cabeza del empleador y la ARL.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó legalidad de la calificación emitida 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, la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia de la calificación integral, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de obligación e inexistencia de prueba frente al perjuicio que se pretende, falta

de requisitos legales para formular solicitud de condena de carácter pecuniario, falta de legitimación por pasiva de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez: improcedencia de pretensiones competencia del Juez Laboral, buena fe y excepción genérica. (f°. 1556-1569)

Los miembros de la **Sala Segunda de Decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez** se opusieron a las pretensiones 3° y 34° bajo el argumento que es inocuo solicitar sin fundamento fáctico, jurídico y probatorio el pago de perjuicios.

Además, no hay lugar a imponer codena en costas, toda vez que la Junta Nacional es una entidad pericial sin ánimo de lucro, su función legal es emitir un concepto técnico sobre la Pérdida de Capacidad Laboral en el sistema de seguridad social, por otro lado, las pretensiones recaen en cabeza del empleador y la ARL.

Propusieron como excepciones de mérito las que denominaron: competencia de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como institución calificadora de última instancia, inexistencia de controversia respecto a los particulares que integran la sala segunda de decisión, legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum- inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia de la calificación integral, inexistencia de obligación e inexistencia de prueba frente al perjuicio que se pretende, falta de requisitos legales para formular solicitud de condena de carácter pecuniario, falta de legitimación por pasiva de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, buena fe, genérica. (f°. 1598- 1616)

Axa Colpatria Seguros de Vida Colpatria S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que el dictamen de Calificación de Invalidez No. 2355259 está soportado en realidades científicas y técnicas, por lo tanto, es plenamente valido.

Señaló que a la demandante se le pagó lo correspondiente a la incapacidad permanente parcial del 23.32 % dictaminada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó Axa Colpatria Seguros de Vida ya cumplió sus obligaciones, el dictamen efectuado por la Junta Nacional de Calificación es científicamente correcto, las administradoras de Riesgos Laborales no responden por obligaciones del

empleador, no cubren responsabilidad civil o culpa patronal, en los trámites científicos de calificación de pérdida de capacidad laboral no se aplica el principio de la "non reformatio in pejus", y la genérica. (f°. 1643- 1646)

Liberty Seguros de Vida S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que la calificación del dictamen No. 2355259 del 20 de junio de 2012 se ajusta a la realidad, a la ley y al análisis multidisciplinario efectuado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Propuso como excepciones las que denominó ausencia de solidaridad, inexistencia de la obligación, firmeza del dictamen de Junta Nacional de Calificación de Invalidez, buena fe, pago, compensación, prescripción. (f°. 1705- 1709)

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca procedió a contestar la demanda manifestando que la calificación emitida se realizó con base en el Manual Único de Calificación de Invalidez (Decreto 917 de 1999) expedido por el Gobierno Nacional y es la norma obligatoria para los calificadores. Señaló que las Juntas de Calificación de Invalidez dada su naturaleza jurídica no se encuentran en la obligación de pagar prestaciones asistenciales o económicas derivadas de contingencias presentadas a los trabajadores.

Presentó como excepciones las que denominó falta de título y de causa, inexistencia jurídica de las obligaciones demandadas, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, genérica. (f°. 1752- 1747)

Porvenir procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones 1° y 2° por cuanto la condición de inválida de la demandante ya fue dictaminada el 31 de julio de 2013, la cual no fue apelada y se encuentra en firme, razón por la que se le otorgó una pensión de invalidez el 12 de noviembre de 2013 y se le reconoció un retroactivo pensional desde el 7 de diciembre de 2011 con un PCL de 50.83%

Propuso como excepciones las de inexistencia de obligación, falta de causa en las pretensiones de la demanda, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación. (f°. 1874- 1875)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021 resolvió condenar a la Arl Axa Colpatria a pagar a la demandante la pensión de invalidez a partir del 3 de junio de 2008 en un monto correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente para ese año, junto con el retroactivo pensional debidamente indexado. De la misma manera precisó que una vez en firme la presente decisión estará a cargo de la ARL Axa Colpatria el pago de la pensión de invalidez que se está condenando y cesa a partir de ese momento la obligación que viene cumpliendo sobre dicha pensión la AFP Porvenir.

Autorizó a la AFP Porvenir S.A. y a la ARL Axa Colpatria para que conforme lo expuesto efectúen los correspondientes recobros de las prestaciones que han venido pagando sin tener la obligación frente a la misma.

Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones.

Condenó en costas a Axa Colpatria y a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación con sustento en que i) la sentencia del A-Quo se fundamentó en una inadecuada valoración probatoria, lo que condujo a que el sentenciador de instancia no accediera a la totalidad de las pretensiones, ii) las agencias en derecho y iii) las costas impuestas a la demandante quien se encontraba cobijada por amparo de pobreza.

La apoderada de Porvenir apeló la sentencia solicitando la indexación de las sumas que serán objeto de reembolso.

El apoderado de Seguros Bolívar solicitó que se revoque el numeral segundo de la sentencia por cuanto lo que se pretende es el reconocimiento de dos pensiones que se sustentan en las mismas patologías y en un mismo diagnóstico, por lo que ambas prestaciones no pueden concurrir.

Finalmente, la apoderada de Axa Colpatria solicitó la revocatoria de la sentencia al considerar que la condena impuesta a su representada surgió como consecuencia de una indebida valoración probatoria, en especial, lo relacionado con el valor probatorio que le asignó el A-Quo al dictamen proferido por la Universidad Nacional.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes demandante, Axa Colpatria y Mazuera Villegas y Cía. S.A. presentaron alegaciones de instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMAS JURÍDICOS

Determinar sobre al reconocimiento de pensiones de invalidez por riesgo laboral y común, la mesada catorce, la responsabilidad del empleador, el pago de horas extras, la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, las costas y agencias en derecho.

Caso concreto

Pretendió la parte demandante, de manera principal, que se modifique y/o revoque el dictamen n.° 2355259 del 20 de junio de 2012 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, en relación con la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, para que, en su lugar, se determine que la primera de ellas corresponde al 4 de abril de 2013, al paso que el segundo debe ascender 87.05%.

En este punto resulta pertinente recordar que el artículo 6 del Decreto 2463 de 2001 determinó 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 las controversias que surjan con ocasión de los conceptos o dictámenes emitidos sobre el origen o fecha de estructuración serán resueltas por las juntas regionales de calificación de invalidez; al paso que el artículo 40 *ibídem* establece que las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez serán dirimidas por la justicia ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral.

Igualmente, en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, se estableció:

> *"(...) En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de*

Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. ..."

Descendiendo al caso en estudio se observa que:

La *Junta Regional de Calificación de Invalidez*, mediante dictamen 36812 proferido el 4 de enero de 2012, determinó que la demandante tenía una pérdida de capacidad laboral de origen profesional del 32.46% con fecha de estructuración 3 de junio de 2008.

Para arribar a dicha conclusión tuvo en cuenta los "Exámenes o pruebas paraclínicas" y la "Historia Clínica" de la demandante al igual que los siguientes diagnósticos: "SINDROME DEL TUNEL CARPIANO", "SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO", "EPICONDILITIS MEDIA" "EPICONDILITIS LATERAL" y "TENOSINOVITIS DE ESTILOIDES RADIAL (DE QUERVAIN)" (f.° 378-381)

Según da cuenta el material probatorio, en especial la instrumental que corre a folios 312 y 385 a 398, la demandante y la ARL AXA Colpatria interpusieron recursos de reposición y en subsidio apelación, al encontrarse inconformes con dicha decisión.

En este punto conviene precisar que para la calenda en que la ARL formuló los recursos contra el dictamen, la demandante se encontraba afiliada a dicha administradora, tal y como se constata a folio 1676 del expediente, de manera que aquella se encontraba legitimada para promover los mismos.

Dicho organismo, esto es, la Junta Regional, mediante Acta No REP – 3624-1 del 14 de marzo de 2012 resolvió el recurso de reposición indicando que no existían motivos para modificar su dictamen por lo que ordenó remitir el expediente junto con sus anexos a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para que se desatara la apelación. (f.° 404 -405)

El expediente fue remitido el 12 de abril de 2012 (f.°1581 cd pág. 1) y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a través del dictamen n.° 23552592 del 20 de junio de 2012 resolvió modificar la decisión de primera instancia asignado a la demandante una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 23.32%, confirmando tanto el origen como la fecha de estructuración. (f.° 427-439)

Como sustento de su decisión, precisó: " *La sala dos de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con los fundamentos de hecho y derecho expuestos Considera que le asiste razón al apelante-Administradora de*

Riesgos Profesionales COLPATRIA por cuanto la señora AMPARO ROJAS DE LEON fue calificada en forma favorable para las secuelas documentadas en la Historia clínica; 1) Deficiencias: No se deben calificar en un solo ítem las diferentes deficiencias, sino que se deben separar por capítulos como lo señala el Decreto 917 de 1999 (Manual único de Calificación) y sumarse en forma combinada: De esta forma el síndrome del Túnel carpiano documentado es de grado leve en ambas manos, el dolor y disconfort residual por los trastornos de codo (Epicondilitis y Quervain) se deben calificar por separado cada capítulo. No se concede razón a la Administradora de Riesgos Profesionales con relación a las restricciones de hombros, pues presente patología comprobada en maguito de los rotadores. 2) Las discapacidades y minusvalías fueron sobrevaloradas en niveles de gravedad para ++as deficiencias reales de la paciente, reconocidas como enfermedad profesional. Los demás trastornos que menciona la señora ROJAS DE LEON están en proceso de calificación de origen y no pueden incluirse en la presente calificación. También llama la atención que con la incapacidad laboral prolongada, los síntomas estén aumentando y no disminuyendo"

El juez de conocimiento para resolver la controversia planteada ordenó un nuevo dictamen, mismo que milita a folios 2087 a 2101, en el que se otorgó a la demandante una pérdida de capacidad laboral del 54.34% de origen profesional con fecha de estructuración 3 de junio de 2008.

En esa dirección, comienza la Sala por recordar que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez –Decreto 917 de 1999-, de acuerdo con el cual, el dictamen debe fundamentarse en consideraciones de orden fáctico donde se relacionan los hechos ocurridos que dieron lugar, en este caso, a la enfermedad; y el diagnóstico clínico que debe estar soportado, entre otros, en la historia clínica y la historia ocupacional.

En el mismo sentido, el artículo 9 del Decreto 2463 de 2001 determina que los fundamentos de la calificación del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral, son de hecho y de derecho, siendo los primeros, aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, por ejemplo, historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y, en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio, al paso que los segundos, son todas las normas que se aplican al caso de que se trate.

También debe indicarse que dichas normas prevén que la calificación de la pérdida de capacidad laboral del individuo deberá realizarse una vez se conozca el diagnóstico definitivo de la patología, se termine el tratamiento y se hayan realizado los procesos de rehabilitación integral, o cuando aún sin terminar los mismos, exista un concepto médico desfavorable de recuperación o mejoría- artículo 9 Decreto 917 de 1999-, esto es, que la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social integral hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización. - artículo 23 del Decreto 2463 de 2001-.

Además de lo ya expuesto, tenemos que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha enseñado que los dictámenes proferidos por las Juntas no son prueba solemne y por ello su contenido puede ser valorado por el Juez de manera libre, dentro del marco de sus facultades de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento[1].

En ese orden, procede esta Sala al estudio de los dictámenes que reposan en el plenario, tanto el emitido por la Junta demandada como el realizado por el Dr. Santiago Buendía Vásquez - Médico Especialista en Salud ocupacional, profesor de la Universidad Nacional y director de Departamento de Medicina Laboral de la facultad de medicina de ese ente universitario, que se decretó como prueba pericial dentro de la audiencia llevada a cabo el 20 de septiembre de 2017.

En el primero de ellos, esto es, el dictamen n.° 23552592 del 20 de junio de 2012, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez resolvió modificar la decisión de primera instancia asignando a la demandante una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 23.32%, confirmando a su vez, el origen y la fecha de estructuración. (f.° 427-439). Por su parte el dictamen realizado por el Dr Buendía Vásquez otorgó a la actora una pérdida de capacidad laboral del 54.34% de origen profesional con fecha de estructuración 3 de junio de 2008. (f.° 2087 a 2101)

Ante tal panorama, desde ya debe decirse que el recurso de apelación formulado por la AXA COLPATRIA tiene vocación de prosperidad como quiera que la Sala en aplicación de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a partir de la crítica de la

[1] SL4297-2021 - Radicación n.° 88187 del 8 de septiembre de 2021

prueba, decide dar mayor credibilidad al dictamen rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez por las siguientes razones:

El mencionado dictamen constituye un pronunciamiento *interdisciplinario*, emitido por una entidad de creación legal, y por ende cuenta con suficiente precisión, claridad, solidez e idoneidad, para concluir que la demandante para el momento en que se llevó a cabo su valoración, año 2012, no contaba con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

Adicionalmente, deber tenerse en cuenta que el artículo 13 del Decreto 2463 de 2001, en consonancia con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, establece que las Juntas de Calificación de Invalidez conocen de la determinación de la calificación del grado de invalidez y el origen de las contingencias, por lo que se considera que los medios probatorios deben resultar lo suficientemente fidedignos y certeros para concluir que se incurrió en yerro por parte de tal ente, el cual no solo está conformado por un médico, sino por un cuerpo colegiado, médicos, psicólogo, y terapeuta, quienes cuenta con especialidad en salud ocupacional y un de mínimo 5 años de experiencia en el tema, según el artículo 12 del Decreto 2463 de 2001.

De otro lado, la Junta demandada al emitir la experticia 23552592 del 20 de junio de 2012, del que se pretende la revocatoria o modificación, se fundamentó en la historia clínica de la demandante, pues en el mismo texto de su dictamen se relacionaron como documentos examinados lo siguientes: *"Epicrisis o resumen de historia clínica", "Exámenes o pruebas paraclínicos"* y *"Historia Clínica" y "Valoraciones por especialistas"*, sumado a que se considera que la valoración que se hizo a la historia clínica lo fue completa e integral, puesto que se tuvo en cuenta varias resonancias magnéticas realizadas en los años 2008, 2009, 2010, además de varios exámenes de rayos x, laboratorios clínicos, gamagrafías, electromiografías y velocidades de neuroconducción de miembros superiores (2006 y 2011).

Allí se dispuso que las patologías calificables girarían en torno a Síndrome de Manguito Rotatorio, Epicondilitis media y lateral, Tenosinovitis de Estiloides Radial – de Quervain- y Síndrome del Túnel Carpiano, mismas que con anterioridad habían sido calificadas y analizadas por la Junta Regional De Calificación De Invalidez, en dicha experticia se plasmó lo siguiente: (...)*1) Deficiencias: No se deben calificar en un solo ítem las diferentes deficiencias, sino que se deben separarse por capítulos como lo señala el Decreto 917 de 1999 (Manual único de Calificación) y sumarse en forma combinada: De esta forma el síndrome del Túnel carpiano documentado es de grado leve en ambas manos, el dolor y disconfort residual por los trastornos de codo (Epicondilitis y Quervain) se deben calificar por separado*

cada capítulo. (...) 2) Las discapacidades y minusvalías fueron sobrevaloradas en niveles de gravedad para las deficiencias reales de la paciente, reconocidas como enfermedad profesional.

Igualmente, constata la Sala que el dictamen emitido por la Junta Nacional tiene un capítulo de fundamentos de derecho en el que se hizo referencia a las normas aplicables y se explicó la forma en que se hace la calificación.

Ahora bien, revisado el dictamen ordenado en la primera instancia, se observa que si bien el diagnóstico motivo de la calificación correspondió a las cuatro patologías referidas, también es cierto que en esa oportunidad, se tuvo en cuenta otros trastornos que aquejaban a la demandante tales como "*Lumbagia, gonartrosis, fascitis plantar, Hipoacusia NS bilateral, T mixto de ansiedad y depresión, estrés, dolor*", lo que condujo a que se incrementara tanto el porcentaje asignado al criterio de deficiencias elevándolo a 23.39%, como al del componente de discapacidades en un 6.20% y al de minusvalía que ascendió a un 18.75%.

Esa situación a juicio de la Sala, no podía ser considerada por quien rindió la experticia, en la medida que está acreditado que tales patologías se encontraban en proceso de rehabilitación y posterior calificación de origen, como se corrobora con el dictamen 23552592 y se ratificó por el médico ponente Doctor Jorge Ferreira Gómez y la Doctora Diana Elizabeth Cuervo Días, quienes en síntesis informaron que para el caso de la actora solo se valoraron las patologías de origen profesional que ya se encontraban reconocidas; dado que les está vedado pronunciarse sobre enfermedades y síntomas que no han sido rehabilitados, so pena de conculcar el debido proceso de las partes y el derecho constitucional a la salud, rehabilitación y al trabajo.

Lo anterior, encuentra respaldo en los artículos 9 del Decreto 917 de 1999 23 y 25 del Decreto 2463 de 2001, que disponen que la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo puede tramitarse cuando las entidades hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad de su realización, premisas que como ya se anunciara, no se acreditaron en el caso que se analiza y en esa medida se considera que la Junta Nacional se encontraba legalmente impedida para referirse a otros diagnósticos a los que no se les hubiera definido previamente su cobertura por el Sistema General de Pensiones o Riesgos Laborales, sumado a que tampoco podía pronunciarse respecto a condiciones que no fueron previamente calificadas por la Junta Regional.

Sobre este particular, la Corte Constitucional explicó[2] (...) *El dictamen que rinda la junta nacional de calificación de invalidez en virtud de la apelación no tiene por objeto determinar un nuevo grado de pérdida de la capacidad laboral del trabajador por condiciones sobrevinientes en la evolución de la enfermedad, sino determinar si el origen de la enfermedad o accidente o el grado de pérdida de la capacidad laboral establecidos inicialmente por la junta regional de calificación de invalidez tienen el fundamento técnico-científico y jurídico requerido, considerado los argumentos de la impugnación. (...)*

Además de lo anterior, cabe anotar que revisado el dictamen rendido por el profesional de la salud Doctor Santiago Buendía Vásquez, se evidencia que para arribar a la conclusión consistente en que la demandante cuenta con una pérdida de la capacidad laboral del 54.34% tuvo como fundamento para establecer el origen de las enfermedades el Decreto 1477 de 2014, el cual ni siquiera estaba vigente cuando inició el proceso; además de varios conceptos y exámenes paraclínicos expedidos con posterioridad a la fecha en que se calificó a la demandante por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, muestra de ello son, los relacionados en los puntos 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 4, 45, 46 y 47, lo que permite concluir que no se valoró la situación de salud de la actora para el año 2012, en razón a que se consideraron cuadros clínicos posteriores a esa data y que la Junta accionada no tuvo, ni ha tenido oportunidad de evaluar.

Adicionalmente, se considera luego de revisar el plenario que la demandante no contaba con un diagnóstico psiquiátrico que hubiera sido objeto de calificación, en tanto no se logró evidenciar que la señora Amparo hubiere recibido tratamiento ni seguimiento por esa especialidad, luego a juicio de esta Sala la deficiencia denominada trastorno mixto de ansiedad y depresión tampoco debió ser tenida en cuenta en el dictamen que fue ordenado por el juez A-quo, que a la postre contribuyó a que la pérdida de la capacidad laboral de la demandante se elevara a un 54.34%.

Por lo anterior, del acervo probatorio, tan sólo se puede arribar a la conclusión de que se encuentra justificado el procedimiento que surtió la convocada a juicio para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, al igual que el origen de las enfermedades de la actora, como quiera que el dictamen con el que se pretendió controvertir la decisión adoptada por las Juntas Regional y Nacional, en cuanto a que la demandante por lo menos para el 2012 no contaba con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, se considera que no se rindió con similares condiciones

[2] T-1007 de 2004.

técnicas y fácticas respecto del que se solicita su revocatoria o modificación, por lo que se deberá revocar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

En este punto, la Sala precisa, contrario a lo sostenido en la alzada, que la decisión proferida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no lo fue en cumplimiento de la orden de tutela proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, sino con ocasión de los recursos que presentaron tanto la demandante como la ARL AXA Colpatria, tal y como se observa a folios 312 y 385 a 398, se expuso en las consideraciones del dictamen n°23552592 del 20 de junio de 2012, lo refirieron los responsables de la calificación en sus interrogatorios de parte y se evidencia del oficio remisorio que obra en el cd de folio 1581, de manera que bajo este escenario no es posible concluir que los integrantes de la Junta demandada desconocieran orden judicial alguna.

Adicionalmente, si bien no se desconoce que el recurso que desató la convocada no se profirió dentro de los términos previstos en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, debido a que las diligencias se remitieron el 13 de abril de 2012 y la ponencia se profirió el 20 de junio de 2012, es de anotar, que dicha situación de manera alguna puede ser imputada a los integrantes de la Sala que conoció la apelación, pues según lo refiriera el Dr. Jorge Ferreira Gómez, los expedientes para su estudio y posterior decisión se van resolviendo de acuerdo al orden asignado por el área administrativa y jurídica de la Sala, por lo que ellos no verifican los tiempos de respuesta dado que su labor es eminentemente técnico médico, pero en todo caso, actúan con la mayor celeridad y oportunidad que les impone el flujo de expediente que suministra el área jurídica y administrativa de la junta, sumado a que no puede desconocerse que solo hasta la resolución n.° 4726 de 2011, debido al alto número de solicitudes de calificación de invalidez represadas, se dio aplicación a lo previsto en el inciso segundo del artículo 12 del Decreto 2463 de 2001 y, en consecuencia, se conformó cuatro (4) Salas de Decisión para la Junta Nacional y tres (3) Salas de Decisión para las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez de Antioquia y de Bogotá D. C. y Cundinamarca.

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala revocará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y, en consecuencia, se abstiene de estudiar los recursos de apelación formulados por Porvenir, Arl AXA Colpatria y Seguros Bolívar, por sustracción de materia.

La conclusión anterior, lleva al traste las pretensiones enlistadas en los numerales 2, 3 y 4, que dependían de que saliera avante la relacionada con la revocatoria y/o modificación del dictamen n.° 2355259 del 20 de junio de 2012.

En otro giro, es menester recordar respecto de la integralidad de las patologías que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 04 de septiembre de 2007, Rad. 31017, y 26 de junio de 2012, Rad. 38614, reiterada el 06 de agosto de 2013, Rad. 35036, explicó:

"Para reafirmar la procedencia de la acumulación de dolencias comunes y profesionales en la calificación de la invalidez interesa destacar que precisamente al nuevo sistema de seguridad social creado a través de la Ley 100 de 1993 se le agrega el vocablo integral, que no puede verse simplemente como un ornamento retórico sino que define un contenido y unos alcances que la misma ley se encarga de precisar cuando en su preámbulo, norma que tiene un valor superior en tanto traza la filosofía y los principios que rigen el sistema, lo define como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. (Subrayas son de la Sala).

Adicionalmente, el artículo 1 reitera que el sistema tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten; y el literal d) del artículo 2 define el principio de integralidad como la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población; y el principio de unidad (literal e) en cuanto se refiere a la unidad de prestaciones. Tales disposiciones, como se ve, propenden por garantizar integralmente la protección contra todas las contingencias, en especial las que afectan la capacidad económica, con la finalidad de lograr el bienestar individual y asegurar una calidad de vida acorde con la dignidad humana, de suerte que ante un estado de invalidez que implica, en principio, la exclusión del mercado laboral y la consiguiente privación de los recursos para atender su subsistencia y la de la familia, el sistema de seguridad social debe asegurar una respuesta que neutralice los efectos perversos de esa situación de necesidad, lo cual no riñe con la existencia de varios regímenes específicos o subsistemas, pues aquellas disposiciones, al estar insertas en el capítulo que contiene los principios generales, antes que oponerse más bien complementan las específicas que corresponden a cada uno de tales

regímenes, y operan como pautas y criterios de interpretación para aquellos eventos en que las disposiciones particulares no brindan una respuesta concreta y clara. Más en todo caso cabe recordar que el artículo 19 del C. S. del T. prevé que cuando no exista una norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulan casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios y recomendaciones adoptadas por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del derecho del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad, debiendo entenderse que cuando la norma se refiere a los principios del derecho del trabajo está refiriéndose también a los de la seguridad social, dada la íntima conexión y cercanía entre estas dos ramas del Derecho.

Así, es claro que resulta procedente la sumatoria de porcentajes, pues en los términos de la sentencia con radicado 35036, una interpretación distinta llevaría a resultados absurdos como que si un afiliado alcanza una incapacidad del 40% o más pero inferior a 50% por enfermedades comunes y del 40% al 49% por dolencias profesionales no sería factible predicar su discapacidad dado que no alcanza el porcentaje mínimo en ninguno de los dos regímenes de manera independiente, y por consiguiente no tendría derecho a ninguna pensión.

Es en esa dirección y precisamente en aplicación del principio de integralidad es que la demandante en la actualidad viene disfrutando una pensión de invalidez por parte de la AFP Porvenir como se constata a folios 1938 a 1944 del informativo, por manera que dicho principio le ha sido debidamente garantizado.

Dilucidado lo anterior, procede la Sala a abordar los demás aspectos señalados en el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora como seguidamente pasa a explicarse:

Conforme a los medios probatorios recaudados está probado que entre la demandante y la sociedad MAZUERA VILLEGAS Y CIA S.A. existió un contrato de trabajo que inició *el 2 de abril de 2001*, tema que por demás ya fue definido dentro del proceso ordinario 2009 -00252 (f.° 1125 - 1146), y finalizó el *27 de noviembre de 2013*, cuando la señora Amparo Rojas de León presentó su dimisión (f.°20-24)

Sostiene el apoderado que la demandante estando al servicio de MAZUERA VILLEGAS Y CIA S.A sufrió un accidente de trabajo y que las enfermedades

que aquejan a la señora Rojas de León y que dieron lugar a la pérdida de la capacidad laboral, son imputables a su empleador.

Así las cosas, frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales surgen dos clases de responsabilidades, la del sistema general de riesgos profesionales, que en caso de afiliación a la seguridad social, es ésta la que responde por las contingencias que se presenten en el ejercicio laboral; y la otra, que surge del accidente de trabajo o enfermedad profesional que se edifica en la culpa del empleador, quien tiene la obligación de indemnizar de acuerdo con la magnitud del daño que se produce al trabajador o a sus beneficiarios, que para el presente caso pretende ser edificada tanto en las patologías que aquejan a la demandante, como en el presunto accidente de trabajo que ocurrió cuando la actora laboraba en la Hacienda el Fute.

En esa dirección, la responsabilidad contemplada en el artículo 216 del C.S.T., que regula una indemnización total de perjuicios, tiene una naturaleza subjetiva, pues para establecerla se requiere además del daño y el nexo de causalidad con el trabajo, la prueba del incumplimiento del empleador a los deberes de protección y cuidado.

Esta clase de responsabilidad permite que el trabajador este asegurado en los riesgos propios de su trabajo y además de aquellos que surgen por la conducta culposa y dolosa en la que incurren los empleadores.

El artículo 216 exige que se pruebe la culpa del empleador, frente a lo cual es necesario indicar que la carga de la prueba se invierte en virtud de lo previsto en el artículo 1604 del CC, esto a cargo de quien ha debido emplear los cuidados debidos de modo tal que es el empleador quien debe acreditar que ha actuado con la correspondiente diligencia.

Descendiendo al caso de autos, la Sala evidencia lo siguiente:

La señora demandante manifestó que, en el mes de septiembre del año 2011, sufrió un *accidente de trabajo* en el que se golpeó fuertemente la espalda al caerse mientras cumplía las funciones encomendadas por la señora María del Rosario Mazuera de Kling en las instalaciones de la Hacienda El Fute.

Como pruebas del accidente la demandante aportó la declaración extra juicio rendida por el señor Efrén García García, misma que milita al folio 182, en la que se dejó constancia que *"el día Domingo del mes de septiembre de 2001 a eso de las1:30 pm horas, la señora AMPARO ROJAS sufrió un*

accidente en momentos en que atendía a un grupo de personas que había ido a la Hacienda en compañía de la señora ROSARIO MAZUERA DE KLING y que ese día a pesar de haberse golpeado fuertemente la espalda, no se le brindó ningún tipo de asistencia médica ni se le permitió salir de la Hacienda El Fute para buscarla; así como que desde ese entonces, la señora AMPARO ROJAS empezó a quejarse frecuentemente de mucho dolor a nivel de la cintura y espalda y a desmejorar en su estado de ánimo y verse decaída y enferma".

Ahora bien, el despacho de primera instancia por solicitud de la parte demandante recibió los testimonios de *Emperatriz Murcia Moreno*, quien no aportó mayor información sobre el particular como quiera que manifestó que conoció a la demandante en el año 2001 cuando aquella trabajaba en la Hacienda el Fute, haciendo todo lo relacionado con servicios generales, agregó que no compartía espacio de trabajo con la actora porque ella era la esposa del administrador y no entraba a la casa grande, narró que la señora Amparo le contó que se había caído y que estaba enferma, que tenía un trabajo muy pesado y que por eso se enfermó de las manos y la declaración de *Efrén García García* quien informó que laboró con la demandante en la Hacienda el Fute como en el año 2001, que Amparo hacía el aseo y les cocinaba a los dueños, sabe que la actora iba mucho al médico por algo de las manos, pero no recuerda lo relacionado con algún accidente, tampoco sabe si ella estuvo incapacitada, ni que tuviera algún problema de salud, finalmente, precisó que no recuerda haber rendido la declaración extra juicio que reposa en el expediente.

Adicionalmente, revisada la prueba documental no se evidencia instrumental alguna que dé cuenta del presunto accidente de trabajo que sufrió la demandante.

En ese orden de ideas, al no quedar probado la ocurrencia del presunto accidente de trabajo, en tanto la única prueba con la que la parte actora pretendió acreditar su tesis fue declaración extra juicio rendida por el señor Efrén García García, la que fue desvirtuada por el mismo declarante, no hay lugar a acceder a las pretensiones derivadas de ese suceso.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la responsabilidad contemplada en el artículo 216 del C.S.T. frente a las *enfermedades* que aquejan a la trabajadora se hacen las siguientes consideraciones:

Señaló la parte demandante, en su extenso recurso de apelación, que con el material probatorio está probado las enfermedades que la aquejan le son imputables a su empleador.

La Sociedad MAZUERA VILLEGAS Y CIA S.A. en su contestación afirmó que ha seguido todas las recomendaciones y restricciones de las que ha tenido conocimiento.

Adicionalmente, precisó que la actora laboró inicialmente como empleada de servicio doméstico en la Hacienda el Fute al servicio de la señora Rosario Mazuera de Kling, posteriormente, fue trasladada a la Sala de ventas de Mazuren y, por último, a la Urbanización Maiporé.

Dentro del plenario está plenamente acreditado que Amparo Rojas de León ingresó a laborar al servicio de la convocada desde el 2 de abril de 2001, que fue contratada en el cargo de oficios varios, debiendo realizar inicialmente labores de servicios domésticos, tales como lavar, planchar, limpiar platería, cocinar, trapear, aspirar, limpiar el polvo (f.° 32).

Así también lo explicó la señora Amparo Murcia De Mortigo, quien indicó que la demandante empezó a laborar en el año 2001 con la señora Rosario Mazuera de Kling, trabajaba en una finca; debía limpiar muebles y loza, polvo, hacía cosas de aseo en casa, debía mantener las cosas limpias, platería, vidrios, lencería, dijo que después fue contratada por la empresa Mazuera, realizaba las labores de cafetería en la sala de ventas, en ese lugar tenía que preparar el tinto, barrer y trapear, esa labor fue limitada porque Amparo decía que no lo podía hacer, entonces tocaba contratar a alguien más; luego la demandante fue trasladada al proyecto Maiporé, dijo que el horario de la sala de ventas y en Maiporé era de 9 a.m. a 5 p.m., con la hora de almuerzo.

La revisión de la historia clínica permite colegir que la actora comenzó su sintomatología en enero de 2006, esto es, 5 años de su ingreso al servicio del empleador convocado a juicio, con los diagnósticos denominados síndrome del túnel del carpo, tendinitis y tenosinovitis de quervain.

Las experticias aportadas dan cuenta que las patologías denominadas "SINDROME DEL TUNEL CARPIANO", "SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO", "EPICONDILITIS MEDIA" "EPICONDILITIS LATERAL" y "TENOSINOVITIS DE ESTILOIDES RADIAL (DE QUERVAIN)", son enfermedades de origen profesional. (f.° 224-226, 231-233,366-367, 378-381-383).

Adicionalmente, en los dictámenes referidos se plasmó lo siguiente:

Dictamen Famisanar año 2007 - folio 224- 226, Diagnostico Síndrome del túnel de carpo bilateral *" Ha estado expuesta a factores de riesgo*

ergonómicos. Permanece en postura bípeda prolongada. Realiza movimientos generalizados y concertados con miembros superiores, movimientos fleoextensión y abducción de hombro, flexoextensión de codos, dorsi y palmiflexión, desviaciones radiales y cubitales de muñecas. Pinzas y agarres de diferentes tipos asociadas a fuerza"
"La paciente ha estado expuesta a carga física alta para miembros superiores por el tiempo suficiente para desencadenar la patología en calificación. No padece patología metabólica o inflamatoria articular ni realiza actividades extralaborales que sean factores causales del síndrome del túnel carpiano. Si bien realiza actividades variadas, utiliza los mismos grupos musculoarticulares por lo tanto no se permite la recuperación fisiológica de las estructuras involucradas".

Dictamen Famisanar año 2008 - folio 231- 233, Diagnostico Epicondilitis medial bilateral y Síndrome del maguito rotador bilateral:
"Ha estado expuesta a factores de riesgo ergonómicos. Permanece en postura bípeda prolongada. Realiza movimientos generalizados y concertados con miembros superiores, movimientos fleoextensión y abducción de hombro, flexoextensión de codos y muñecas, desviaciones radiales y cubitales de muñecas, pinzas y agarres de diferentes tipos asociadas a fuerza"
"La paciente ha estado expuesta a carga física alta para miembros superiores por el tiempo suficiente para que el factor de riesgo laboral genere el síndrome pinzamiento de manguito rotador izquierdo y la epicondilitis medial bilateral. No padece enfermedades inflamatorias articulares ni metabólicas tampoco realiza actividades extralaborales que se consideren como factores causales de la patología en calificación. Si bien actualmente no está laborando los hallazgos evidenciados en las imágenes de resonancia magnética corresponden a una patología de largo tiempo de evolución".

Dictamen Junta Regional del Calificación de Invalidez n.° 36812 – diagnósticos SINDROME DEL TUNEL CARPIANO", "SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO", "EPICONDILITIS MEDIA" "EPICONDILITIS LATERAL" y "TENOSINOVITIS DE ESTILOIDES RADIAL (DE QUERVAIN) "
Paciente de 48 años de edad (F.Nacimiento: 28/08/60) trabajadora de oficios varios durante 6 años en la finca de Mazuera Villegas (Soacha a Mondoñedo). Descanso entre semana los miércoles. Otros días de trabajo: A las 7 a.m. lista en la cocina. Los días lunes y martes trabaja para dos personas. Cada 20 días platería- muebles. Desde el jueves al domingo la familia llegaba y se invitaban familia. Fue operada en abril y junio de 2007. Sola tenía que manejar todas las funciones (desde la cocina hasta las habitaciones y baños) Se describe sintomatología a la fecha de tres años de evolución consistente en parestesias en manos en territorio de nervios medianos. Se documentó Síndrome del Túnel carpiano calificado como profesional por la JRCB; además

presenta dolor en hombros y codos y se documentó por RNM tendinosis del supraespinoso e infraespinoso y ruptura completa del suporespinoso izquierdo. Operada del manguito rotador derecho (29705/08)(....)"

También reposa estudio de puesto de trabajo llevado a cabo por la ARL Liberty en septiembre de 2007 en el que se indicó que la demandante laboraba en el cargo de auxiliar de servicios generales desde hace 6 años y meses, adicionalmente, se refirió *"*mantenimiento de posturas durante más de dos horas para posiciones de pie o sentada y 20 min para cunclillas, rodillas, acostado con brazos levantados. *Adopcion (sic) de posturas en angulos (sic) críticos o por fuera de los ángulos de confort. * Manipulacion (sic) de cargas: levatamiento y/o transporte. * Aplicación de fuerza. *Realización de movimientos repetitivos. *Diseño de puesto de trabajo inadecuado."(...)*
(...)"De acuerdo con los resultados ANSI se observa:
***Por tareas**: Se aprecia mayor puntaje en las tareas de limpieza de superficies y brillado de platería, debido a la duración de las mismas y requerimientos de posturas fuera de ángulos de confort.*
***Por segmento:** Sobrepasa el limite (sic) de criticidad los agarres derechos en la limpieza de superficies y brillado de platería debido a la duración de la tarea y aplicación de fuerza.*
***Por dominancia**: Se evidencia mayor requerimiento de miembro superior derecho en todas las tareas, debido a desuso del miembro superior izquierdo por dolor, así como por dominancia de la funcionaria al manipular los implementos de aseo. (...)*

Como recomendaciones se realizaron las siguientes: alternar uso de los miembros superiores, revisar en el mercado implementos de aseo de características ergonómicas, incluir pausas activas en la jornada laboral, alternancia de tareas, capacitación en la adquisición de hábitos posturales adecuados, evitar alternancia en la exposición de los miembros superiores.

A folios 295 a 296, reposan las recomendaciones remitidas por la ARL Liberty al empleador de la demandante en el año 2010.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez en los dictámenes 22229 de 2009 y 23552592 de 2008 determinó que el síndrome manguito rotatorio, epicondilitis media, tenosinovitis de estiloides radial (de quervain) y síndrome de túnel del carpiano son de origen profesional.

El análisis del puesto de trabajo realizado por la ARL Colpatria en el mes de agosto de 2012 relaciona pormenorizadamente cada una de las labores que ha realizado la demandante al servicio de su empleador. (f.° 2025-2029)

Finalmente, la evaluación de situación de trabajo para el retorno laboral que reposa a folios 356-359, y que fuera elaborado en noviembre de 2012, concluye que "*El perfil de las tareas ocupacionales que la empresa le ha asignado a la trabajadora en la ciudadela Maipore y de acuerdo a la exigencia física se establece que la ejecución de las mismas cumplen con la mayoría de las recomendaciones medico laborales, siendo tareas con un nivel de esfuerzo liviano, manteniendo MMSS en ángulos de confort, son tareas administradas sin indicador de productividad, la exposición es baja al riesgo de movimiento repetitivo en manos, no levanta ni transporta pesos, labora en plano medio, puede realizar micropausas durante la jornada disminuyendo la tensión y la fatiga muscular*"

Ahora para determinar la procedencia de calificar la enfermedad profesional, tenemos que Decreto ley 1295 de 1994, vigente para la fecha de estructuración de la enfermedad, en el artículo 11 define la enfermedad profesional como «*todo estado patológico permanente o temporal que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador, o del medio en que se ha visto obligado a trabajar y que haya sido determinada como enfermedad profesional por el Gobierno Nacional.*"

De esta definición se puede concluir que para configurar una enfermedad profesional de acuerdo con la legislación colombiana, se necesitan por lo menos cuatro elementos.

El *primero de ellos*, que exista un daño a la salud del trabajador, es decir, un estado patológico demostrable clínica y paraclínicamente, presupuesto que en el caso de autos está perfectamente acreditado no solo con la historia clínica de la demandante, sino con los diversos dictámenes que reposan en las diligencias de los que se concluye que la demandante padece de "SINDROME DEL TUNEL CARPIANO", "SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO", "EPICONDILITIS MEDIA" "EPICONDILITIS LATERAL" y "TENOSINOVITIS DE ESTILOIDES RADIAL (DE QUERVAIN)", enfermedades catalogadas como de origen profesional.

El segundo, la relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo: Conforme al material probatorio es posible colegir que la demandante durante el tiempo que laboró en la Hacienda el Fute, alrededor de 6 años, estuvo expuesta factores de riesgos responsables de las enfermedades que le fueron diagnosticadas como de origen profesional, tales como posturas antigravitacionales, carga física alta, movimientos repetitivos, permanencia en postura bípeda prolongada, movimientos generalizados y concentrados con miembros superiores, entre otros, siendo del caso precisar que la señora

Amparo ha tenido como único empleador a la sociedad convocada a juicio y que según se aprecia en la historia clínica sus dolencias que a la postre fueron catalogadas como de origen profesional iniciaron cuando laboraba para Mazuera Villegas S.A.

El tercero, las condiciones de exposición al factor de riesgo laboral responsable del daño a la salud -clase de trabajo o del medio-; en este caso se acredita dicho presupuesto en razón del cargo desempeñado por la demandante como auxiliar de servicio generales, encargada de realizar las tareas que de manera pormenorizada se describen en el documento que milita a folio 2025-2029 del plenario.

y *el cuarto elemento,* «que haya sido determinada como enfermedad profesional por el Gobierno Nacional», se refiere a que las enfermedades deben estar contempladas en la tabla de enfermedades profesionales, premisa que también se aprecia acreditada, en tanto las patologías que aquejan a la demandante se encuentran contempladas no solo en el decreto 2566 de 2009, sino en el Decreto 1477 de 2014.

En ese orden de ideas, al quedar demostrada la ocurrencia del riesgo, esto es la enfermedad profesional, se procede a determinar si se configuró la *"culpa suficientemente comprobada"* del empleador.

Ante ese escenario, conviene recordar nuevamente que cuando se trata de la indemnización plena por accidente de trabajo, es decir la contemplada en el artículo 216 del CST, es deber del trabajador o de sus causahabientes demostrar que los hechos que determinaron el daño se produjeron por culpa del empleador para obtener la prosperidad de sus pretensiones indemnizatorias.

También que de conformidad con los artículos 56 y 57 numeral 2 del CST, es deber esencial del empleador brindar seguridad a los trabajadores y proveerles los elementos adecuados para protegerlos de accidentes que pongan en riesgo su vida o su integridad. Por eso el empleador para exonerarse de la responsabilidad contractual en caso de infortunio laboral, debe demostrar diligencia para prevenir o evitar su ocurrencia, máxime en actividades de altísimo riesgo para la vida y la integridad del trabajador, donde si bien no puede afirmarse que la culpa del empleador se presuma, sí comprometen un grado superlativo de diligencia y cuidado debiendo tomar las medidas que correspondan con la alta vulnerabilidad a que queda expuesto el trabajador en esta clase de actividades. (Sentencias 48424 del 18 de julio de 2017, SL17026-2016 Radicación n.° 39333 del 16 de noviembre de 2016 y CSJ SL7181-2015 y CSJ SL, 7 oct. 2015, rad. 49681)

Descendiendo al caso objeto de estudio y según las pruebas aportadas y la jurisprudencia y normatividad citada, considera la Sala que la empresa MAZUERA VILLEGAS Y CIA S.A. incurrió en la culpa patronal prevista en el artículo 216 del C.S.T.

Ello es así, si se tiene en cuenta que el empleador no cumplió con la obligación de adoptar los mecanismos de protección para amparar la integridad física de su trabajadora; por lo menos durante la primera etapa de la relación laboral, esto es, durante los años en que surgieron y se consolidaron las enfermedades "SINDROME DEL TUNEL CARPIANO", "SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO", "EPICONDILITIS MEDIA" "EPICONDILITIS LATERAL" y "TENOSINOVITIS DE ESTILOIDES RADIAL (DE QUERVAIN)", por lo que es causante del daño y por ello debe resarcirlo.

Lo anterior se colige del material probatorio del que se deduce:

i) la señora Amparo Rojas de León solamente ha tenido como único empleador a la Sociedad Mazuera Villegas y Compañía S.A.

ii) si bien no se aportó el examen de ingreso de la trabajadora, se puede colegir que la demandante para el momento en que ingresó al servicio de la convocada se encontraba apta para desempeñar el cargo de oficios varios.

iii) pese a que en el año 2007 la ARL Liberty expidió una serie de recomendaciones para que la accionante llevara a cabo sus funciones, no se observan los correctivos adoptados por la empresa a partir de las sugerencias realizadas, o por lo menos no hay prueba de ello (f.°272), nótese por ejemplo, como la demandada se abstuvo de acreditar el suministro de *"implementos de aseo de características ergonómicas"*, o la realización de capacitaciones relacionadas con la adquisición de hábitos posturales adecuados, ni propendió por asegurarse que su trabajadora, realizara durante su jornada laboral las pausas activas ordenadas por la ARL, así como tampoco aportó el programa de salud ocupacional, ni se allegó prueba de que el mismo se estuviera implementando; en otras palabras, la pasiva no adoptó las herramientas de protección necesarias con las cuales pudo disminuir la exposición continua al riesgo ergonómico de su trabajadora que se derivaba de las constantes posturas antigravitacionales, la carga física alta, movimientos repetitivos, permanencia en postura bípeda prolongada, al igual que de los movimientos generalizados y concentrados con miembros superiores.

En este punto, resulta importante anotar que a los folios 1095 a 1124, obran

los fallos proferidos por los Juzgado 67 Civil Municipal y 12 Civil del Circuito por medio de los cuales se ordenó a la convocada el reintegro de la demandante, al evidenciar de los medios probatorios lo siguiente:

(...) Pues bien, como reconoció la jefe de personal de MAZUERA VILLEGAS Y COMPAÑÍA S.A., AMPARO DE LAS MERCEDES MURCIA DE MORTIGO, la señora AMPARO ROJAS DE LEÓN, después de ser dictaminada con la enfermedad profesional SÍDROME DEL TÚNEL CARPIANO regresó a laborar al sitio donde desarrolló esa dolencia, con las mismas funciones; por tal motivo, obviamente, la tutelante no podía desempeñarse de manera óptima.

Entonces, MAZUERA VILLEGAS Y COMPAÑÍA S.A. consideró que debía declararse terminado el contrato laboral de doña AMPARO ROJAS DE LEÒN pues "no estaba rindiendo ni cumpliendo la laboral para la cual fue contratada...no tenía capacitación (sic) física para realizar las labores que siempre realizaba, como cocinar, lavar el piso, en general todas las labores del servicio doméstico." (...)

(...) Dicho en otros términos la accionante no fue reubicada laboralmente dentro de la organización demandada, ni sus funciones fueron reajustadas para aliviar las enfermedades desarrolladas sirviendo para la sociedad anónima, lo cual originó resurgimiento del dolor y las limitaciones físicas propias del SINDROME DEL TUNEL CARPIANO y las lesiones en hombros y codos de AMPARO ROJAS DE LEÓN, lo cual fue aprovechado para terminarle el contrato laboral. (...)"

iv) según dictaminaron las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, al igual que el Dr. Santiago Buendía Vásquez, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad de la demandante respecto de las enfermedades de origen profesional lo fue el 3 de junio de 2008.

En esa dirección al estar demostrado que las actividades desarrolladas por la trabajadora consistían en realizar las labores de tipo doméstico en las que predominaban posturas antigravitacionales, una carga física alta, movimientos repetitivos, permanencia en postura bípeda prolongada, al igual que de los movimientos generalizados y concentrados con miembros superiores, era imprescindible que el empleador diseñara e implementara medidas preventivas para preservar la salud de la demandante o mitigar el riesgo en el trabajo, en ejercicio de las obligaciones previstas en el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, y en especial la contenida en el numeral 2 del artículo 57 ibídem consistente en *"Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la*

seguridad y la salud», así como las medidas de higiene y seguridad señaladas en el artículo 388 del mismo código, premisas que como ya se anotó no se aprecian satisfechas por la sociedad MAZUERA VILLEGAS Y COMPAÑÍA S.A. En ese orden de ideas, esta Sala encuentra acreditado el nexo de causalidad entre las enfermedades "SINDROME DEL TUNEL CARPIANO", "SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO", "EPICONDILITIS MEDIA" "EPICONDILITIS LATERAL" y "TENOSINOVITIS DE ESTILOIDES RADIAL (DE QUERVAIN)"y la culpa del empleador, por lo que resulta lógico inferir que la exposición continua durante toda la jornada laboral, sin el suministro de instrucciones, herramientas industriales y equipos de protección, ni periodos razonables de descanso, fue lo que propició el surgimiento de dichas dolencias y en consecuencia resulta responsable de indemnizar a la ex trabajadora.

De otro lado, importa señalar que aun cuando no se desconoce que el empleador para la etapa final de la relación laboral con su trabajadora, esto es, cuando aquella prestaba sus servicios en el campamento de Maipore, venía ajustado su proceder a la normatividad legal, en tanto según se plasmó en el informe denominado *"EVALUACION DE SITUACION DE TRABAJO PARA RETORNO LABORAL"* que la empresa había asignado a la demandante tareas ocupacionales de acuerdo con la exigencia física, y que las mismas cumplían con la mayoría de las recomendaciones médico laborales (f.°356-359), es de anotar, que esa situación de manera alguna exculpa su omisión durante los años en que la demandante estuvo expuesta a los factores de riesgo sin que adoptaran las medidas pertinentes en procura de proteger la salud y la integridad física de su trabajadora, lo que finalmente devino en que se presentaran y desarrollaran las enfermedades de origen laboral que en la actualidad afectan la salud de la promotora de la presente demanda.

En ese orden de ideas, al encontrarse el nexo causal se debe resolver lo relacionado con la indemnización de perjuicios.

Daño Emergente y Lucro cesante consolidado y futuro:

Los perjuicios materiales lo conforman las prestaciones del artículo 1614 Código Civil, a saber, el daño emergente y el lucro cesante; entendido este último como *"la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento"*

Lo anterior significa que el primero de ellos abarca la pérdida de elementos patrimoniales que deben demostrarse con ocasión de las enfermedades sufridas por la señora Luz Amparo Rojas de León, que su peculio disminuyó

debido a que no obtuvo más ingresos a raíz del suceso, en síntesis, que dejó de percibir determinados rubros o ingresos.

Sobre el particular, se advierte que ningún elemento de juicio se aportó para soportar algún gasto en que hubiera incurrido la señora Rojas de León como consecuencia de las enfermedades diagnosticadas, por manera que se absuelve a la demandada de este pedimento.

En relación con el lucro cesante en palabras de la Corte Suprema de Justicia [3] *"(...) se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico o se recibe en menor proporción a causa de la pérdida de capacidad laboral o fallecimiento (...),* debiéndose recordar que estos montos según constante y reiterada jurisprudencia laboral, deben ser ciertos y estar plenamente probados.

La misma Corporación en sentencia SL1530 de 2021 señaló: "*...Por ello se hace necesario reiterar que, en el campo del Derecho Laboral, el lucro cesante se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico o se recibe en menor proporción a causa de la pérdida de capacidad laboral o fallecimiento, en cuyo caso el empleador está en la obligación de resarcir tal daño, bajo dos condiciones:* ***una****, que se pruebe su culpa en el origen del siniestro* ***y, dos,*** *que se demuestre que el trabajador afectado sufrió una merma en sus ingresos (CSJ SL887-2013)."*

Ahora bien, el lucro cesante se divide en *consolidado y futuro,* siendo el primero de ellos la ganancia razonable dejada de percibir con ocasión de la imposibilidad para el trabajo, derivada directamente de la merma de la capacidad de trabajo de la actora (sentencia SL1187-2020 CSJ) y el segundo está determinado por los salarios que la demandante dejará de percibir.

Para liquidar se tendrá en cuenta el último salario devengado por la actora conforme se certificó por la convocada a folio 1411 y la merma de la capacidad laboral de 23.32%, en consecuencia, para el consolidado, se tomará como fecha inicial el 27 de noviembre de 2013, cuando terminó el contrato de trabajo, y fecha final el 31 de diciembre de 2021. Luego de solicitar apoyo al grupo de liquidación con que cuenta el Tribunal se obtiene la siguiente suma: **$32.640.543**

Para el futuro, se partirá del salario indicado, como extremos de causación, desde el 31 de diciembre de 2021 hasta la expectativa de vida probable de la actora, teniendo en cuenta que nació el 28 de agosto de 1960 y la pérdida

[3] Sl 2845de 2019

de capacidad laboral dictaminada fue 23.32%, obteniéndose el siguiente valor **$ 52.352.042.42.**

Perjuicios morales - daño a la vida en relación:

Conforme lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL 887 de 2013:

"...los perjuicios morales se dividen en objetivados y subjetivados. Los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir.

Viene al caso memorar lo asentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de octubre de 2008, radicación 32.720 en cuanto a que en realidad, el pretium doloris o precio del dolor como desde antiguo lo identifica la doctrina, queda a discreción del Juzgador, siguiendo la jurisprudencia nacional y teniendo en cuenta la consideración humana y con ella su dignidad, al amparo de los artículos 1° y 5° de la Carta Política, con el fin no sólo de garantizarle al afectado sus derechos, sino también de satisfacerlos de alguna manera. Para ello deberán evaluarse las consecuencias sicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño padecido por el accidente de trabajo..."

En cuanto a la tasación del perjuicio moral recuérdese que estos **quedan al arbitrio del Juez con fundamento en su buen juicio y el análisis de las particularidades de cada caso, tal aspecto ha sido reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia**, entre otras, en las sentencias del 2 de oct. de 2007, Rad. 29644; del 15 de oct. de 2008, rad. 32.720 y del 16 de oct. 2013, rad.42433, **rad.37897 de 2017.**

Así las cosas, para la Sala resulta diáfano que la enfermedad adquirida por la demandante la ha afectado emocionalmente, sumado a los dolores que le generan las patologías ya referidas, así como por sentirse disminuida para la ejecución de labores cotidianas. Ello permite deducir la generación del daño e imponer condena por perjuicios morales subjetivados que se estiman en 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes del momento en que se haga efectivo el pago.

Frente al daño a la vida en relación o fisiológicos, se refiere a *"una afectación a la aptitud y disposición para disfrutar de la dimensión de la vida en*

cualquiera de sus escenarios sociales, que impide que algunas actividades ya no se puedan realizar o que requieren de un esfuerzo o genera incomodidades y dificultades. En otros términos, este daño tiene su expresión en la esfera externa del comportamiento del individuo, «en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico (...)» (CSJ SC665-2019). Y, al igual que los morales, no son estimables objetivamente y su tasación también está sujeta al criterio judicial." (sentencia SL 4570 de 2019)

En torno este particular, la Sala no desconoce la repercusión emocional que ha tenido la enfermedad en la señora Rojas de León, sin embargo, esta situación no es suficiente para inferir que tales afectaciones le imposibilitaron realizar actividades sociales, familiares o de ocio propias de su condición humana, o que hubiese alterado su proyecto de vida; además, no existe medio probatorio alguno que acredite esa situación, por manera que se impone la absolución en este asunto.

Frente al tema relacionado con el reconocimiento y pago de *horas extras*, de conformidad con la jurisprudencia sobre el tema, corresponde a la parte demandante que afirma haber laborado en tiempo extra o suplementario, la carga de la prueba consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso, que en materia de horas extras y trabajo en días domingos y festivos exige que sea concreta y directa, indicando los días y el horario en que efectivamente prestó el servicio suplementario, si fue diurno o nocturno y la autorización previa del patrono, pues no basta con decir que fueron laborados en tales interregnos temporales, en razón a que afirmar no es lo mismo que probar y porque al Juez no le es posible dictar condena por estos pedimentos con base en cábalas o suposiciones sobre cual pudo ser ese tiempo adicional laborado.

Descendiendo al caso concreto, y previo a resolver la controversia planteada, *lo primero* que se advierte es que el trípode sobre el cual se edifica la cosa juzgada se cumple a cabalidad en este asunto, de manera parcial, si se tiene en cuenta que esta pretensión ya fue discutida al interior del proceso ordinario 2009 -00252 que se adelantó por las mismas partes en el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en el que se solicitó que se condenará a la sociedad MAZUERA VILLEGAS Y COMPAÑÍA S.A., al pago de horas extras por el periodo comprendido entre el *2 de abril de 2005 hasta el 25 de noviembre de 2007,* decisión que según se lee a los folios 1125 a 1134, fue

despachada desfavorablemente por el A-Quo, al no poder la parte demandante acreditar su causación; igualmente se aprecia que el Tribunal Superior de Bogotá al resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte actora mediante sentencia calendada el 11 de febrero de 2011 confirmó la providencia de primera instancia en este punto (f.° 1135-1146), y la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL433-2018 del 28 de febrero de 2018, resolvió no casar la sentencia al evidenciar que la demandante no logró probar haber laborado horas extras y dominicales. (f.° 2999-3003), por lo que acertó el juez de primera instancia en declarar parcialmente probada esta pretensión.

En *segundo lugar,* respecto de las horas extras que se pudieron causar con posterioridad al 25 de noviembre de 2007 y hasta el 27 de noviembre de 2013, se concluye que dentro del plenario no fue aportada prueba alguna que llevara a la Sala al conocimiento de la existencia del trabajo del tiempo suplementario reclamado, precisado por su día, hora, fecha y año, –como lo exige la jurisprudencia-, su autorización por el superior competente, con antelación a su causación, y la cantidad de horas diurnas o nocturnas que en los días probados hubiesen efectivamente prestado el servicio en las funciones asignadas, por lo que no están llamados a prosperar los otros argumentos del recurso.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que, a la demandante durante el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 2007 hasta el 18 de octubre de 2012, le fueron extendidas sendas licencias médicas que la incapacitaron por espacio de 602 días (f.° 929-930), sumado a la confesión que emanara de la demandante en su interrogatorio cuando señaló que durante el año 2013 solo prestó sus servicios por espacio de 15 días, por manera ante ese escenario no es posible colegir en que días la actora pudo haber causado el trabajo suplementario que echa de menos.

Dadas las anteriores consideraciones se confirmará la sentencia.

En lo que hace referencia al *incremento salarial* para los años 2007 a 2013, le bastará a la Sala con indicar que el reajuste pretendido solo es obligatorio respecto del salario mínimo y como la actora devengaba una remuneración superior a este no era obligatorio para el empleador el incremento al tenor de los dispuesto en el artículo 148 del C.S.T., en concordancia con la amplia jurisprudencia que sobre este aspecto ha proferido la Corte Suprema de Justicia, prueba de ello, es la SL4551-2021 - Radicación n.° 79922 de 2021, sumado a que según dieron cuenta los señores Amparo Murcia de Mortigo y Humberto Enrique Arias Henao, los incrementos que ahora se

reclaman no se pudieron concretar debido a la situación económica que atravesó la compañía.

Las anteriores conclusiones dan lugar a que despachar desfavorablemente las pretensiones en las que se solicitaba el pago de un mayor valor o reliquidación por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago completo de los intereses a las cesantías, al igual que la reliquidación de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, en la medida que la Sala no evidencia que la demandante haya devengado cuantía diferente al salario pactado por las partes, aunado a que tampoco puede irrogarse condena por la indemnización por falta de pago, en razón a que no se acreditó que la convocada adeudara guarismo alguno a su ex trabajara, aunado a que conforme a las instrumentales de folios 1386-1387, se acredita que la convocada canceló la liquidación definitiva de prestaciones sociales (pretensiones 5, 6, 7, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30)

En otro giro, frente a la *indemnización por despido sin justa causa,* tenemos que en el despido indirecto o autodespido la actitud del trabajador es activa, en cuanto ejercita la iniciativa de terminar unilateralmente el contrato, luego, en este evento, la contingencia procesal es mayor para el trabajador debiendo decidirse inversamente, si el hecho imputado al patrono constituye o no justa causa para la terminación del contrato, si tiene la gravedad requerida para ello y si se logró demostrar en el curso del juicio esta justa causa.

Con el fin de resolver la controversia planteada, la Sala procede a estudiar las conductas endilgadas por la parte actora en su carta de renuncia que se sintetizan en que:

- El empleador no atendió las recomendaciones de reubicación laboral dispuestas por la ARL, contribuyendo a que sus enfermedades laborales y comunes se agravaran.
- Intempestiva modificación de sus condiciones de laborales, salariales y prestacionales, al no incrementar su salario, realizar descuentos no autorizados, no otorgar vacaciones en las fechas solicitadas, y reducir el número de días a que tenía derecho.
- Conductas de acoso laboral.
- Pago no oportuno de salarios, prestaciones, incapacidades, pagos a la seguridad social.
- Descuentos sin autorización.

Descendiendo al caso de autos, respecto del *primero* de los motivos referidos, le bastará a la Sala con señalar que si bien, el empleador demandado en los inicios de la relación laboral no atendió las obligaciones patronales asignadas por mandato legal, no es menos cierto que para el momento en que la demandante prestaba sus servicios en Maiporé- octubre de 2011 hasta el año 2013-, la pasiva venía acatando las recomendaciones laborales que le fueron impartidas a su trabajadora por parte de la ARL Colpatria, tal y como se plasmó en el documento denominado evaluación de situación de trabajo par retorno laboral que milita a folios 356 a 359 donde se concluyó:

(...)" El perfil de las tareas ocupacionales que la empresa le ha asignado a la trabajadora en la cuidadela Maipore y de acuerdo a la exigencia física se establece que la ejecución de las mismas cumplen con la mayoría de las recomendaciones medico laborales, siendo tareas con un nivel de esfuerzo liviano, manteniendo MMSS en ángulos de confort, son tareas autoadministradas sin indicador de productividad, la exposición es baja al riesgo de movimiento repetitivo en manos, no levanta ni transporta pesos, labora en plano medio, puede realizar micropausas durante la jornada laboral disminuyendo la tensión y la fatiga muscular" (...)

Adicionalmente, se puede constatar que el empleador concedió diferentes permisos a la señora De León para asistir a sus terapias físicas y controles médicos programados tanto por la Eps como por la ARL en procura de que se continuara con el tratamiento y rehabilitación de la demandante, al igual que está probado que fue contratada otra auxiliar de servicios generales para que apoyara la labor de la actora.

Sumado a que, en todo caso, la demandante solamente fue a trabajar un promedio de 10 a 15 días debido a las incapacidades médicas que le fueron expedidas y a los periodos de vacaciones que el empleador le concedió.

De otro lado, no puede perderse de vista que según se informó en la contestación de la demanda, la Sociedad Mazuera Villegas y CIA S.A, reintegró a la demandante el 18 de julio de 2008, con el correspondiente pago de salarios y prestaciones, razón por la cual el juzgado de conocimiento el 27 de noviembre de 2008 declaró improcedente el trámite incidental de desacato.

Frente al *segundo* ítem, considera la Sala que traslado del lugar de trabajo del que fue objeto la actora, esto es, de la hacienda el Fute, a la sala de ventas y posteriormente al campamento de Maipore obedeció a la situación médica que aquejaba a la actora, en tanto en los dos últimos lugares, la actora no debía exponerse a los factores de riesgo ergonómico que dieron

origen a sus enfermedades profesionales, aunado a que no se acreditó cual fue el perjuicio que el empleador le ocasiono con dicha reubicación.

Además de lo anterior, tampoco se tiene conocimiento cuales fueron las intempestivas modificaciones que el empleador realizó a sus condiciones salariales y prestacionales, pero si en gracia de discusión se interpretara que se hace referencia a la ausencia del pago de horas extras y dominicales, al igual que el no incremento de su salario, debe insistirse que la demandante no tiene derecho a dichos reconocimientos.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las vacaciones, la Sala con base en la confesión realizada por la demandante al momento de rendir su interrogatorio de parte, colige que el empleador reconoció y canceló las mismas.

Ahora bien, respecto de las conductas de acoso laboral endilgadas al empleador no se acreditan en el caso de marras, en tanto que las pruebas aportadas por la actora para corroborar las situaciones que puso de manifiesto en la carta de renuncia no logran su cometido, ello por cuanto, las declaraciones de la señora *Emperatriz Murcia Moreno* y el señor *Efrén García García* nada refirieron sobre el particular, al paso que la prueba documental solamente da cuenta de la queja de acoso laboral radicada por la demandante ante el Inspector del Trabajo en el año 2011 (f.°1072-177), al igual que el acta contentiva de la audiencia celebrada el 13 de julio de ese mismo año, en la que las partes realizaron compromisos recíprocos, sin que la convocada a juicio reconociera la existencia de algún tipo de acoso hacía la trabajadora.(f.° 1079-1080).

En punto del no pago oportuno de salarios, prestaciones, incapacidades, pagos a la seguridad social, las instrumentales que corren a folios 64 a 181, 184 a 200, 202-205, 350 a 352, 1423 a 1424, 1437, 1441 a 1442 permiten corroborar que la demandada atendió y canceló a la demandante los rubros reclamados, al punto que a la actora le fue concedida una indemnización por pérdida de la capacidad laboral por parte de la Arl Colpatria, sumado a que la actora en su interrogatorio de parte confesó que lo que lo que la empresa adeudaba se contraía al pago de la indemnización por despido sin justa causa, horas extras, dominicales, el salario por cuanto le era reconocido por debajo del mínimo, al igual que el pago de las incapacidades, debido a que nunca se incrementó el mismo, peticiones sobre las cuales esta Sala ya determinó que la señora Amparo Rojas de León no tenía derecho a su reconocimiento.

En otro giro, respecto de los descuentos que dice la actora no fueron autorizados, sea lo primero señalar que el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo establece la prohibición a los empleadores de deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los aportes a la seguridad social; cuotas sindicales y de cooperativas y cajas de ahorro, autorizadas en forma legal; multas y sanciones disciplinarias impuestas de conformidad con lo establecido en el reglamento interno de trabajo, cuotas por concepto de préstamos de vivienda, retención en la fuente, embargos judiciales y demás que señale la Ley.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que dicha protección especial de la ley sólo opera durante la vigencia del contrato de trabajo, y que una vez fenece el vínculo laboral el empleador se libera de esas ataduras y queda habilitado para descontar del monto de los salarios y las prestaciones sociales, las obligaciones que tenga el trabajador con la empresa, así no medie autorización escrita y puntual del ex laborante en tal sentido, lo cual se puede constatar en la sentencia SL-516-2019, radicación 66610.

En las pruebas que obran en el expediente a los folios 1428 a 1430, 1433 a 1435 se observa la autorización para descontar los préstamos que la demandante solicitó a su empleador, lo que de entrada permite colegir que los descuentos se encontraban autorizados.

Dadas las anteriores consideraciones y al no haberse demostrado fehacientemente los motivos expuestos en la carta de terminación del contrato de trabajo, se impone la confirmación de sentencia en este punto.

Como quiera que no salieron avantes las pretensiones principales, procede la Sala a abordar aquellas que se formularon de *manera subsidiaria* relacionadas con la ineficacia de la terminación del contrato por cuanto la convocada no dio cumplimiento al parágrafo del artículo 65 del Código sustantivo del Trabajo, advirtiendo desde ya la improsperidad de dicho pedimento en tanto la consecuencia de dicho incumplimiento, no genera de manera alguna la ineficacia de la terminación del contrato, como quiera que dicha disposición lo que protege es que se garantice el pago oportuno de los aportes de seguridad social y parafiscales, mas no la estabilidad laboral, como aquí se pretende. (SL12041-2016)

Por último, con relación con las *costas*, se encuentra que estas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida

en un proceso judicial de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, y comprende las expensas y las agencias en derecho.

Ahora bien, en cuanto a las agencias en derecho, las mismas solo pueden ser controvertidas mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, siendo extemporáneo el recurso sobre este tópico en esta etapa procesal, todo lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Sin embargo, como la Sociedad MAZUERA VILLEGAS Y COMPAÑÍA S.A. fue condenada al pago de la indemnización de prejuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo deberá irrogarse condena en su contra por este concepto y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta decisión.

En otro giro, deberá revocarse la condena en costas a cargo de la demandante como quiera que, tal y como lo mencionó el recurrente, ya que se emitió auto de amparo de pobreza en la audiencia celebrada el 20 de septiembre de 2017, por lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 154 del Código General del Proceso, el amparado por pobre no debe ser condenado en costas.

En conclusión, se revocará la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a cargo de la ARL Colpatria, para en su lugar absolver a dicha encartada de todas las súplicas de la demanda, igualmente se revocará la condena en costas a cargo de la señora Amparo Rojas de León, pero se condenará en costas a la sociedad MAZUERA VILLEGAS Y COMPAÑÍA S.A. y en lo demás se confirmará la decisión apelada.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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 los numerales **PRIMERO Y SEGUNDO** de la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a las

encartadas ARL AXA COLPATRIA y AFP PORVENIR de todas y cada una de las condenas allí impuestas y pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la sociedad MAZUERA VILLEGAS Y COMPAÑÍA S.A a pagar la demandante la suma de $32.640.543 por concepto de lucro cesante consolidado, la suma de $52.352.042.42 por concepto de lucro cesante futuro, y 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes del momento en que se haga efectivo el pago, por concepto de perjuicios morales, por las razones expuestas. En lo demás se confirma este numeral.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a AXA COLPATRIA y AMPARO ROJAS DE LEON de la condena en costas. En lo demás se confirma este numeral.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de **CONDENAR** en costas de primera instancia a la sociedad MAZUERA VILLEGAS Y COMPAÑÍA S.A.

QUINTO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CARMEN BEATRÍZ HERNÁNDEZ, MARINA CUESTA DE CÉSPEDES Y CLAUDINA PARRA
DEMANDADO: FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA –HOMI-
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2019 0802 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora respecto de la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que la pensión de jubilación convencional que el HOMI les concedió a las demandantes posee el carácter de compartida, se declare que la demandada presentó mora en el pago de aportes al Sistema General de Pensiones a favor de las actoras desde el momento de reconocimiento de la pensión de jubilación y hasta el momento en que cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Se declare que el HOMI no reajustó las pensiones de jubilación convencional otorgadas, de acuerdo al porcentaje en que ha sido incrementado el salario por el Gobierno Nacional. Se declare que la pensión de vejez recibida por las demandantes es inferior a la pensión convencional. Se declare que el HOMI

debe reanudar el pago del mayor valor existente entre la pensión de vejez y la pensión de jubilación convencional.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la Fundación a reanudar el pago del mayor valor citado, reajustar la pensión convencional, pagar en forma retroactiva las diferencias resultantes de dicho reajuste, se condene al pago de intereses legales a la tasa del 6% anual, se condene al pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones ante Colpensiones, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. (fl.13)

Como fundamento de sus pretensiones, señalaron que suscribieron contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, quien las afilió a pensiones el 20 de abril de 1988 y pagó un cálculo actuarial por los aportes que no se realizaron desde el inicio de la relación laboral hasta 1988.

Las demandantes se afiliaron desde el inicio de la relación laboral a la Asociación Nacional de Trabajadores y Empleados de Hospitales, Clínicas, Consultorios y Entidades Dedicadas a Procurar la Salud de la Comunidad ANTHOC. El 30 de septiembre de 1996 entre dicho sindicato y la demandada se suscribió una convención colectiva de la cual fueron beneficiarias las demandantes. El art. 15 de dicho texto consagró una pensión de jubilación convencional de carácter compartido y el art. 17 ibídem dispuso el reajuste pensional.

El HOMI les concedió pensión de jubilación convencional a las demandantes y dejó de realizar cotizaciones ante el ISS. A través de oficio del 26 de febrero de 2003, la accionada les comunicó a las actoras que la pensión que otorgara el ISS tendría el carácter de compartida con la pensión que venía reconociendo el Hospital.

El ISS reconoció pensión de vejez a las demandantes con un monto inferior al que venían recibiendo con la pensión convencional, motivo por el que el HOMI continuó pagando el mayor valor entre una y otra prestación.

El HOMI y Porvenir constituyeron un patrimonio autónomo de garantía, por lo que a partir de junio de 2004 Porvenir continuó pagando el mayor valor pensional.

El 6 de febrero de 2014, la demandada le ordenó a Porvenir la suspensión del pago de la mesada a las accionantes, sin tener en cuenta que la pensión tenía el carácter de compartida. (fl.6)

FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que las pensiones del art. 15 de la convención colectiva no tienen el carácter de compartidas; dicha convención no establece la obligación de continuar cotizando para los riesgos de IVM una vez reconocida la pensión de jubilación.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción, compensación, pago, carencia de fundamento fáctico y legal de las pretensiones de la demanda, falta de legitimidad en la causa para de las actoras. (fl.201)

La demanda fue reformada en el sentido de adicionar hechos y aportar nuevas pruebas. (fl.224).

Por auto del 26 de abril de 2021, se tuvo por no contestada la reforma de la demanda. (fl.233).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de septiembre de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declaró demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Condenó en costas a la parte actora. (fl.249)

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal:

DEMANDANTE: **i)** la pensión de jubilación convencional reconocida a las demandantes tiene el carácter de compartida, por ello el Hospital demandada deberá continuar pagando el mayor valor existente entre la misma y la pensión reconocida por Colpensiones, **ii)** debe efectuarse el ajuste o incremento pensional establecido en el art. 17 de la Convención Colectiva.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si la pensión convencional de jubilación reconocida a las demandantes tiene el carácter de compartida; en caso afirmativo, **ii)** establecer si la Fundación demandada debe continuar pagando el mayor valor entre dicha prestación y la pensión de vejez reconocida por el ISS; aunado a que se **iii)** estudiará si procede el incremento pensional establecido en el art. 17 de la convención colectiva de trabajo.

Pruebas relevantes

Carmen Beatriz Hernández

- A folio 42, cédula de ciudadanía que acredita que nació el 28 de septiembre de 1938.
- A folio 43, liquidación del contrato de la señora Carmen Hernández.
- A folio 44, carta de terminación del contrato y reconocimiento de pensión convencional de jubilación.
- A folio 45, 46 y 49, certificación laboral.
- A folio 47, oficio de fecha 27 de febrero de 2014 mediante el cual la accionada le comunica a la atora la suspensión del pago de la pensión.
- A folio 48, oficio de fecha 26 de marzo de 2013 en donde la accionada le comunica a la atora la suspensión del pago de la pensión.
- A folio 50 a 58, historial laboral en Colpensiones.
- A folio 59, resolución 010039 de 2005 a través de la cual el ISS reconoce pensión de vejez a partir de 5 de enero de 2000.
- A folio 60, resolución SUB 117616 de 30 de abril de 2018 por medio de la cual Colpensiones niega la reliquidación de la pensión de vejez.
- A folio 64, respuesta dada por Porvenir el 13 de mayo de 2015.
- A folio 66, certificación de pago de mesada pensional realizado por el Patrimonio Autónomo del Hospital la Misericordia.
- A folio 68 a 82, comprobantes de pago de pensión.

Marina Cuesta de Céspedes

- A folio 83, cédula de ciudadanía que acredita que nació el 2 de junio de 1945.
- A folio 84, liquidación del contrato.
- A folio 85, carta de terminación del contrato y reconocimiento de pensión convencional de jubilación.
- A folio 86, 87 y 90, certificación laboral.
- A folio 88, comunicación del Hospital dirigida a la actora el 21 de julio de 2014.
- A folio 89, respuesta dada por la demandada el 3 de abril de 2014 a la actora.
- A folio 91 a 100, historial laboral en Colpensiones.

- A folio 101, resolución 006545 de 2005 a través de la cual el ISS reconoce pensión de vejez a partir de 2 de junio de 2000.
- A folio 102, resolución GNR 150706 de 24 de mayo de 2015 por medio de la cual Colpensiones reliquida la pensión de vejez compartida.
- A folio 106, respuesta dada por Porvenir el 13 de mayo de 2015.
- A folio 108, certificación de pago de mesada pensional realizado por el Patrimonio Autónomo del Hospital la Misericordia.
- A folio 109 y 115 a 127, comprobantes de pago de pensión.
- A folio 112, respuesta emitida por el HOMI a la actora el 6 de enero de 2017.
- A folio 113 y 113 vuelto, certificación de monto de pensión de vejez pagada a la actora por Colpensiones.

Claudina Parra

- A folio 129, cédula de ciudadanía que acredita que nació el 14 de septiembre de 1947.
- A folio 130, liquidación del contrato.
- A folio 131, carta de terminación del contrato y reconocimiento de pensión convencional de jubilación.
- A folio 132, 133 y 136, certificación laboral.
- A folio 134, comunicación emitida por el Hospital a la actora el 1 de julio de 2004 mediante la cual le indica que la pensión convencional tendrá el carácter de compartida con la reconocida por el ISS.
- A folio 135, respuesta del Hospital de fecha 3 de abril de 2014.
- A folio 137 a 147, historial laboral en Colpensiones.
- A folio 148, resolución 0028824 de 2003, a través de la cual el ISS reconoce pensión de vejez a partir de 14 de septiembre de 2002.
- A folio 149, resolución 34700 de 10 de noviembre de 2004 por medio de la cual Colpensiones reliquida la pensión de vejez.
- A folio 151, resolución GNR 274465 de 1 de agosto de 2014 por medio de la cual Colpensiones niega la reliquidación de la pensión de vejez.
- A folio 154, respuesta emitida por Porvenir el 13 de mayo de 2015.
- A folio 156, certificación de pago de mesada pensional realizado por el Patrimonio Autónomo del Hospital la Misericordia.
- A folio 161, comprobante de pago de pensión.
- A folio 167, constancia de depósito de la convención colectiva.
- A folio 167 vuelto, convención colectiva de trabajo.
- A folio 180, contrato de constitución y administración de Patrimonio Autónomo de Garantía celebrado entre el Hospital y Porvenir el 31 de mayo de 2004.
- A folio 188 a 193, otro sí al anterior contrato.

- A folio 194, comunicado de 6 de febrero de 2014 sobre suspensión de mesadas pensionales.
- A folio 228, respuesta del Hospital de fecha 10 de enero de 2017.

Caso concreto

En el presente asunto se tiene que no fue objeto de discusión que las demandantes laboraron al servicio del Hospital la Misericordia, entidad que les reconoció pensión convencional de jubilación y con posterioridad el ISS les otorgó pensión de vejez, lo anterior en las siguientes fechas:

NOMBRE	EXTREMOS LABORALES	PENSIÓN CONVENCIONAL RECONOCIDA POR HOMI	PENSIÓN VEJEZ RECONOCIDA POR ISS
Carmen Beatriz Hernández	01/02/1974 a 15/12/1996	15/12/1996 en cuantía de $342.813	05/01/2000 en cuantía de $458.724
Marina Cuesta de Céspedes	13/04/1970 a 30/06/1997	1/07/1997	02/06/2000 en cuantía de $332.400
Claudina Parra	28/02/1975 a 29/12/1997	30/12/1997	14/09/2002 en cuantía de $309.000

El Hospital la Misericordia suscribió el 31 de mayo de *2004 "CONTRATO DE CONSTITUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE PATRIMONIO AUTÓNOMO DE GARANTÍA"* con Porvenir S.A. para la administración de los recursos que destinara el Hospital para garantizar el pago de las obligaciones pensionales a su cargo a favor de empleados y exempleados a 31 de diciembre de 1993, y en virtud a ello Porvenir fue cancelando la pensión a las demandantes desde junio de 2004 y luego que les fuera reconocida la pensión de vejez a las actoras, el HOMI continuó pagando el mayor valor entre una y otra pensión hasta enero de 2014, fecha en que suspendió dicho pago en virtud a lo establecido en el art. 15 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Asociación Nacional de Trabajadores y Empleados de Hospitales, Clínicas, Consultorios y Entidades Dedicadas a Procurar la Salud de la Comunidad ANTHOC y el Hospital de la Misericordia.

El apelante señala que la accionada debe continuar pagando el mayor valor, pues desde un principio las demandantes entendieron que la pensión convencional de jubilación que les fue reconocida tenía el carácter de compartida con la otorgada por el ISS.

Al respecto se tiene que el art. 15 convencional dispone:

> ***"ARTÍCULO QUINCE: PENSIÓN A CARGO DEL HOSPITAL PERO CON SUSTITUCIÓN A CARGO DEL ISS.***
>
> *Los trabajadores que a la fecha de su afiliación al ISS, tuvieren diez (10) años pero menos de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos al HOSPITAL, tendrán derecho a la misma pensión de jubilación a que se refiere el artículo anterior pero dicha pensión será sustituida por la vejez, siempre y cuando el trabajador cumpla con los requisitos establecidos por los reglamentos respectivos del Instituto de Seguros Sociales, a partir de la fecha en que cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años de edad si es varón."*

Pues bien, en el derecho de asociación sindical se encuentra implícita la idea básica de la libertad sindical, de manera que la capacidad de organizarse se materialice fuera del radio de intervención estatal y del empleador, a través de las facultades de autoconformación y autoregulación con sujeción al orden constitucional y legal. Así, los trabajadores pueden constituir sindicatos con plena autonomía, establecer las condiciones de funcionamiento a través de sus propios estatutos, y afiliarse a ellas con la única exigencia de observar cabalmente los reglamentos.
De tal manera que las prerrogativas pactadas entre empleadores y trabajadores por encima del marco legal son permitidas y garantizadas en la Constitución Política en el artículo 55, relacionada con el derecho de negociación colectiva y materializada en la convención colectiva, conforme lo dispone el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo.
En virtud de lo anterior y conforme al texto convencional objeto de estudio, se evidencia que las partes decidieron otorgar el carácter de **transitorio** al pago de las pensiones de jubilación hasta tanto el ISS realizara el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Y es precisamente que el carácter transitorio de tal prestación se hace evidente por cuanto de la lectura del artículo 15 de la convención colectiva se establece que la pensión convencional será sustituida por la de vejez, verbo que significa *"Poner una cosa o a una persona en el lugar o puesto de otra"*, es decir, en este caso, la pensión de vejez reconocida por el ISS sustituye o reemplaza la pensión convencional.

Ahora respecto del argumento del apelante frente a que la pensión convencional debe ser compartida con la que reconoció el ISS a las

demandantes, la Sala debe indicar que como la pensión reconocida por la convocada a juicio fue pactada por las partes con un carácter transitorio, no existe sustento legal para que pueda predicarse la compartibilidad pensional, pues precisamente tal prestación deja de pagarse una vez la entidad correspondiente incorpore en nómina al trabajador, esto es, cuando se hayan acreditado los requisitos para acceder a la pensión legal de vejez.
Con relación al tema la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral se pronunció en sentencia 53515de 16 de octubre de dos mil 2019 en un caso similar a este, analizó el artículo convencional aquí debatido e indicó lo siguiente:

"Por eso, para la Sala, lo que realmente denota la palabra sustitución de la citada cláusula convencional, es la intención de las partes de someter el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, a lo que la sala ha denominado, una condición resolutoria, en tanto, restringió su pago a la concesión de la de vejez, siempre y cuando, el afiliado obtuviera los requisitos mínimos de los reglamentos del ISS, es decir, que su objetivo no era otro que el de proveer un beneficio pensional temporal a cargo del empleador, esto es, desde el cumplimiento de la edad acordada y hasta que el ISS concediera la pensión legal de vejez, independientemente de si el Hospital había continuado o no cotizando para ello, en tanto lo que se buscaba era evitar que el trabajador quedara totalmente desprovisto de ingresos pensionales.
Por tanto, al entender que la pensión jubilación acordada en el artículo 15 de la convención está sometida a una condición resolutoria, queda excluida la procedencia de la compartibilidad o compatibilidad pensional avalada por el juez de primera instancia, pues, como se indicó, ambas prestaciones no concurren en el tiempo. En torno al tema de pensiones convencionales temporales o sometidas a condición resolutoria y a la inviabilidad de la compatibilidad o compartibilidad para las mismas, esta Sala en sentencia SL594-2018, al estudiar un asunto de similares contornos

(...)

Bajo el criterio indicado, refulge que el a quo erró al considerar que la pensión convencional otorgada por el Hospital la Misericordia era vitalicia y tenía el carácter de compartible o compatible con la de vejez, pues por el contrario, ante la inexistencia de una obligación expresa en la continuidad en el pago de aportes a cargo del Hospital, forzoso era entender que la prestación convencional tenía carácter temporal y su extinción estaba sujeta al reconocimiento de la de vejez del ISS, lo que descartaba a aplicación de figuras como la compartibilidad o compatibilidad."

Así las cosas y contrario a lo señalado por el apelante, no es posible condenar al Hospital que continúe pagando el mayor valor de una prestación que no le corresponde cancelar, en la medida que tal obligación cesó en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez a las demandantes.

Ahora, no desconoce la Sala que el Hospital erró al pagar un mayor valor luego que el ISS reconociera la pensión de vejez a cada una de las actoras, pues como el mismo Patrimonio Autónomo lo certifica en las documentales adosadas al plenario y lo aceptaron las partes, la accionada pagó un mayor valor hasta enero de 2014, cuando en realidad no tenía esa obligación y por el contrario correspondía dejar de pagar suma alguna desde el momento en que la Administradora de Pensiones reconoció la prestación legal a las demandantes, es decir a la señora Carmen Hernández en enero de 2000, a la señora Marina Cuesta en junio de 2000 y a la señora Claudina Parra en septiembre de 2002.

Dicho error no genera un derecho a la compartibilidad pensional a favor de las demandantes y en consecuencia hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

Finalmente, en relación con el incremento establecido en el art. 17 de la convención colectiva de trabajo se tiene que dicho precepto establece:

> ***"ARTÍCULO DIECISIETE: REAJUSTE DE PENSION Y PRIMA DE NAVIDAD.***
>
> *El HOSPITAL dará aplicación a las normas sobre el aumento de pensiones a que se refiere la Ley 71 de 1988, e igualmente pagará a sus pensionados la Prima Anual de Navidad establecida por la Ley."*

A su vez, el art. 1° de la Ley 71 de 1988 dispone:

> *"**Artículo 1.-** Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.*

Sin embargo, la disposición anterior fue subrogada por el art. 14 de la Ley 100 de 1993 que indica:

> ***"ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES.*** *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o*

sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Indice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

Por lo anterior, no es posible dar aplicación a la cláusula convencional pues como se indicó la norma que debe aplicarse en cuanto reajuste de pensiones es la vigente, es decir el art. 14 de la Ley 100 de 1993; al efecto puede consultarse la sentencia SL3865 de 2021, máxime cuando la entidad encargada de la pensión de vejez no está sometida a la convención colectiva pactada por las partes.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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 27 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MAGNOLIA ARDILA RUIZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2019 00001 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero (1) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge supérstite del afiliado Samuel Humberto Zamora Pinzón (q.e.p.d), para que como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar las mesadas pensionales a partir del 6 de octubre de 2016, junto con el pago de los intereses moratorios, la indexación, las costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita.(f° 7 archivo 01)

Como sustento de sus pretensiones, indicó que: inició una relación amorosa con el señor Samuel Humberto Zamora Pinzón (q.e.p.d) en noviembre de 2010, iniciando vida en pareja a partir de febrero de 2011 y contrayendo nupcias el 15 de octubre de 2011; que el afiliado falleció el 5 de octubre de

2016; y que el 5 de diciembre de ese mismo año solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, petición que le fue negada mediante la resolución GNR 29813 del 25 de enero de 2017, al sostener que solamente logró acreditar 4.97 años de convivencia, decisión que fue confirmada en sede reposición y de apelación (f.° 3-4 archivo 01)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que la demandante no cumple con el requisito mínimo de convivencia exigido por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, en razón a que solamente acreditó 4 años 11 meses y 10 días de convivencia con el causante.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó como prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC no de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios no indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (f° 53-40).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 20 de octubre de 2021, absolvió a Colpensiones de todas las súplicas de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación con sustento en que la parte demandante acreditó el requisito de convivencia.

ALEGACIONES

Se reconoce personería para actuar a la Dra ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la c de c n.° 37.627.008 y T.P 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de Colpensiones en los términos del poder conferido.

La apoderada de Colpensiones presentó alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Elementos de prueba relevantes

- A folio 16, obra registro civil de matrimonio que da cuenta que la pareja contrajo nupcias el 15 de octubre de 2011.
- A folio 17, registro civil de defunción que informa que el afiliado falleció el 5 de octubre de 2016.
- A folios 18-24, 33-38 y 40- 44 resoluciones GNR 29819 del 25 de enero de 2017, SUB 540 del 4 de marzo de 2017 y DIR 4065 del 25 de abril de 2017, respectivamente por medio de las cuales Colpensiones niega la pensión de sobreviviente y confirma su decisión en sede de reposición y apelación.
- Carpeta expediente administrativo del causante.
- Interrogatorio de parte a la demandante y testimonio de MIGUEL ANGEL MENDOZA.

Caso concreto:

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446 y como en el caso bajo examen el afiliado falleció el 5 de octubre de 2016, la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

En el presente caso no es objeto de discusión que el señor Samuel Humberto Zamora Pinzón (q.e.p.d.) dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por cuanto cotizó más de cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, así se establece del análisis realizado a la historia laboral que fue incorporada por Colpensiones y que milita en el expediente administrativo; tampoco es objeto de disenso que el afiliado contrajo matrimonio con la demandante el día 15 de octubre de 2011 (f.° 16) y que convivían al momento del fallecimiento. La discusión se centra en que la demandada considera que la señora Ardila Ruiz no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes porque no probó la convivencia por cinco años anteriores a la fecha de fallecimiento del afiliado, dado que solo se tienen acreditados un total de 4.97 años.

En ese orden de ideas, procede la Sala a revisar el material probatorio

Se recibió *el interrogatorio de la demandante* quien en síntesis manifestó que conoció a su esposo el 4 de junio de 2010 porque pertenecían a la misma organización religiosa, comenzaron una amistad y luego en noviembre de ese año se volvieron novios y en enero o febrero de 2011 formalizaron su relación ante sus amigos, indicó que desde que el momento en que se ennoviaron ya eran una pareja estable y tenían una relación seria, era la "antesala del matrimonio"; precisó que su convivencia con el señor Samuel comenzó el 15 de octubre de 2011 día en que se casaron, cuando ella se fue a vivir a la casa de él y se mantuvo hasta el 5 de octubre de 2016 calenda en la que aquel falleció.

También se escuchó el testimonio de *Miguel Ángel Mendoza,* quien indicó que conoce a la demandante desde el año 2011 porque pertenecen a la misma congregación y tiene conocimiento que se encontraba casada con el señor Samuel quien daba conferencias de tipo espiritual en su culto, afirmó que la pareja vivía en la calle 70 arriba de la 4° o 5° y que visitó esa vivienda, además, le consta que el vínculo entre ellos estuvo vigente hasta el día en que el señor Samuel Humberto Zamora Pinzón falleció el 5 de octubre de 2016, por un cáncer.

Como prueba documental se incorporó a las diligencias, la declaración juramentada extra juicio de la demandante quien manifestó que contrajo matrimonio con el afiliado el 15 de octubre de 2011, con quien convivió de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo lecho, techo y mesa hasta el día 5 de octubre de 2016, cuando falleció; también reposan las declaraciones de *Jaime Armando Garavito Burgos y Miguel Ángel Mendoza* quienes informaron que conocieron a la pareja y que por ese conocimiento saben que Samuel contrajo matrimonio con la demandante y que convivieron desde el 15 de octubre de 2011 hasta el día del fallecimiento de aquel el 5 de octubre de 2016, que la pareja compartió mesa, lecho, techo y mesa y no procrearon hijos.

Igualmente, la instrumental de folio 16 del archivo digital 01 informa que la demandante contrajo nupcias con el causante el 15 de octubre de 2011, sin que se haya efectuado separación de cuerpos, ni liquidación de la sociedad conyugal o se haya efectuado la cesación de los efectos matrimoniales, lo que permite colegir que la pareja mantuvo su vínculo matrimonial desde esa calenda hasta el 5 de octubre de 2016 data en la que falleció el señor Zamora Pinzón.

Del análisis de la prueba documental y del interrogatorio de parte, bajo el criterio de la sana crítica, se puede establecer, tal y como advirtiera Colpensiones, que la demandante aun cuando acreditó la calidad de cónyuge supérstite del señor Samuel Humberto, no logró demostrar que dicha convivencia se extendiera por espacio de cinco años cumplidos en cualquier época, en la medida que de la confesión emanada por la actora se tiene por probado que la misma inició el día en que la pareja contrajo nupcias, esto es, el 15 de octubre de 2011 y finalizó el 5 de octubre de 2016 cuando el señor Zamora fallece, para un total de 4 años, 11 meses y 20 días.

En este punto, cabe anotar que el tiempo en que la pareja sostuvo su relación de noviazgo no puede generar los efectos de una real convivencia, toda vez que, es precisamente a partir de este presupuesto que se generan los deberes jurídicos de solidaridad y socorro mutuo, sumado a que, en todo caso, con los medios probatorios recaudados no es posible evidenciar en dicho interregno las implicaciones propias de la misma, en tanto que la prueba documental nada refiere al respecto, y la declaración del señor *Miguel Ángel Mendoza* solo da cuenta de su cercanía con la pareja una vez contrajeron nupcias.

No obstante lo anterior, la Sala no puede pasar por alto que i) en este caso estamos en presencia de una convivencia única y singular, ii) el vínculo matrimonial y sus efectos se mantuvieron vigentes hasta el fallecimiento del señor Samuel Humberto, iii) la convivencia de la pareja se mantuvo por espacio, de 4 años, 11 meses y 20 días, o 4.97 años, como indicó Colpensiones en sus actos administrativos, de manera que dando aplicación a la posibilidad prevista en la jurisprudencia en punto de aproximación de tiempos al decimal superior a 0.5, por razón de justicia y equidad para evitar que la familia quede desprotegida, se tendrá en este especialísimo caso que la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, porque lo que restaría sería 0,03 para cumplir con el requisito de cinco años de convivencia (Sentencia SL526-2021, rad. 77514, reitera sentencias CSJ SL, 26 oct. 2010, rad. 37500, reiterada en la CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 42029).

En ese orden de ideas, se condenará a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante a partir del 5 de octubre de 2016, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente para esa anualidad, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la excepción de *prescripción* propuesta por la pasiva, la misma no tiene vocación de prosperidad en la medida que la demanda se presentó

el 11 de enero de 2019 (f.° 2), es decir, dentro de los tres años subsiguientes al fallecimiento del afiliado que lo fue el 5 de octubre de 2016 (f.° 17).

Realizadas las operaciones matemáticas del caso, se obtiene un retroactivo al 31 de diciembre de 2021 de $56.400.140,80

Igualmente, se *autorizará* a la demandada para que realice los descuentos para el sistema de seguridad social integral en salud, en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los artículos 204 y 157 de la Ley 100 de 1993, aunado a que sus contribuciones permiten financiar dicho régimen.

No se accederá a los *intereses moratorios* dado que estos son improcedentes cuando la entidad se ajustó a las normas vigentes, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la moderación de la aplicación de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993. (Sentencia SL-787-2013 con radicación 43602, reiterada en las sentencias emitidas en los procesos 44526, 44454, y 45312), en la medida que el reconocimiento que se realiza en esta instancia es por aplicación de la jurisprudencia.

En ese orden de ideas, no procede el pago de intereses moratorios, por lo que se ordenara que las sumas del retroactivo sean indexadas a la fecha del pago.

Bajo las anteriores consideraciones se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar, ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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 20 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero (1) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora MAGNOLIA ARDILA RUIZ identificada con C de C No 63.451.562 la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de SAMUEL HUMBERTO

ZAMORA PINZON (q.e.p.d), a partir del 5 de octubre de 2016, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente y por 13 mesadas pensionales al año, cuyo retroactivo al 31 de diciembre de 2021 asciende a $56.400.140,80

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

TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a realizar los descuentos para el sistema integral de salud, por las razones expuestas.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

000000

22 JAN 34 AM 10: 38

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUIS JOAQUIN GOMEZ
DEMANDADO: BANCO DE LA REPUBLICA
RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2019 00285 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que el Banco de la Republica debe reconocer y liquidar la pensión de sobrevivientes desde la fecha de fallecimiento de su cónyuge Fidelina Rivas Correa, para que, como consecuencia de ello, se condene al Banco a la indexación e intereses moratorios, al igual que lo ultra y extra petita y las costas del proceso. (f° 151)

Como sustento de sus pretensiones, indicó que contrajo matrimonio civil con la señora Fidelina del Socorro Rivas Correa el 26 de junio de 1987, quien falleció el 27 de mayo de 2016; que solicitó ante el Banco de la República la pensión de sobrevivientes el 5 de marzo de 2018; que mediante oficio DSGH-06181 de 04 de abril de 2018, la demandada se abstuvo de reconocer el derecho bajo el argumento de que existen sendas declaraciones

extrajuicio y un testamento de la causante donde manifestó no haberse casado; expuso que el 22 de noviembre de 2018 solicitó ante el Banco de la Republica las copias de las declaraciones obrantes dentro del expediente debido a que varias de las personas que rindieron extrajuicio ya se encontraban fallecidas para la fecha en que se realizaron dichas declaraciones; finalmente, señaló que el Banco de la Republica mediante radicado DSGH-23084 del 04 de diciembre de 2018 negó la petición y manifestó que la justicia ordinaria laboral debía resolver la controversia. (f.° 151-152)

EL BANCO DE LA REPUBLICA contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que el demandante no acreditó en debida forma y de manera contundente la calidad de beneficiario del derecho a la sustitución pensional de la causante.

Presentó como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, carencia del derecho, prescripción, falta de causa y cobro de lo debido, genérica. (f° 168-178)

OTRAS ACTUACIONES

Mediante auto del 25 de septiembre de 2020, se ordenó integrar como litisconsorcio necesario a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. (f.° 249)

Colpensiones contestó la demanda señalando que no es posible acceder a lo pretendido, en razón a que ni las pretensiones ni los hechos están dirigidos en su contra, razón por la cual no se le puede endilgar responsabilidad alguna.

Presentó como excepciones las que denominó prescripción, pago, falta de legitimación en la causa, innominada o genérica. (archivo 001 f°. 3-4)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 15 de septiembre de 2021, declaró probadas las excepciones denominadas, inexistencia de la obligación pretendida, carencia del derecho y cobro de lo no debido planteadas por el Banco de la República, y falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por Colpensiones; condenó en costas a la parte demandante y fijó como agencias en derecho la suma de un SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante dentro de la oportunidad procesal correspondiente interpuso recurso de apelación con sustento en que el demandante acreditó el requisito de convivencia, sumado a que la sociedad conyugal que conformó con su cónyuge no se encontraba disuelta para el momento del fallecimiento de aquella.

ALEGACIONES

Los apoderados de Colpensiones y de la parte demandante presentaron alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante acreditó los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Elementos de prueba relevantes

- A folio 2, registro civil de matrimonio.
- A folio 4, registro civil de defunción de la señora Fidelina del Socorro Rivas Correa que da cuenta que falleció el 27 de mayo de 2016.
- A folio 6, declaración extraproceso No. 1753 rendida por el demandante.
- A folio 9, declaración rendida por Luz Stella Ureña Sanchez.
- A folio 8, acta de declaración con fines extraprocesales No. 1160
- A folio 150, respuesta proferida por el Banco de la Republica mediante la cual niega la prestación al demandante.
- A folio 189 a 191, declaraciones extrapoceso.
- A folios 192-197, testamento abierto de Fidelina del Socorro Rivas Correa- escritura No. 1226
- A folios 230-231, memorando DSGH-0154 del 04 de abril de 2018
- A folio 232, respuesta del Banco de la Republica bajo el Oficio DSGH-06181.
- A folio 247, resolución 007787 del 16 de agosto de 1995, por medio de la cual el otrora ISS reconoce una pensión de vejez a la señora Fidelina Rivas.
- Expediente administrativo

Caso concreto:

No fue objeto de controversia que la señora Fidelina del Socorro Rivas Correa (q.e.p.d) se encontraba pensionada por el Banco demandado, prestación de carácter compartida con la pensión de vejez que el otrora ISS reconoció mediante resolución n.° 7787 del 1 de agosto de 1995. (f.° 247)

En otro giro, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446, y como en el caso bajo examen la pensionada falleció el *27 de mayo de 2016*, la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

Se tiene entonces, que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, al cónyuge o compañera permanente del *pensionado*, quienes deberán acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su óbito (sentencia CSJ SL1730-2020), sin embargo, esa Corporación morigeró tal postura frente a la cónyuge en el sentido de indicar que mientras estén separados de hecho, a éste le corresponde demostrar que hizo vida en común con el causante durante por lo menos 5 años en cualquier tiempo (sentencia48729 del 12 de agosto de 2014).

Bajo ese escenario, conviene rememorar lo explicado por la Corte Suprema de Justicia, en punto de la convivencia singular del causante con el cónyuge: *En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto"*

Más adelante dijo "*(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.* (Radicación 45779 del 25 de abril 2018, -SL1399-2018)

No obstante, lo anterior, y aun cuando el cónyuge separado de hecho, puede acreditar los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, también lo es, que debe acreditar "*que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo, de comunicación, solidaridad y ayuda mutua con*

éste, que permitiera considerar que los lazos familiares siguieron vigentes" (SL12886-2017, Radicación n.° 52758 del 23 de agosto de 2017)

En ese orden de ideas, la Sala revisará el material probatorio con el objetivo de resolver el problema jurídico planteado.

El *demandante en su interrogatorio de parte*, en síntesis, señaló que: convivió con su esposa en el barrio la floresta de Bogotá desde el año 1970 hasta más o menos el año 2004, que para el momento del fallecimiento de su cónyuge vivía solo, pero se comunicaba todos los días con Fidelina, incluso habló con ella el día antes de su fallecimiento; agregó que la visitaba a escondidas porque la familia no gustaba de él, señaló que la visitaba en Santa Marta cuando sus recursos económicos y estado de salud se lo permitían, podía ser cada 4 o 6 meses; que para el momento en que la pensionada falleció no vivía con aquella, tampoco asistió al sepelio debido a los problemas que tenía con la familia, finalmente, anotó que nunca se separó de su esposa pero desde hacía como 10 o 12 años que no convivía con ella bajo el mismo techo.

El registro civil de matrimonio que reposa en el expediente informa que el demandante contrajo nupcias con la causante el 26 de junio de 1987 (f.°226), en Venezuela- Estado Tachira – Pedro María Ureña y que dicho acto se inscribió el 1 de febrero de 2018, sin que se observe o se tenga noticia que se haya efectuado liquidación de la sociedad conyugal o se haya efectuado la cesación de los efectos matrimoniales.

A folios 6, milita declaración *extra juicio rendida por el actor* quien manifestó que se encontraba casado y conviviendo con la pensionada; que dicha convivencia fue permanente e ininterrumpida desde el 26 de junio de 1987, fecha de su matrimonio, hasta el día del fallecimiento de aquella acaecido el 27 de mayo de 2016.

También reposa la declaración extra juicio de *Luz Stella Urueña Sánchez* quien señaló constarle que la señora Fidelina Rivas se encontraba casada con el demandante con quien convivió bajo el mismo techo desde el año en que se casaron, aproximadamente en el año 1987, hasta el 27 de mayo de 2016, día en que falleció.

Es de anotar, que a la declaración rendida por la señora *Omaira Stella Bernal Domínguez* (f.° 7) no podrá otorgársele mérito probatorio por adolecer de la firma de la persona que presuntamente la rindió.

Obra a folio 189, declaración extra proceso del señor *Paul Cristian de Jesús Correa* Silva quien indicó que la pensionada tuvo una "presunta unión" con el demandante "por escasos cuatro (4) años", que éste nunca la visitó, ni la acompañó en acto social o familiar alguno, ni en su enfermedad ni en el fallecimiento.

Versión que guarda similitud con lo expuesto por el deponente en el curso de la primera instancia cuando, además, relató que: la pensionada vivió en 2 ciudades, primero en la ciudad de Bogotá, con el demandante por un espacio muy corto, y luego en Santa Marta desde el año 1996; agregó que el señor Luis Joaquín nunca fue a esa ciudad a visitar a la causante, que Fidelina tampoco le comentó que mantuviera una relación con el actor, que el demandante ni acompañó ni le prestó ayuda a la pensionada en el transcurso de su enfermedad ni en sus últimos años de vida, finalmente, precisó que Fidelina estuvo al cuidado de la señora Stella quien fue la persona que la acompañó en su proceso cronológico de vejez.

Igualmente, obra la declaración extra proceso rendida por *Stella Cárdenas Castillo* quien manifestó que conoció a la señora Rivas Correa por espacio de 20 años porque trabajó para ella y su familia en calidad de enfermera, y que durante ese interregno la conoció como soltera, sin unión marital de hecho vigente, ni matrimonial. (f.° 190)

En sede judicial la señora Cárdenas además de lo ya expuesto señaló que no conoció al demandante, que la pensionada alguna vez le comentó que tuvo una relación con Luis Joaquín, que se casaron y que convivieron muy poquito porque el matrimonio no funcionó, que fue la persona, junto con otros familiares, quienes acompañaron a Fidelina en su enfermedad, agregó que el actor llamó dos veces a la señora Rivas cuando estuvo enferma y hospitalizada.

Finalmente, reposa la declaración rendida por *Nelson Aníbal Rivas Correa*, hermano de la pensionada, quien precisó que Fidelina "presuntamente" se casó en Venezuela con el demandante y que dicha unión duró aproximadamente 4 años, que durante el tiempo que su hermana vivió en Santa Marta el señor Luis Joaquín Gómez nunca la visitó, ni acompañó a reunión de tipo social o familiar, tampoco en su enfermedad y posterior fallecimiento.

Así las cosas y de lo relacionado en precedencia se puede establecer que el demandante si bien acreditó la calidad de cónyuge supérstite de la señora Fidelina del Socorro Rivas Correa (q.e.p.d), no se tiene certeza sobre la convivencia por los cinco años en cualquier tiempo que señala la

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por las siguientes razones:

i) La declaración extra juicio rendida por la señora *Luz Stella Urueña Sánchez* riñe abiertamente con lo expuesto por el demandante en su interrogatorio de parte, quien señaló que desde hacía como 10 o 12 años que no convivía con su cónyuge bajo el mismo techo, por manera que su dicho pierde toda fuerza probatoria.

ii) Como ya se indicara precedentemente, la declaración rendida por la señora *Omaira Stella Bernal Domínguez* (f.° 7) tampoco cuenta con mérito probatorio por adolecer de la firma de la persona que presuntamente la rindió, pero si se pasara por alto esa situación, es de anotar que lo allí expuesto tampoco coincide con el dicho del demandante, en tanto la declarante señala que la convivencia de la pareja inició en el año 1960 y se mantuvo hasta el año del fallecimiento de la pensionada, sin embargo, probado está que la señora Fidelina y el señor Luis Joaquín solamente contrajeron nupcias hasta el año 1987 y tampoco hacían vida en común para el momento del fallecimiento de la pensionada.

iii) La parte actora no procuró la comparecencia de los testigos decretados a su favor con los cuales hubiese podido ilustrar a la Sala, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las que se desarrolló la convivencia con la pensionada, siendo del caso precisar, que lo expuesto por el demandante en el interrogatorio de parte, no resulta suficiente para acreditar el requisito analizado, sumado a que su propio dicho contradice igualmente, lo manifestado en la declaración extra juicio que milita a folio 6 de las diligencias, en cuanto se sostiene que convivió con su esposa de manera permanente e ininterrumpida hasta el día de su fallecimiento.

iv) El demandante tampoco logró demostrar en el curso del proceso las obligaciones generadas por el vínculo jurídico del matrimonio; en los términos del artículo 176 del Código Civil, esto es, el cumplimiento de las obligaciones a guardase fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida entre la cónyuge y el causante, tal y como dispone la jurisprudencia citada en esta sentencia.

Ello es así, en cuanto quedó acreditado que el actor no estuvo presente ni durante la enfermedad ni al momento del fallecimiento de su esposa, y si bien no se desconoce que el señor demandante manifestó que no era bien recibido por parte de la familia de la señora Fidelina, es de anotar, que esa afirmación no logró ser acreditada en el curso de la primera instancia.

Con todo, vale la pena aclarar, que la pensión tiene como objeto suplir las necesidades del núcleo familiar, sin que en este caso se logre advertir como el deceso de la señora Rivas hubiese afectado las condiciones socio económicas del actor.

De otro lado, importa anotar que lo expuesto por los señores Paul Cristian de Jesús Correa Silva y Stella Cárdenas Castillo, tanto en sus declaraciones extra juicio y como en sus testimonios, le permite a la Sala corroborar que, en efecto, el demandante no convivía con su cónyuge para el momento de su deceso, que a lo sumo la pareja convivió cuatro años, y que si en gracia de discusión, se aceptase que entre la pareja pudo haber existido algún tipo de comunicación o contacto telefónico, esa situación no resulta suficiente como para considerar que los lazos familiares entre los esponsales seguían vigentes.

En ese orden de ideas, se considera que la decisión de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, en razón a que no se acreditaron los requisitos exigidos por la jurisprudencia para el que demandante accediera a la pensión de sobrevivientes, por lo que se procederá a confirmar la misma.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por no haberse causado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

22 JAN 34 AM 10:36

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JAIME EDUARDO LAVERDE TARQUINO
DEMANDADO: CORPORACIÓN DE FERIAS Y EXPOSICIONES S.A. CORFERIAS
RADICADO: 11001 31 05 002 2018 00728 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el Mayo 2 de 2014 al 26 de diciembre de 2017 con **CORFERIAS**, cuyo último salario fue de Cuatro Millones Trescientos Mil Pesos ($4.300.000.o), y, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de vacaciones, prima de servicios, cesantías e intereses, indemnización moratoria, indemnización por despido injusto, sanción moratoria, aportes a la seguridad social, indexación, costas y agencias de derecho y lo ultra y extra petita.

Como sustentó de sus pretensiones, indicó que celebró varios contratos de prestación de servicios con la demandada, con las características de prestación personal de servicios, subordinación y remuneración; la

actividad laboral que ejerció fue la de apoyo profesional para la realización de la Feria Expoartesanías a CORFERIAS; realizaba las labores inherentes al objeto social de la entidad demandada; pactó entre las cláusulas el conocimiento, aceptación y cumplimiento del documento "Código de Ética y Buen Gobierno" de la Corporación CORFERIAS, cuyo incumplimiento generaba la aplicación de la causal de cancelación unilateral del contrato; para el desempeño de la labor se le asignó puesto de trabajo físico, dotado de equipo de cómputo dependiente del servidor web oficial, cuenta e-mail con usuario corporativo, software, línea telefónica fija derivada del conmutador corporativo, todo de propiedad de CORFERIAS; debía reportar todos los días a CORFERIAS las actividades realizadas porque se utilizan las herramientas de trabajo pertenecientes a la demandada. Fue despedido sin justa causa y no se le pagó las prestaciones e indemnizaciones a que tenía derecho.

La parte demandada en el escrito de contestación de la demanda se opuso a las pretensiones porque lo suscrito con el demandante fue varios contratos de servicios totalmente diferentes e independientes entre sí, que estuvieron desprovistos de subordinación de naturaleza laboral, y en calidad de contratista independiente el actor realizó los pagos a la seguridad social como lo exige la Ley; presentó las excepciones de cosa juzgada, falta de causa, inexistencia de contrato de trabajo entre las partes, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación y pago; prescripción y buena fe.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia el 20 de agosto de 2021, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, condenó en costas a la parte demandante y fijó como agencias en derecho la suma de $100.000=.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta que la parte actora no presentó recurso contra la sentencia que le fue adversa se surte el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo y, en caso afirmativo, si hay lugar a condenar el pago de las pretensiones consecuenciales.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

- Archivo 03 expediente. Se encuentra contratos de prestación de servicios, extractos de cuentas de ahorro, certificados de retención en la fuente, acta de liquidación de contrato, certificación de contratos, Estatutos de Corferias, Código de Ética y Buen Gobierno, pólizas de seguro de cumplimiento, planilla de liquidación de aportes y cuentas de cobro.

Caso concreto

El Código Sustantivo del Trabajo consagra en los artículos 23 y 24 los requisitos del contrato de trabajo y la presunción legal de la subordinación cuando se presta de manera personal el servicio, de tal manera que una vez acreditada la prestación personal de un servicio, nace a favor de quien lo ejecuta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, beneficio que surge como una ventaja probatoria a favor de la parte activa quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa, y cuya contradicción es de resorte de la parte llamada a juicio a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal.

En ese orden de ideas y con el objetivo de resolver el recurso de apelación, se estudiará el material probatorio recaudado en el curso de la primera instancia de la siguiente manera:

Respecto de la prestación personal del servicio, se encuentra acreditada y aceptada por la parte demandada, dado que efectivamente el demandante fue contratado por la sociedad demandada para apoyar técnicamente las actividades relacionadas con producto, exhibición, geografía ferial y logística pre-feria y feria según los procesos establecidos y demás actividades que demanda la organización de la feria EXPOARTESANÍAS durante los años 2014 a 2017 de manera interrumpida a través de varios contratos de prestación de servicios. Situación que se corrobora con la confesión de la parte demandada al respecto y los testimonios recibidos en la primera instancia.

Por lo anterior, se activa la presunción de subordinación consagrada en el

artículo 24 del CST, y, en consecuencia, le corresponde a la parte demandada desvirtuar dicha presunción, y para descartar el elemento esencial de la subordinación, le incumbe a quien ha sido señalado como empleador probar que, no obstante tratarse de un servicio personal, no fue continuado sino instantáneo, o que no fue subordinado o dependiente sino autónomo, modalidades que pueden conducir a la determinación de la existencia de una relación jurídica de contenido ajeno al derecho del trabajo.

Esa presunción ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia, en sentencia SL6621-2017 radicación No. 49346:

"...el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma."

Del interrogatorio de la parte demandada no se deduce confesión a favor de la parte demandante, esto es, que la actividad haya sido en los términos señalados por el demandante, máxime si se tiene en cuenta que no desempeñó un cargo en la estructura empresarial de la demandada.

Del interrogatorio de la parte demandante se encuentra confesión primero sobre la falta de prestación de servicios en los lapsos temporales comprendidos entre la finalización de un contrato y la suscripción del siguiente contrato; segundo, que tenía entre las actividades a cargo la atención a los expositores artesanales; tercero, que no se encontraba sujeto al cumplimiento del reglamento interno de la entidad; cuarto, que no fue objeto del poder disciplinario de la entidad en la medida en que manifestó que nunca lo citaron para adelantar alguna ceremonia de descargos ni se le impuso sanción disciplinaria; quinto, que las actividades contratadas estaban atadas a un plan de trabajo y si no las ejecutaba se retrasaba el proyecto; sexto, que no se le impuso horario laboral; séptimo, que si no se presentaba al sitio se retrasaba el proyecto, pero nunca sucedió que le llamaran la atención; octavo, que nunca le suministraron carné, ni uniforme de la entidad.

El testimonio de **Maritza Torres**, en síntesis, señaló que trabajó con el demandante en el año 2016, que todos ingresaban en la mañana y cumplían horario hasta la tarde, pero no vio que alguna persona le indicara sobre el

cumplimiento de horario al demandante, que no está segura de que los elementos de trabajo fueran de propiedad de la demandada, no sabe si el demandante debía pedir permiso para retirarse del sitio, no sabe la remuneración del demandante ni sobre la afiliación a la seguridad social, no sabe si la ejecución del trabajo podía ser delegada a otra persona, no sabe si le llamaron la atención al demandante, ni le consta que le hayan entregado reglamento interno de trabajo. Adicionó que el demandante llenaba los formularios de inscripción de artesanos, hacía las evaluaciones para la asignación de los espacios de la feria, y que las ordenes se relacionaba con la organización de los pabellones como el seguimiento a los artesanos, los inconvenientes o seguimientos que pudiera representar los temas de adjudicación de espacios y demás.

El testimonio de **Paola Junco** indica que el demandante era uno de los diseñadores de la curaduría principal de dos de los pabellones de la feria que manejaban, era el encargado de la curaduría, también tenía a cargo la supervisión de los montajes y asignación de áreas de los participantes, no sabe si podía delegar el trabajo, ni tampoco sobre el pago a la seguridad social, ni que debía pedir permiso para ausentarse, no conoció el tipo de contrato del demandante, ni tampoco que alguien le hubiera manifestado instrucciones de cumplir el horario. Explicó la función del demandante como curador, de evaluación que se hacía respecto de los potenciales artesanos participantes al evento que podía ser una decisión del comité o del demandante.

El testimonio de **Marta Marisol Suarez** indica que la preparación de la feria empieza más o menos a partir de marzo o abril, meses en que los artesanos manifiestan su interés de participar en la feria, es un grupo importante en el cual se tiene que seleccionar los productos y artesanos y se tiene el acompañamiento y seguimiento que lo hacen directamente los diseñadores con artesanías, es una única feria que se realiza en diciembre, mes en el que finaliza todo el proceso.

El testimonio de **Laura Patricia Silva Uribe** señala que es la persona que lidera el proyecto internamente y es el nexo con el socio y CORFERIAS para llevar a cabo la feria dentro del recinto, para esta feria el socio es Artesanías de Colombia, para el proceso de selección de los artesanos se contrata una persona con profesión de diseñador con el fin de hacer la curaduría y la verificación de los productos que presentan los artesanos. La curaduría es un proceso donde se hace una revisión exhaustiva de los productos de los artesanos y se verifica que haya un cumplimiento con unos requisitos para verificar que efectivamente esos productos son una artesanía o un producto

hecho a mano. Se inicia la contratación en el mes de abril o mayo de los diseñadores hasta el mes de diciembre que es la feria, los diseñadores están atentos de las necesidades de los artesanos, es decir, conocer los productos, evaluarlos, identificarlos, clasificarlos y determinar si son idóneos, realizaba reuniones con los diseñadores cada 15 días, pero una vez al mes en fechas más lejanas a la fecha de la feria, en las reuniones no se le daban instrucciones al demandante de como hacer la curaduría porque la testigo no es conocedora del tema artesanal, los diseñadores le contaban como hacían el trabajo como hacían la selección, pero no les decía como hacer la actividad porque no estaba calificada para ello. No le solicitó al demandante ejecutar la labor en un horario determinado ni tampoco en un lugar específico. La supervisión se realizaba con los entregables y se verificaba cada mes, y el demandante cumplió con las obligaciones contractuales.

El testimonio de **ANDRES GONZALEZ** indicó que el propósito de la feria es la promoción del sector artesanal y productivo, fue jefe de proyecto durante tres años, CORFERIAS se encarga de la operación, administración, temas administrativos de alguna manera comerciales, pero el detalle de los productos artesanos se apoya en el socio Artesanías de Colombia. No sabe si el demandante delegara su trabajo a otra persona, pero la relación era directamente con el demandante.

En ese orden de ideas, analizadas las anteriores pruebas testimoniales, la confesión del demandante y documentales, si bien surge a favor de la parte actora la presunción de subordinación por estar acreditada la prestación del servicio, es de anotar que esta se desvirtúa con los elementos de convicción, en primer lugar, porque la actividad de curaduría que ejecutaba el demandante se contrataba por la experticia que posee sobre el tema de las artesanías para así identificar, evaluar y elegir las piezas y a los expositores en la feria; en segundo lugar, porque no se le exigió el cumplimiento de horario ni del reglamento interno, en tercer lugar, el demandante no se encontraba sujeto al poder disciplinario de la entidad, y por último, la ejecución del contrato se desarrolló siguiendo los lineamientos de la contratación civil, al punto que se realizó la constitución de pólizas de cumplimiento y el pago de los impuestos que genera dicho tipo de contrato.

Ahora bien, si bien el demandante señaló que la atención a los artesanos solo se podía realizar dentro del horario de la entidad, es de anotar que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, ha sostenido que la existencia de un horario de trabajo, si bien puede ser indicativo de la subordinación pretendida, no es el elemento indispensable y concluyente, cuando del análisis del acervo probatorio, como sucede en el caso de autos,

es posible determinar la autonomía e independencia en la labor desarrollada por el demandante en la medida en que los artesanos debían acudir a las instalaciones de la demandada para definir cuales productos podían ser objeto de exposición en la feria de artesanías en el horario que se encontraba atendiendo público la entidad y en el que podían encontrar al demandante, aunado a que se desvirtúan las demás circunstancias que acreditan la subordinación, entre otras, la aplicación de sanciones disciplinarias, el desempeño de un cargo en la estructura empresarial de la demandada, la exclusividad, situaciones que han sido considerados por la jurisprudencia como demostrativos de la subordinación laboral, (SL 2585-2019, SL 2555-2015, SL460-2021)

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, respecto de la presunción de subordinación ha indicado que está se puede desvirtuar con los elementos de prueba que se alleguen al proceso, por ejemplo, así se expuso en la Sentencia de 26 de junio de 2019, SL2279-2019, Radicación N° 58880.

> *"Importa por ello citar, como ejemplo de lo que ha sido la abundante jurisprudencia de la Sala sobre el tema, lo que se expuso en la sentencia de la extinta Sección Primera del 25 de marzo de 1977 (Gaceta Judicial No 2396, páginas 559 a 565), en los siguientes términos:*
>
> *"Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo.*
>
> *(...)*
>
> *Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios".*
>
> *Importa destacar, como surge de la sentencia arriba transcrita, que también ha explicado la jurisprudencia laboral que la presunción que consagra el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo se puede desvirtuar, por manera que si las pruebas aportadas al proceso demuestran que la relación que hubo entre los contendientes no fue de índole laboral por no haber existido subordinación o por no estar regida por un contrato de trabajo, así habrá de declararse."*

En ese orden de ideas, se concluye en lo que respecta al elemento subordinación, que se desvirtúa y hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

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

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021, por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con lo expuesto.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: SAÚL YEPES
DEMANDADO: BANCO POPULAR
RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2019 00223 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora respecto de la sentencia proferida el 8 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se reconozca y pague la pensión de jubilación y mesadas atrasadas al actor a partir de 11 de abril de 2011 debidamente indexado, incrementos legales, intereses moratorios y lo ultra y extra petita. (carpeta 00 folio 19)

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que ingresó al servicio del Banco Popular el 27 de abril de 1981 como trabajador oficial, relación laboral que terminó el 31 de diciembre de 2018 cuando devengaba $4.212.943. Cumplió 20 años de servicios el 27 de abril de 2001, cumplió 55 años de edad el 11 de abril de 2011 y aunque reclamó la pensión de jubilación, la misma le fue negada por la demandada. (carpeta 00 folio 19)

BANCO POPULAR S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el contrato del demandante finalizó el 1 de enero de 2019, oportunidad en la que se le

aceptó la renuncia ante el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones. Aunado a ello indicó que el actor no fue trabajador oficial y por tanto el Banco no tiene obligación pensional alguna con el demandante.

Presentó las excepciones de fondo que denominó falta de causa, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, prescripción y la genérica. (carpeta 06 folio 3)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de octubre de 2021, declaró probada la excepción denominada inexistencia del derecho y absolvió al Banco de las pretensiones planteadas en la demanda y no condenó en costas. (carpeta 14 folio 1)

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal:

DEMANDANTE: i) debe entenderse que el demandante tuvo la calidad de trabajador oficial y que esa condición no tuvo alteración, modificación, sustitución o derogatoria alguna a raíz de la venta del 80% de la acciones que el Ministerio de Hacienda poseía en el Banco Popular.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si el demandante ostentó la calidad de trabajador oficial y en caso afirmativo, revisar si reunió los requisitos para acceder a la pensión de jubilación solicitada.

Pruebas relevantes

Carpeta 00

- A folio 9, reclamación administrativa presentada el 25 de enero de 2019.
- A folio 12, registro civil de nacimiento del demandante.
- A folio 13, cédula de ciudadanía del actor que acredita que nació el 11 de abril de 1956.

Carpeta 03

- A folio 15, contrato individual de trabajo del demandante.
- A folio 18, carta elevada por el demandante al Banco el 19 de septiembre de 2018 mediante la cual informa el reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones.
- A folio 19, resolución SUB 213685 de 10 de agosto de 2018 a través de la cual Colpensiones reconoce pensión de vejez al demandante a partir del 1 de agosto de 2018.
- A folio 30, renuncia presentada por el actor el 28 de noviembre de 2018 a partir del 1 de enero de 2019.
- A folio 31, aceptación de la renuncia a partir del 1 de enero de 2019.
- A folio 32, liquidación del contrato.
- A folio 34 y 35, certificación laboral expedida el 31 de diciembre de 2018.
- A folio 42, certificación de composición accionaria del Banco Popular expedida el 30 de enero de 2002.

Caso concreto

Para resolver el problema jurídico se tiene que el demandante pretende el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por parte del Banco Popular y para ello lo primero que se indicará es que son hechos probados los siguientes: **i)** El señor Saúl Yepes nació el 11 de abril de 1956 tal y como consta a folio 13 de la carpeta 00 del expediente digital y cumplió 55 años de edad el mismo día y mes del año 2011, **ii)** Ingresó a laborar al Banco Popular el 27 de abril de 1981 (folios 34 y 35 carpeta 03 expediente digital), esto es, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 11 años, 11 meses y 5 días de servicio a la entidad, **iii)** Solicitó la pensión de jubilación el 25 de enero de 2019, y el Banco le respondió de manera negativa el 6 de febrero de la misma anualidad, **iv)** Que el banco cambió su naturaleza jurídica de entidad oficial a sociedad anónima de carácter privado el 21 de noviembre de 1996, y **v)** Que para esa fecha el trabajador contaba con 15 años, 6 meses y 25 días de servicio a la entidad.

Ahora bien, la ley 100 de 1993 consagra en el artículo 36 el régimen de transición para aquellas personas que tuvieren más de 15 años de servicio o cotizaciones, o 40 años para los hombres al momento de entrada en vigencia de dicha normatividad, a quienes se les aplica la norma anterior respecto de la edad, tiempo de servicio y monto, entendido este como la tasa de reemplazo; las demás condiciones se rigen por la ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, al verificarse el acervo probatorio se encuentra que el actor ingresó a laborar al Banco Popular el 27 de abril de 1981, esto es, que *a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994, contaba con 12 años, 11 meses y 5 días de servicio y 37 años de edad,* en calidad de trabajador oficial.

En ese orden, para el reconocimiento de la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, el actor debía cumplir 20 años de servicio en calidad de servidor público y 55 años de edad; requisitos que no se encuentran acreditados en su totalidad en el presente proceso, pues laboró como trabajador oficial por un periodo inferior a 20 años al servicio del Banco Popular antes de que el banco mutara de entidad pública a entidad privada el 21 de noviembre de 1996, motivo por el que en este caso y situación se afecta el derecho pensional solicitado por el trabajador tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, como por ejemplo en las sentencias con radicados SL7061 de 2016, SL4039 de 2018 y SL2223 de 2020.

Precisamente en la última de las sentencias citadas dicha Corporación expuso:

> *"Según la formulación del cargo, la Corte debe determinar si pese al cambio de naturaleza jurídica de la entidad bancaria, esta se encuentra obligada a asumir el pago de la pensión de jubilación regulada en la Ley 33 de 1985, al no haberse consolidado el derecho del demandante durante el tiempo que la entidad tenía carácter oficial, y si las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales durante la relación laboral para los riesgos invalidez, vejez y muerte, tuvieron la virtud de subrogar el riesgo en cabeza de esa administradora y, a su vez, de excluir la responsabilidad de la demandada.*
>
> *Sobre este asunto, la Corte se ha pronunciado de manera reiterada, constante y uniforme, entre otras, en sentencias CSJ SL, 6 dic. 2008, rad. 35796 y CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 38027, CSJ SL16844-2015, CSJ SL1972-2018, CSJ SL3801-2018 y CSJ SL2166-2019 en las cuales explicó que la privatización del banco demandado no implicaba la pérdida del derecho a la pensión de jubilación de quienes le prestaron más de veinte años de servicio como trabajadores oficiales, independientemente que con posterioridad cumplieran la edad para pensionarse y, de otro lado, que la afiliación de esos trabajadores al Seguro Social no les impedía obtener la pensión de jubilación oficial, porque para ellos no se previó, como en el sector particular, un principio de transitoriedad del régimen pensional a cargo del empleador para derivar en la asunción total del riesgo por parte de la entidad de seguridad social.*
>
> *En efecto, el carácter público de los servicios prestados en calidad de trabajador oficial, no desaparecen por motivo del cambio de naturaleza jurídica de la entidad o porque el trabajador efectúe cotizaciones al ISS, pues ello no tiene el alcance de alterar situaciones consolidadas, como lo es el cumplimiento del tiempo exigido en la Ley 33 de 1985 para acceder a una pensión."*

Por lo anterior, contrario a lo indicado por el apelante en el recurso de alzada y tal y como lo indicó la juez a quo, el actor no cumplió veinte (20) años de servicios en la entidad demandada en calidad de trabajador oficial, lo cual se colige al acreditarse que el demandante inició a trabajar en la entidad el 27 de abril de 1981, la entidad mutó de naturaleza jurídica el 21 de noviembre de 1996 y el trabajador cumplió 20 años de servicios el 27 de abril de 2001, esto es, en fecha posterior a la mutación de entidad pública a entidad privada del banco demandado, y, en consecuencia, no es posible otorgar el reconocimiento de la pensión deprecada y hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DERLY YASBLEIDY GARCÍA CELY
DEMANDADO: KIA PLAZA S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2020 00351 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 7 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 10 de julio de 2009, el que fue terminado sin justa causa el 15 de mayo de 2020; se declare la ineficacia de las cláusulas relacionadas con las bonificaciones que no constituían factor salarial, en consecuencia, se condene a la accionada al pago del reajuste de prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones a que haya lugar con el salario realmente devengado por la actora. (fl.2 carpeta 01)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que las partes suscribieron contrato de trabajo a término indefinido a partir del 10 de julio de 2009 en donde la actora se desempeñó en el cargo de asesor comercial y devengando

comisiones que según el contrato, no constituían salario, pero que, en realidad, si fueron factor salarial.

El 22 de abril de 2016, la demandada le informa a la demandante que a partir de la fecha deberá recibir y asumir el cargo de gerente comercial de vitrina 122, momento en que se le comenzó a reconocer un aumento salarial bajo la denominación de bonificación centro de costos que no le fue tenido en cuenta como factor salarial cuando debió serlo, pues en la realidad retribuía la venta de vehículos que realizaba la trabajadora.

Así mismo, la trabajadora debía desarrollar su labor ante entidades financieras con el fin de que estas otorgaran créditos a los compradores, motivo por el cual la demandante recibió unas comisiones que tampoco le fueron tenidas en cuenta como salario cuando en realidad sí lo eran.

Igualmente, la accionante desarrolló labor que consistía en recibir del comprador un vehículo usado en parte de pago de un vehículo nuevo y por ello recibía una bonificación retomas que tampoco le fue tenido en cuenta como salario.

En promedio la demandante devengó un salario superior a $5.285.000 incluyendo las comisiones y bonificaciones que eran factor salarial. (fl.3 carpeta 01)

KIA PLAZA S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que todos y cada uno de los rubros a que la trabajadora tuvo derecho fueron pagados en tiempo y forma, entre ellos los que en realidad tiene connotación salarial, es decir, las comisiones. Los demás conceptos no gozan de ser salariales por su naturaleza pues no remuneran la prestación del servicio del trabajador.

Presentó las excepciones de fondo que denominó inexistencia de factores salariales, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción. (fl.6 carpeta 09)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de octubre de 2020, declaró probadas las excepciones de inexistencia de factores salariales y cobro de lo no debido, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente la parte **DEMANDANTE:** con el argumento de que las bonificaciones recibidas por la actora retribuían directamente su servicio y, por tanto, constituyen factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a declarar que las bonificaciones recibidas por la actora constituyen salario, de salir avante tal pretensión, se estudiará la procedencia de las condenas solicitadas.

CONSIDERACIONES

Fundamentos fácticos relevantes

Carpeta 01

- A folio 37, contrato individual de trabajo para asesores comerciales a término indefinido de fecha 10 de julio de 2009.
- A folio 43, otro sí al contrato de trabajo de fecha 15 de abril de 2020.
- A folio 46, reporte de semanas cotizadas en Colpensiones.
- A folio 51, extracto cuenta individual de cesantías.
- A folio 59, certificación laboral.
- A folio 60, terminación del contrato sin justa causa.
- A folio 62, liquidación del contrato.
- A folio 63, comunicado interno de fecha 22 de abril de 2016.
- A folio 64 a 198, comprobantes de pago.
- A folio 195, certificado de ingresos y retenciones año gravable 2019.

Carpeta 06

- A folio 20 a 43, comprobantes de pago.
- A folio 44, miplanilla Compensar.
- A folio 83, certificado de aportes a cesantías.
- A folio 90, circular de ventas de fecha 8 de julio de 2009.
- A folio 96, circular de ventas de fecha 1 de julio de 2013.
- A folio 103, Política Circular de Ventas Vehículos Nuevos de fecha 15 de agosto de 2017.
- A folio 114, perfil y funciones de cargo de fecha abril de 2017.

- Testimonio.

Caso concreto

En el presente asunto no mereció reparo alguno lo concerniente a la existencia del contrato de trabajo suscrito por las partes entre el 10 de julio de 2009 al 15 de mayo de 2020 y el último cargo desempeñado por la demandante de Gerente Comercial, por lo que la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno al respecto

La discusión se centra en que a juicio del recurrente debe prosperar la reliquidación de las prestaciones teniendo en cuenta, para ese efecto, lo devengado por la demandante por concepto de bonificaciones.

Es así como resulta pertinente examinar todo el caudal probatorio que se ha incorporado al proceso con miras a dilucidar la controversia jurídica planteada:

Al respecto, se tiene que obra contrato de trabajo que contempla en su cláusula tercera, entre otras situaciones, las siguientes:

> *"TERCERA: La empresa reconoce al trabajador como salario para remunerar toa su actividad laboral lo siguiente: a) Una suma variable que consiste en una comisión por pagos, en la forma, condiciones y cuantía que indique en circular de ventas que para tal efecto expida la EMPRESA, la cual estará vigente por el tiempo que en ella se determine y podrá contener la lista de incentivos, la cuota mensual cuyo porcentaje de cumplimiento determina el valor de la comisión, la mezcla para la venta de los distintos productos de la EMPRESA que a su vez determina una comisión, la mezcla para la venta de los distintos productos de la EMPRESA que a su vez determina una comisión, la venta de vehículos sin descuento ni extras que da lugar a una tabla de comportamiento que disminuye y hasta elimina la comisión, determinará igualmente por la pronta facturación, rotación de inventario y la pronta entrega de vehículos con base en lo cual se fijan los periodos de días y las comisiones que les corresponden cuando los pagos se hagan en tales días, aceptándose que cuando se sobrepase el límite allí establecido no habrá comisión.*
>
> *(...)*
>
> *d) En virtud de los convenios que exista entre KIA PLAZA S.A. y las empresas colaboradoras de créditos; el trabajador recibirá una*

contraprestación del 50% del valor bruto que dichas empresas reconozcan. Esta contraprestación será cancelada directamente por las empresas de crédito y en ningún momento se considera parte del salario por su carácter de ocasional y variable."

Obran "CIRCULARES DE VENTAS" de fecha 8 de julio de 2009 y 1 de julio de 2013 que indican respectivamente:

"(...)
2. BONIFICACIONES, ESTIMULOS Y PROMOCION DE PRODUCTOS

De acuerdo con las condiciones del mercado el Comité de Dirección, en forma puntual, estacional y exclusiva fijará por escrito; cuando así lo considere las siguientes bonificaciones son de mera liberalidad de la compañía, y se entregan al asesor como un estímulo puntual y no son consideradas salario en los términos del artículo 128 C.S.T.
(...)
Para asignar o no la bonificación el asesor comercial, su equipo deberá cumplir con la siguiente meta mensual por vitrina: ...
(...)

2.1 BONIFICACION POR FINANCIERAS

En virtud del convenio que existe entre KIA S.A. y las empresas de financiamiento comercial, para la colocación de créditos y seguros, sobre vehículos comercializados por KIA PLAZA S.A., el trabajador recibirá una contraprestación del 50% de lo que reciba la empresa por la ejecución del convenio, siempre y cuando el asesor comercial facture cuatro o más unidades en el mes."

Y la Circular de 1 de julio de 2013 señala:

"2. BONIFICACIONES PACTADAS NO PRESTACIONALES

De acuerdo con las condiciones del mercado el Comité de Dirección, en forma puntual, estacional, exclusiva y conforme al contrato de trabajo del Asesor Comercial, se fijan las siguientes bonificaciones PACTADAS NO PRESTACIONES... Se entregan al asesor como un estímulo puntual, basado en el cumplimiento de las metas mensuales según la siguiente tabla...
(...)

FINANCIERAS

En virtud del convenio que existe entre KIA PLAZA S.A. y las empresas de financiamiento comercial, para la colocación de créditos, sobre vehículos comercializados por KIA PLAZA S.A., el trabajador recibirá a manera de bonificación pactada NO PRESTACIONAL, una participación del 50%, por 6 o más unidades facturadas.

KIA PLAZA S.A., aclara que estos dineros no son recursos de la compañía, únicamente será recaudador de estos valores y los entregará a los Asesores comerciales, teniendo en cuenta las escalas o metas ya mencionadas."

Milita "COMUNICADO INTERNO" de fecha 22 de abril de 2016 a través del cual la demandada le indica a la actora que a partir de la anterior fecha *"deberá recibir y asumir el cargo de GERENTE COMERCIAL DE LA VITRINA 122 y estará bajo la dirección del Señor Germán Beltrán, Gerente Retail."*

Además, obra certificación en donde la empresa KIA PLAZA S.A. hace constar que la actora como gerente comercial devenga un salario de $2.118.000 más bonificación pactada no prestacional promedio mensual de $3.285.000.

También se encuentra "POLÍTICA CIRCULAR DE VENTAS VEHÍCULOS NUEVOS" de fecha 15 de agosto de 2017, que establece en el punto 6.3.2.5 lo siguiente:

"6.3.2.5 Bonificación pactada no prestacional por retomas

Se otorgará la suma de doscientos mil pesos ($200.000) al Asesor Comercial por cada unidad en retoma, esto es, recibir dentro del negocio un carro usado como parte de pago de la venta final del vehículo nuevo, independiente del valor de la retoma. Se pagará cuando la nota crédito por concepto de retoma se haya cruzado con el vehículo nuevo."

Reposan desprendibles de pago a través de los cuales se puede observar que la bonificación no salarial fue cancelada a la actora desde agosto de 2009 a marzo de 2017, octubre de 2017, y abril, junio y octubre de 2018; la bonificación financiera a partir de enero de 2015 de manera intermitente y hasta junio de 2019, la bonificación retoma de abril de 2015 a diciembre de 2019, no todos los meses fue cancelada y la bonificación centro costos desde julio de 2016 a febrero de 2020, pagada intermitentemente también.

Rindió testimonio la señora **Myrian Cubillos Olarte** quien manifestó haber sido gerente comercial de la demandada y ser amiga de la señora Derly García hace aproximadamente seis años desde que trabajaron en KIA, indicó que el salario era de acuerdo con las comisiones o carros que ellos vendieran, se les pagaban unas comisiones, se pagaban financieras, se pagaban retomas, de acuerdo a lo que vendieran mes a mes.

Explicó que recibían pagos por bonificaciones financieras y en sus palabras señala, *"Ellos tomaban, por decir algo, hubo un cliente, que tomaba un crédito y les pagaban una comisión. Creo que era 10 mil pesos por millón"*, dijo que el Banco le pagaba directamente una comisión a la empresa y la empresa a su vez le pagaba un porcentaje al asesor y que los asesores de los bancos las apoyaban con toda la gestión de crédito que hacían los asesores comerciales.

Frente a las retomas, señaló que *"son cuando un cliente deja un vehículo en parte de pago"...siempre los asesores en un concesionario hacen la gestión... retoman el carro, llaman a la persona que hace el peritaje, toda la gestión la hace el asesor... el cliente llega con su carro, la persona que recibe, en este caso Derly, llama a la persona que vaya a hacer el peritaje, está pendiente de que le hagan el peritaje, de que la persona que va a hacer el peritaje cumpla, de que atiendan al cliente como se merece, ella tiene que hacer sus contratos. La persona que hace el peritaje da un precio, ya en su momento hace todo lo correspondiente a documentación, contratos, estar pendiente de que el cliente presente absolutamente todo, hacerle seguimiento."*

Con relación a la bonificación centro de costos manifestó no tener muy claro a qué se refería la misma.

Ahora bien, el artículo 128 del C.S. del T. prevé que no constituye salario lo que recibe el trabajador en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes *(...) no tampoco los beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie.*

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL1993-2019, Radicación N° 74628 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO señaló:

"esta Corporación ha enfatizado que los pagos que se perciben en razón a la relación de trabajo se presumen salario, a menos que se demuestren las condiciones de ocasionalidad, mera liberalidad del empleador y/o que no van dirigidos a remunerar los servicios prestados (CSJ SL3272-2018).

Es decir, el carácter remuneratorio de un pago no emana directamente de la ley, sino que en cada caso deben analizarse los elementos fácticos en aras de establecer cómo se consagró y si con él se retribuyen o no directamente, los servicios prestados.

De esta manera, no basta con referir que como la denominación de un rubro coincide con aquellos que consagra taxativamente el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, no es factor salarial, en la medida que un pago seguirá predicándose como tal si cumple las condiciones previstas en la ley, aun cuando exista estipulación en contrario, pues se impone la realidad sobre las formalidades, a más de que tal y como lo aduce el recurrente la naturaleza salarial proviene de lo dispuesto en el artículo 127 ibidem y no es dable su desconocimiento por lo previsto en la primera preceptiva enunciada."

Descendiendo al caso de autos, se establece que las partes pactaron el pago de una bonificación no salarial, dicho beneficio quedó sujetó al cumplimiento de los resultados que arrojara el centro de costo que se le asignara a la demandante y por las metas cumplidas por el equipo con el que contaba la señora Derly García.

A la anterior conclusión llega la Sala, pues, además de plasmarse de esa manera en la documental aportada al proceso como lo es el contrato de trabajo y las circulares de venta, la testigo Myrian Cubillos fue clara en manifestar que para que la demandante o en general, para que el asesor comercial recibiera el pago de las diferentes bonificaciones, varias personas se involucraban en el proceso y cada una de ellas hacía la labor que le correspondía, por ejemplo, para la bonificación retomas intervenía el perito que efectuaba el peritaje al carro usado y que se iba a dar en parte de pago al concesionario, para determinar y dar el concepto respectivo frente a dicho procedimiento; en el caso de la bonificación por financieras la misma declarante afirmó que los asesores de los bancos realizaban el acompañamiento respectivo para que finalmente el cliente sacara el crédito para cancelar el vehículo comprado.

En este punto pertinente resulta precisar que las circulares a que se hace referencia en el recurso son documentos que hacen parte del contrato suscrito por las partes, en la medida en que estos documentos son referidos en la cláusula tercera, esto es, las circulares que expida la empresa y que

contienen las condiciones para tener acceso al reconocimiento y pago de las bonificaciones; por ello, como quiera que en las circulares, especialmente en la de 8 de julio de 2009 se estableció que para asignar la bonificación el equipo debía cumplir ciertas metas, tal disposición goza de plena validez ya que fue voluntad de las partes que así fuera cuando decidieron suscribir el contrato de trabajo.

Las pruebas indican que el pago de las bonificación demandada dependía de la productividad que el equipo asignado a la demandante realizaba, aunado a que en el proceso no se demostró a través de medio probatorio alguno cuáles fueron los resultados obtenidos por el centro de costo, por financieras o retoma que llevó a cabo el equipo de la actora y el que le fue asignado para que se pudiera tan siquiera efectuar algún tipo de cálculo tendiente a determinar el valor correspondiente a esa bonificación, máxime cuando se evidencia que aquel reconocimiento era variable tal y como consta en los comprobantes de pago aportados.

Conforme lo pactaron las partes, este pago era uno de aquellos no constitutivos de salario al tenor de lo consagrado en el artículo 128 del CST, en la medida que según se deduce del material probatorio el mismo no era percibido como contraprestación directa del servicio de la demandante, sino que tal emolumento era por los resultados que arrojara las ventas que lograra realizar el equipo de trabajo que tenía a cargo la señora Darly García.

Aunado a lo anterior, no desconoce la Sala la existencia de los comprobantes de nómina que aportó la actora al proceso, empero de ellos no es posible colegir que el pago de esa bonificación lo fuera de manera habitual, nótese que no en todos los meses fueron canceladas, por ejemplo, la bonificación centro costos no se pagó en los meses de febrero a abril y septiembre de 2017, tampoco en febrero y marzo de 2018, ni en marzo y agosto de 2019. En cuanto a la bonificación retomas no fue cancelada en agosto y octubre de 2015, tampoco en enero a abril y noviembre de 2016, abril, octubre y diciembre de 2017, enero a abril, julio a agosto y noviembre de 2018, ni en enero, febrero, marzo, mayo, julio y noviembre de 2019. La bonificación por financieras no se canceló los meses mayo y noviembre de 2015, enero a abril, junio, julio y noviembre de 2016, febrero, abril, octubre y noviembre de 2017 y febrero y marzo de 2018.

Ahora bien, pertinente resulta anotar que el hecho de que en el contrato se haya pactado el reconocimiento y pago de una bonificación sin incidencia salarial, de manera alguna desconoce los derechos laborales de la actora, en la medida que conforme lo ha enseñado la jurisprudencia las prestaciones extralegales también son derechos susceptibles de disposición

y negociación al ser precisamente adicionales a las prestaciones sociales previstas en la ley, aunado a que se considera que si la demandante no estaba de acuerdo con dicha forma de retribución, bien pudo abstenerse de suscribir dicho convenio.

Se reitera, que frente a ese emolumento la trabajadora suscribió el acuerdo sobre la condición de que la bonificación no sería constitutiva de salario, pacto que por las anteriores razones tiene plena validez, más aun, cuando al analizar las pruebas documentales y la testimonial, no se acreditó que la actora haya sido presionada o engañada al momento de suscribir el mismo, con lo que se pudiera concluir que su consentimiento estuvo viciado por error de hecho, fuerza o dolo.

Corolario de ello se colige que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada por el recurrente, lo que impone que la sentencia de primera instancia deba ser confirmada.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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 7 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA CLAUDIA RODRÍGUEZ POSADA
DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR
RADICADO: 11001 31 05 012 2018 00314 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia STL 351-2022 de 19 de enero de 2022, proferida dentro del proceso identificado con la radicación n.° 65316, teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se *declare* la ineficacia del traslado de régimen y que se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, para que como consecuencia de lo anterior, se *ordene* a Porvenir y a Protección a tomar como ineficaz el traslado realizado, a Protección devolver los aportes realizados a Colpensiones; a Colpensiones recibir dichos aportes y registrarla como afiliada sin solución de continuidad

desde el 4 de diciembre de 1986 y se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho. (f.°. 2 - 3).

Respecto de dichas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de ellas, con sustento en que la afiliación tiene plena validez y legalidad pues no se probó por parte de la demandante alguna causal de nulidad; igualmente la actora se encuentra dentro de la prohibición legal para realizar su traslado.

Propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indexación moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (f.°101 a 105)

PORVENIR S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que es improcedente la solicitud de nulidad de traslado, por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante al momento del surgimiento del acto jurídico; además la información suministrada se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera.

Formuló como excepciones las 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. (f.° 125 a 131).

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones bajo el argumento que la demandante solicitó de manera libre y voluntaria la afiliación a la entonces AFP Colmena, quien recibió asesoría en los términos consagrados por la Corte Suprema de Justicia, de manera clara, precisa y suficiente.

La actora suscribió formulario en donde señaló que su traslado lo hacía de manera voluntaria, aunado a que ha realizado varios traslados entre administradoras.

Presentó las siguientes excepciones de fondo: declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, improcedencia de declaratoria de nulidad de traslado al RAIS por demostrarse la asesoría brindada por la AFP Protección S.A., buena fe por parte de la demandada AFP protección S.A., prescripción y excepción genérica. (f.°. 151 a 159).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia de la relación jurídica de afiliación, cotización y/o beneficios de la demandante y el Fondo de Pensiones Colmena hoy Protección efectuada el 6 de noviembre de 1997, condenó a Protección S.A. a realizar el traslado del régimen de ahorro individual al de prima de media, como del valor de los aportes, saldos y rendimientos que haya generado la cuenta de ahorro individual, condenó a Colpensiones aceptar el traslado y sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir presentó recurso de apelación señalando que dicha AFP cumplió con el deber de información como lo señaló la demandante y que ratificó con sus múltiples traslados horizontales entre AFP.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se deba ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 22, cédula de ciudadanía, nació el 9 de mayo de 1961.
- A folio 59 y 160, formulario de traslado de régimen a colmena del 6 de noviembre de 1997.

- A folios 60 a 65 y 166 a 170, historia laboral de Protección y Colpensiones.
- A folio 111, expediente administrativo en medio magnético.
- A folio 132, historia de vinculación expedida por Asofondos.
- A folio 134, formulario de afiliación a Porvenir del 12 de diciembre de 2007.
- A folios 136 y 137, comunicados de prensa.
- A folio 161, formulario de afiliación a Santander del 10 de agosto de 2005.
- A folio 162, formulario de afiliación a ING del 21 de septiembre de 2010.
- A folio 163, afiliación al fondo de pensiones voluntarias.
- A folios 164 y 165, asesoría realizada el 14 de agosto de 2014

Marco Normativo y Jurisprudencial

Sentencia STL351-2022 proferida con el número de radicación n.º 65316 del diecinueve (19) de enero de dos mil veintidós (2022).

Caso Concreto

La sentencia proferida con el número de radicación n. º 65316 del diecinueve (19) de enero de dos mil veintidós (2022), señala en la parte resolutiva lo siguiente:

(…) PRIMERO: ***CONCEDER*** *la tutela del derecho fundamental al debido proceso de* ***MARÍA CLAUDIA RODRIGUEZ POSADA****.*

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS *la decisión de 19 de febrero de 2020, para en su lugar, ordenar a la* ***SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ****, que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera una nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. (…)*

El mencionado fallo señala que se debe emitir nueva sentencia teniendo en cuenta lo expuesto en su parte motiva; en las consideraciones, en síntesis,

para el caso concreto se hizo alusión a la sentencia CSJ SL1452-2019, en los siguientes términos:

"(…) (1) [L]a obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado. (…)

Así, en cuanto al primer punto, es decir, al deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Sala advirtió que:

> *«desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008)»*

Para finalmente, concluir 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.*

> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

Respecto al segundo punto, se definió que, el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación resulta insuficiente, pues existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto que:

> *«la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (…) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado».*

Frente al punto tercero, referente a la carga de la prueba, se expuso que:

> *«el artículo 1604 del Código Civil establece que "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (…) Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún,*

> *probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento». (Subrayado fuera de texto).*

Finalmente, en lo que corresponde al cuarto ítem, respecto de que solo es procedente la ineficacia del traslado cuando el afiliado tiene el derecho causado o es beneficiario del régimen de transición, se precisó que: «[t]al argumento es equivocado, puesto 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 ahí que, anotó:

> *«De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. 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» (…)*

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta las consideraciones de la sentencia STL351-2022 proferida con el número de radicación n.º 65316 del diecinueve (19) de enero de dos mil veintidós (2022), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

Igualmente, se adicionará la decisión en lo relacionado con los gastos de administración, porque aun cuando el fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral nada refirió al respecto, se debe igualmente dar aplicación a la jurisprudencia trazada por el alto tribunal que ha sido reiterativa a la hora de señalar que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos

privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.° 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2019, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los aportes que posean en la cuenta de ahorro individual de la actora sin que haya lugar a autorizar a dicha AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2019, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: REMÍTASE de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral con la referencia de *"Cumplimiento de la sentencia con la radicación n.º 65316 del diecinueve (19) de enero de dos mil veintidós (2022). Acción de tutela instaurada por* ***MARÍA CLAUDIA RODRIGUEZ POSADA*** *contra la* ***SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ y el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO*** *de la misma*

ciudad, trámite que se hizo extensivo a las partes e intervinientes en el proceso objeto de cuestionamiento. (…)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado