República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 021 2019 00401 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2021 por el Juzgado veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada al pago de la mesada de junio de la pensión convencional del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ARQUIMEDES PERLAZA VASQUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS, con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la mesada semestral para pensionados prevista en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo del año 1990-1991, causada en todos los meses de cada uno de los años que lleva pensionado, junto con el retroactivo respectivo, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que prestó servicios a la UNIVERSIDAD FRANCISCO JOSE DE CALDAS desde el 27 de julio de 1983 y hasta el 1° de mayo de 2003; que ocupó el cargo de oficial de carpintería grado III ostentando la calidad de trabajador oficial; que la demandada le reconoció una pensión mediante Resolución N° 071 del 26 de marzo de 2003; que la Universidad demandada tiene establecido un salario mínimo convencional para sus trabajadores; que el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Universidad y la organización sindical SINTRAUD, establece un auxilio denominado mesada semestral para pensionados y la demandada nunca le ha realizado el pago de dicho beneficio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la prestación del servicio del actor, la condición de pensionado y la norma convencional citada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción (fls. 43 a 47).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de marzo de 2021, condenó a la demandada al pago de la mesada de junio de la pensión convencional del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales propuesta por la demandada. **SEGUNDO: CONDENAR** a la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS al reconocimiento y pago de la mesada semestral para pensionados consagrada en el artículo 15 de la Convención Colectiva 1990-1991 causada en los*

meses de junio de cada año a partir del 19 de octubre de 2015 en adelante, equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes junto con la indexación a la fecha de su pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva. ***TERCERO: DECLARAR*** *no probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.* ***CUARTO: ABSOLVER*** *a la demandada de las demás súplicas de la demanda.* ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas a la demandada y a favor del demandante. Liquídense en la suma de $1.000.000 como agencias en derecho"*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si al demandante le asiste derecho a la mesada convencional semestral para pensionado que reclama. Para resolverlo indicó que no fue objeto de controversia que la demandada es una institución autónoma de educación superior de carácter pública y que el demandante le prestó servicios en calidad de trabajador oficial, lo que conllevó a que fuera pensionado parte de dicha entidad. Indicó que de conformidad con la convención colectiva aportada al expediente, se tiene que el actor consolidó su derecho pensional convencional con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 1º de 2005, motivo por el cual adquirió el derecho a disfrutar la mesada convencional semestral, la cual no se pactó condicionada al reconocimiento de la mesada 14 creada con la Ley 100 de 1993, motivo por el cual es procedente su reconocimiento. Accedió a la pretensión de indexación, negó la de intereses moratorios por cuanto no hubo mora en el reconocimiento de la pensión sino de una mesada y declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 19 de octubre de 2015.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que al no haber sido reconocida la mesada semestral convencional del actor antes de la expedición del Acto legislativo 01 de 2005, ya no es posible acceder a la misma por

la prohibición que estableció dicho Acto en lo que respecta a consagrar derechos pensionales convencionales. Agregó, que a los pensionados de la entidad se les reconoce la mesada 14 de la Ley 100 de 1993, cuyo monto es más favorable que la mesada semestral convencional, por lo que ésta última fue subrogada.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita en el recurso que se confirme la decisión de primera instancia por ser procedente el reconocimiento de la mesada convencional semestral reclamada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si le asiste o no derecho al demandante al disfrute de la mesada semestral convencional dada su condición de trabajador pensionado por parte de la pasiva.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** el demandante prestó servicios en favor de la UNIVERSIDAD

DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS entre el 27 de julio de 1983 y el 30 de abril de 2003 (hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y acreditado en documento del Cd. 3, Pdf, fl. 17); ***ii)*** que mediante Resolución N° 071 del 26 de marzo de 2003, la demandada reconoció una pensión vitalicia de jubilación, con fundamento en lo dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo 1992-1993, en cuantía inicial de $2.764.775 y a partir de la fecha de retiro del servicio (fls. 11 a 15).

- **Sobre la aplicación del principio de favorabilidad entre normas legales y convencionales**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, la Ley 6 de 1945, aplicable a los trabajadores oficiales, señala en su artículo 49 que las disposiciones legales, en cuanto sean más favorables a los intereses de los trabajadores, se aplicarán de preferencia a las estipulaciones de la convención colectiva de trabajo. Por su parte, el artículo 3° del CST establece que el mismo regula las relaciones de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares, razón por la que resulta aplicable el contenido del artículo 16 del mismo estatuto que define lo relativo a los efectos de las normas del trabajo, y dispone que si una nueva Ley establece una prestación ya reconocida espontáneamente o por convención o fallo arbitral por el empleador, se pagará la que sea más favorable al trabajador.

Teniendo en cuenta el claro lineamiento citado, se advierte que en aplicación del principio de favorabilidad entre normas legales y convencionales, en aquellos eventos en los cuales las disposiciones legales consagran una prestación ya reconocida por el empleador, en condiciones más favorables que las establecidas en la convención colectiva, se aplicará la norma legal en razón a que resulta en mayor beneficio del trabajador.

En el presente asunto, no se controvirtió que el demandante fue pensionado por la demandada UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS mediante Resolución N° 071 del 26 de marzo de 2003 (fls. 11 a 15), por otra parte, mediante Resolución N° 078 del 7 de abril de 2003, se aceptó la renuncia del demandante a partir del 1° de mayo de 2003, circunstancia que permite concluir que fue a partir de este momento que empezó a disfrutar del pago de su pensión (Cd. 3, Pdf. fl. 63), teniendo en cuenta que así lo dispuso el acto administrativo que supeditó el disfrute de la prestación a la acreditación del retiro del servicio.

Ahora bien, la Universidad demandada y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS – SINTRAUD suscribieron una Convención Colectiva de Trabajo vigente entre el año 1990 y 1991, la cual en su artículo 15 modificó el artículo 10 de la CCT de 1989 que a su vez había modificado el artículo 12 de la CCT de 1988, en el sentido de establecer que a los pensionados por la Universidad o a las personas a quienes se les trámite y reconozca dicha calidad por la UNIVERSIDAD DISTRITAL, luego de haber laborado 15 o más años a su servicio, recibirán un auxilio consistente en una mesada semestral equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes, en la primera quincena del mes de junio de cada año (fl. 28).

En el caso puntual del demandante, se verifica que la demandada le reconoció pensión de jubilación a partir del 1° de mayo de 2003, motivo por el cual el pago de la primera mesada semestral convencional sería en junio del 2003. No obstante, para dicha data ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, norma que consagró en su artículo 142 una mesada adicional a favor de todos los pensionados del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la

Policía Nacional, equivalente a treinta (30) días de la pensión, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir del año 1994.

Sobre el particular, llama la atención de la Sala que la precitada norma legal estableció la misma prestación que había sido reconocida por la demandada en favor de sus pensionados, por cuanto se trata del pago de una mesada adicional en junio, motivo por el cual deberá aplicarse de forma preferente la norma que sea más favorable al trabajador.

Al efecto la Convención Colectiva de Trabajo 1990-1991 determinó que el valor de la mesada semestral, para el caso del demandante que prestó sus servicios por más de quince (15) años a favor de la Universidad demandada, sería de 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes. El valor de dicho salario convencional fue acreditado por la demandada mediante el oficio DRH-691 del 31 de marzo de 2017 (Cd. 2, Pdf. fl. 141), donde consta que para esta anualidad correspondía a la suma de $2.289.961.

La Sala definirá el valor de la mesada pensional del demandante para el año 2017, aplicando los incrementos legales anuales a la mesada reconocida en el año 2003.

AÑO	MESADA	INCREMENTO
2003	$ 2.764.775	6,49
2004	$ 2.944.209	5,5
2005	$ 3.106.140	4,85
2006	$ 3.256.788	4,48
2007	$ 3.402.692	5,69
2008	$ 3.596.305	7,67
2009	$ 3.872.142	2,00
2010	$ 3.949.585	3,17
2011	$ 4.074.787	3,73
2012	$ 4.226.776	2,44
2013	$ 4.329.910	1,94
2014	$ 4.413.910	3,66
2015	$ 4.575.459	6,77
2016	$ 4.885.218	5,75
2017	$ 5.166.118	4,09

Conforme los anteriores valores, la suma correspondiente a la mesada semestral convencional siempre es inferior al valor de la mesada catorce legal, por cuanto la prestación convencional depende del valor del salario mínimo convencional, el cual es muy inferior al de la mesada pensional. Así las cosas, al resultar más beneficioso para el pensionado recibir la prestación reconocida inicialmente por el empleador, bajo las condiciones más favorables que dispone la Ley, en virtud del principio de favorabilidad debe preferirse la aplicación del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha realizado la demandada a favor del demandante.

Precisa la Sala al efecto, que no es procedente reconocer de forma simultánea la mesada convencional y la mesada 14 legal, pues se trata de la misma prestación, tal y como fue descrito en su oportunidad, al tratarse de derechos dirigidos a reconocer en el mes de junio una mesada adicional a la que se cancela en ese mes al pensionado.

Por las anteriores razones, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada de la totalidad de las pretensiones elevadas.

Sin costas en ambas instancias.

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

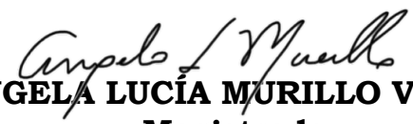
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a la demandada UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante ARQUIMEDES PERLAZA VASQUEZ, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 021-2018-00150-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de ambas partes contra la sentencia del 13 de mayo de 2021 del Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, declaró parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación y probadas la de prescripción e inexistencia de perjuicio indemnizable, negó las demás pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE** (50:53 archivo "*38.1Audiencia*" C01Principal).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivos "*003Demanda*" y "*007EscritoDeSubsanacion*" C02Principal).**

JAIRO GARZÓN RINCÓN demandó a **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A.** y solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo del 02 de febrero de 1991 al 31 de agosto de 2011, que terminó por causa imputable al empleador, en consecuencia, condenar al pago de prestaciones sociales, vacaciones, devolución de aportes pagados, indemnización por despido y

moratoria, sanciones por no pago de aportes y por evasión de parafiscales, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se vinculó con la **DEMANDADA** el 02 de febrero de 1991, como técnico pintor, función que ejerció bajo subordinación de la empresa, quien le dio órdenes, formato de autorización de ingreso de personal contratista, a través de sus jefes inmediatos RENATO PROYETTI, JAIME RAMIREZ, ALBERTO CASTIBLANCO, GERARDO ANTONIO VALENCIA, RAUL HUERTAS, RAMON ROMERO, ROBERTO CORTES, JOSÉ ALEJANDRO MELO, DANIEL RUBIO, TATIANA HENAO, NESTOR RIAÑO, DIEGO URBANO, FERNANDO CORREDOR e IVÁN BARRIOS, labor que se centró en el área de mecánica automotriz de vehículos usados por la compañía para transportar bebidas a nivel nacional, en la planta sur o norte de la **DEMANDADA**, en turnos de 8 horas diarias, siendo usual que por requerimientos de la empresa laborara más de 8 horas diarias y 48 horas semanales, tal y como quedó registrado en el formato de ingreso de personal contratista, actividad que prestó bajo un contrato verbal, recibiendo a cambio un salario quincenal, inicialmente de $120.000; además, la empresa nunca efectuó los descuentos por aportes, por cuanto debió afiliarse como independiente, así mismo, nunca le pagaron prestaciones sociales y vacaciones, por ello debió asumir el costo de la dotación, además, la empresa nunca asumió los pagos parafiscales.

Aseguró que en 1999 la empresa le indicó que la única forma de mantener su trabajo era creando una Cooperativa de Trabajo, a lo cual accedió, por ello, fue la iniciativa de la **DEMANDADA** y sus sucursales COCA COLA FEMSA, PANAMCO INDEGA S.A. y PANAMCO COLOMBIA las que llevaron a que el 09 de diciembre de 1999 fuera constituida la PRECOOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ASOCIACIÓN DE TÉCNICOS AUTOMOTRICES – ASOTECNICA AUTOMOTRIZ, a la cual firmó contrato de asociación el 20 de agosto de 2000, siendo el representante legal de dicha entidad un trabajador de la **DEMANDADA**, además, siguió prestando su servicio sin ningún

cambio para la empresa, ya que sus condiciones de horario, subordinación, remuneración, prestación personal del servicio se mantuvieron y siguió pagando sus aportes como trabajador independiente. Que el 28 de marzo de 2004 se modificó el nombre de la entidad a COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ASOCIACIÓN DE TÉCNICOS AUTOMOTRICES – ASOTECNICA AUTOMOTRIZ, quien impartió ordenes, pero siempre bajo la subordinación de la **DEMANDADA** en su área de mantenimiento automotriz, por lo cual nunca cambió el lugar de prestación del servicio, aunque además de las dos plantas de Bogotá D.C. debió realizar traslados frecuentes a varios municipios de Cundinamarca, sin percibir remuneración adicional por ello, a pesar de las extensas jornadas en días domingos y festivos.

Agrega que la **DEMANDADA** lo obligó a aprender a conducir, para transportar bebidas fuera de Bogotá D.C. o de Cundinamarca, lo cual hizo sin recibir remuneración alguna a pesar de que el servicio fue nocturno, dominical o festivo. El 31 de agosto de 2011, la **DEMANDADA** decidió terminar unilateralmente y sin justa causa la relación laboral, ya que impidió el acceso del trabajador a sus instalaciones, por lo cual se comunicó con JOHN ARTHUR BELTRÁN, quien laboral para la empresa y hace parte de la cooperativa, quien informó que la orden de terminar el contrato fue de la directivas de la empresa, siendo falso el motivo alegado de que era próxima la desaparición de la Cooperativa, la cual subiste a la fecha de radicación de la demanda. Señaló que en 2011, la Cooperativa lo llamó a conciliar ante el MINISTERIO DE TRABAJO sus "*aportes*" como afiliado, sin reconocer los derechos laborales, más aún cuando la **DEMANDADA** lo hizo parte de las actividades de integración y esparcimientos, lanzamiento de productos, seminarios y cursos de actualización para el mejor desempeño de su labor.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Alegó que el

DEMANDANTE nunca fue su trabajador, quien fue cooperado de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ASOTÉCNICA AUTOMOTRIZ, quien desarrolló sus actividades de forma autónoma, autogestionaria y sin ningún tipo de intervención de la **DEMANDADA**, quien nunca fijó la manera como esos cooperados debían desarrollar sus actividades, limitándose la empresa a contratar con dicho ente el servicio de ajustes eléctricos, mecánicos, electrónicos, carrocería, cerrajería, lavado, lubricación, trabajos en fibra de vidrio y de llantas de los vehículos de la empresa, por lo cual el **DEMANDANTE** ingresó a las instalaciones de la empresa como contratista o tercero, para realizar actividades entre las 6am y 10pm, sin recibir un pago directo de la empresa, pues los pagos eran cancelados a la Cooperativa, limitándose la empresa a realizar observaciones y manifestaciones básicos sobre el cumplimiento y correcto desarrollo del contrato de servicios, señalando que en la compañía no existe el cargo de técnico pintor, además, el 25 de agosto de 2011 se suscribió conciliación, por la cual el **DEMANDANTE**, la Cooperativa y la **DEMANDADA** se declararon a paz y salvo de cualquier eventual reclamo relacionado con el vínculo cooperativo, la cual tiene fuerza de cosa juzgada. Interpuso las excepciones de inexistencia de causa y obligación, prescripción, buena fe, compensación y cosa juzgada parcial (archivo "*020ContestacionDeDemanda*" C02Principal).

De otra parte, la **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A.** solicitó el llamamiento en garantía de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, alegando que dentro de las ordenes de prestación de servicios de mantenimiento de vehículos OPS-0000716, OFOPS-0000.54 y OFOPS-0000538 suscritas con la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADOS ASOTÉCNICA AUTOMOTRIZ**, se amparó el riesgo derivado de pago de salarios y prestaciones sociales y extralegales e indemnizaciones que cubran el cumplimiento y cancelación de todas las obligaciones laborales contraídas por la cooperativa con los trabajadores asignados para la prestación de servicios, siendo la beneficiaria y/o asegurada la **DEMANDADA**, conforme las pólizas 5-063602029-0, 12-053600434-0 y 12-

063600384-0 emitidas por la llamada en garantía (Pág. 105 a 107 archivo "*001ContestacionDeDemanda*" C01Principal).

Así las cosas, **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda. No aceptó ningún hecho y manifestó no constarle ninguna circunstancia de la presunta relación laboral reclamada. Frente el llamamiento en garantía, se opuso a las pretensiones, indicó que las pólizas no cubren el riesgo derivado de declarar una relación laboral directa entre el **DEMANDANTE** y la **DEMANDADA**, toda vez que la cobertura otorgada se limita al riesgo de incumplimiento de la Cooperativa de las obligaciones de carácter laboral a su cargo, además, el **DEMANDANTE** efectuó actividades en la **DEMANDADA** desde el 02 de febrero de 1991, fecha para la cual no se había expedido ningún contrato de seguro. Frente la demanda, interpuso las excepciones de inexistencia del perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguro; frente el llamamiento, interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación a cargo del asegurador si se declara relación laboral directa entre las partes, ausencia de cobertura de la póliza por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma, imposibilidad de afectar la póliza porque las acreencias pretendidas están por fuera del periodo en el que se ejecutó el contrato garantizado, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular e imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por vacaciones, imposibilidad de obligación a cargos del asegurador en caso de una condena por acreencias laborales a cargo de la **DEMANDADA** por responsabilidad civil extracontractual, compensación, límite de la responsabilidad y la genérica (archivo "*018ContestacionDeDemanda*" C01Principal).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (50:53 archivo "*38.1Audiencia*" C01Principal).

El 13 de mayo de 2021, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR*** *la existencia de un contrato de trabajo entre la* ***INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. INDEGA S.A.*** *y el señor* ***JAIRO GARZÓN RUIZ*** *desde el 31 de diciembre de 1991 al 19 de septiembre de 2.000.* ***SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA*** *la excepción de* ***COSA JUZGADA PARCIAL****, parcialmente probada la de* ***INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*** *y probada la de* ***PRESCRIPCIÓN****, propuesta por* ***INDEGA S.A.****, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos.* ***TERCERO: NEGAR*** *las demás pretensiones formuladas por* ***JAIRO GARZÓN RUIZ*** *en contra de la demandada* ***INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. INDEGA S.A. CUARTO: DECLARAR PROBADA*** *la excepción de* ***INEXISTENCIA DEL PERJUICIO INDEMNIZABLE A LA LUZ DEL CONTRATO DE SEGUROS CONTENIDO EN LA PÓLIZA*** *propuesta por* ***SEGUROS DEL ESTADO S.A. QUINTO: NEGAR*** *las pretensiones efectuadas por la* ***INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. INDEGA S.A.****, respecto del llamado en garantía* ***SEGUROS DEL ESTADO S.A. SEXTO: CONDENAR EN COSTAS*** *de esta instancia, a favor de* ***INDEGA*** *y a cargo del DEMANDANTE, incluyendo en la liquidación que se haga por Secretaría la suma de $500,000, costas a cargo del DEMANDANTE y a favor de* ***INDEGA****.* ***SÉPTIMO: CONSÚLTESE*** *la sentencia en caso de que no sea apelada por ser adversa a los intereses de la parte demandante. (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo del 02 de febrero de 1991 al 31 de agosto de 2011, para establecer la viabilidad de las pretensiones.

Como fundamento fáctico indicó que el **DEMANDANTE** suscribió contrato de asociación el 20 de agosto de 2000, por tanto, respecto el periodo entre el 02 de febrero de 1991 y la firma del precitado contrato, el testigo EFRAÍN NIETO señaló que el **DEMANDANTE** si prestó sus servicios, lo cual activó la presunción del artículo 24 CST, sin que la **DEMANDADA** la haya desvirtuado, porque su tesis defendida se limitó a señalar que hubo una relación de trabajo asociado, sin pronunciarse sobre los hechos anteriores a dicha relación, por lo cual declaró el contrato de trabajo. Respecto el segundo periodo, indicó que el análisis integral de la comunidad de la prueba permite inferir que entre la **DEMANDADA** y la cooperativa de trabajo asociado ASOTECNICA AUTOMOTRIZ hubo una relación comercial, por la cual el **DEMANDANTE** prestó el servicio de pintor de vehículos, sin subordinación directa de la **DEMANDADA**, ya que las ordenes de

servicios se limitaban a indicar la actividad a desarrollar y a pesar de que los testigos de la parte actora señalaron la existencia de horario y de facultad disciplinaria, lo cierto es que hubo contradicción sobre la presunta hora de inicio de la jornada y nunca vieron directamente que el **DEMANDANTE** fuera sancionado, además, LUÍS ALBERTO TOVAR señaló que éste era autónomo en su actividad de pintor y que un fiscal de la CTA verificaba el desarrollo de la actividad, además de que no hubo pago directo al **DEMANDANTE** sino el pago de facturas a la cooperativa, además, JORGE ENRIQUE HERNÁNDEZ indicó que el pago no era fijo sino variaba según las actividades asignadas, existiendo momentos en los testigos señalaron que no tenían actividades y que para evitar barrer iban al casino de la empresa, lo cual desvirtuar un poder subordinante porque podían evitarlo, sin que las medidas de control de ingreso a las instalaciones sean prueba de subordinación, a su vez, el **DEMANDANTE** en su conciliación aceptó el vínculo cooperativo y ahora pretende obtener un segundo beneficio derivado de un mismo hecho, desconociendo su propios actos y sin informar a la Cooperativa, por tanto, no hay mérito para declarar el contrato de trabajo por el segundo periodo de tiempo. Finalmente, declaró prescriptos los derechos laborales derivados de la primera relación, aclarando que no se pidió el pago de aportes sino su devolución, acto que si prescribe.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado sustituto del **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo. Alegó que el derecho fundamental a la seguridad social es imprescriptible e irrenunciable; de otra parte, las pruebas acreditan que hubo jornada laboral, prestación del servicio bajo continua subordinación y dependencia, que no podía hacer lo que se quisiera durante la jornada de trabajo, aspectos que no son desvirtuados por la mera contradicción en la hora de entrada, coincidiendo todos los testigos y el **DEMANDANTE** en que estaban sometidos al control verificación de ingreso y reposición y cumplimiento de tareas, sin contar con libre albedrio para desarrollar sus actividades, además, hubo constreñimiento de la **DEMANDADA** para la creación de la

cooperativa de trabajo y se demostró que en 2013, el **DEMANDANTE** reclamó pruebas extraprocesales y antes de su despido reclamó el pago de sus derechos laborales, sin respuesta ni ánimo por parte de la empresa, por tanto, no se puede considerar que las pruebas aportadas son insuficientes, ya que los testimonios fueron veraces, creíbles, espontáneos, coherentes y al unísono indican que hubo contrato de trabajo y que ellos mismos estaban sometidos a un régimen interno de trabajo y no eran autónomos en sus funciones (52:06 archivo "*38.1Audiencia*" C01Principal).

La apoderada de la **DEMANDADA** solicitó revocar el numeral primero del fallo de primera instancia. Alegó que no hay suficientes elementos de prueba que acrediten siquiera la prestación personal del servicio del **DEMANDANTE** por el periodo por el cual se declaró un contrato de trabajo, porque el testigo EFRAÍN NIETO señaló que fue compañero de trabajo del **DEMANDANTE** desde 1991 pero no hay prueba de dicha calidad, ni informó las circunstancias de la contratación del **DEMANDANTE**, como prestó sus servicios ni la época, al tiempo que el testigo JORGE MELO señaló que conoció al **DEMANDANTE** solo hasta 1995, a pesar de la antigüedad en la empresa del testigo, además, indicó que asistió ocasionalmente como ayudante de una persona natural contratista de la empresa, lo cual descarta un servicio continuo y permanente, lo cual coincidió con el dicho de la representante legal de la **DEMANDADA**, quien alegó que no había ningún documento relativo al servicio del promotor del litigio y que solo escuchó de terceros que fue ayudante de una contratista persona natural, por ello, a pesar de la prescripción, no hay mérito para declarar el contrato realidad (01:05:00 archivo "*38.1Audiencia*" C01Principal).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal del **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones, ya que las pruebas documentales, extraprocesales, testimoniales y de

interrogatorio acreditan no solo la jornada laboral sino también que hubo contrato de trabajo, lo cual no fue desvirtuado con las pruebas de la **DEMANDADA**, las cuales se centraron en hechos irrelevantes y además el testigo de la empresa carece de credibilidad por ser trabajador activo de la misma, de otra parte, los derecho derivados de la seguridad social no prescriben y la prueba anticipada de 2013 y las varias demanda rechazadas desvirtúan la prescripción. Por su parte, la apoderada sustituta de la **DEMANDADA** solicitó acceder a su recurso de apelación, reiterando los argumentos elevados en el mismo relativos a la falta de prueba contundente de la relación laboral que se declaró en el fallo de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos de los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al **DEMANDANTE** a declarar que entre las partes existió un solo contrato de trabajo, por los extremos temporales reclamados y acceder a las demás pretensiones, o si por el contrario todas las suplicas de la demanda carecen de mérito, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto, la *a quo* declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo del 31 de diciembre de 1991 al 19 de septiembre de 2000, declaró parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación y probada la de prescripción, negó las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía y condenó en costas al **DEMANDANTE**.

El apoderado sustituto del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que el derecho de la seguridad social es imprescriptible e irrenunciable, que las pruebas acreditan que hubo jornada laboral, servicio personal y subordinación, lo cual no se desvirtuó con la contradicción sobre la hora de entrada, ya que los testigos y el **DEMANDANTE** coinciden en señalar que estuvieron bajo control de la **DEMANDADA** y carecían de libre albedrio para desarrollar sus funciones, de otra parte, la empresa constriñó la creación de la cooperativa, en 2013 se solicitaron pruebas extraprocesales y el **DEMANDANTE** reclamó sus derechos laborales antes de su despido, por ello, las pruebas no son insuficientes y por el contrario acreditan el contrato de trabajo.

La apoderada sustituta de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el numeral primero del fallo. Alegó que el testimonio de EFRAÍN NIETO no es suficiente para acreditar la prestación del servicio en el tiempo por el cual se declaró el contrato de trabajo, porque el testigo no acreditó que trabajó para la **DEMANDADA**, ni las circunstancias de contratación, los servicios ni la época en que se vinculó al **DEMANDANTE**, mientras que el testimonio de JORGE MELO y el interrogatorio de la representante legal de la **DEMANDADA** indicaron que el **DEMANDANTE** asistió ocasionalmente como ayudante de un contratista persona natural, por ello, no hay mérito para declarar el contrato realidad.

Procede la Sala a resolver la controversia común de ambos apelantes, relativa a si hay mérito para declarar un contrato de trabajo entre las partes, conforme las siguientes consideraciones:

- **Principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales.**

El artículo 53 constitucional, consagra la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; de otra parte, el artículo 22 CST define al contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a presta su servicio personal a otra persona,

bajo su continúa dependencia o subordinación y cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST fija los tres elementos esenciales del contrato de trabajo: ***i)*** actividad personal; ***ii)*** continua subordinación; ***iii)*** un salario como retribución del servicio; dichos elementos, una vez reunidos, configuran un contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre, condiciones o modalidades que las partes le agreguen.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST consagra la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Con base en dicha norma, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indica que al promotor del proceso le basta acreditar la prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, por tanto, corresponde al demandado desvirtuar aquella demostrando que no se reúnen los dos elementos restantes del contrato de trabajo, a saber, la remuneración y la subordinación y, de no lograrlo, se declarará la existencia de aquel contrato, lo cual ha sido reiterado en las sentencias SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, SL2775 de 2021, SL3345 de 2021, SL3695 de 2021, SL628 de 2022, SL781 de 2022, entre otras.

No son pocos los litigios donde se controvierte un contrato o relación jurídica para declarar que es laboral, en especial, los contratos que involucran servicios personales. Para resolver dichos conflictos, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ señala que lo fundamental es determinar si hubo subordinación, entendida como la facultad para exigir cumplir órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, o si por el contrario la actividad de realizó de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinación de horarios, solicitud de informe o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación propia de un contrato de trabajo, tal y como se indicó en sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4347 de 2020, SL2626 de 2021, SL3324 de 2021, SL658 de 20222, entre otras.

- **Sobre la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).**

Así las cosas, la H. CSJ ha reconocido que la economía globalizada conllevó al uso de la tercerización: ***i)*** como estrategia empresarial de concentración en las partes del negocio que son la actividad principal descentralizando las labores básicas que son de apoyo y no generan intrínsecamente lucro empresarial; ***ii)*** la externalización de procesos para acceder a proveedores que pro especialización y conocimiento técnico ofrecen costos reducidos y; ***iii)*** exteriorizar actividades para obtener mayor flexibilidad de la empresa en entornos económicos fluctuantes y de demanda flexible.

En la sentencia SL4479 de 2020, la H. CSJ reconoce que la tercerización laboral es un instrumento legítimo, siempre y cuando no se use para atentar contra los derechos de los trabajadores, por tanto, se debe verificar en el uso de *contratistas independientes* que la empresa proveedora ejecute su actividad con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos, para lo cual debe tener una estructura propia y un aparato productivo especializado, tal y como indicó en la sentencia SL467 de 2019.

Para facilitar el anterior ejercicio, la H. CSJ adoptó la regla jurisprudencial, según la cual el artículo 23 CST consagra una lista enunciativa, no taxativa, de los criterios para determinar cuándo hay una relación subordinada de trabajo, muchos de los cuales fueron recogidos en la Recomendación 198 de la OIT sobre "*indicios de determinación de relación subordinada*".

La anterior regla jurisprudencial ha sido ratificada en las sentencias SL5042 de 2020, SL1439 de 2021, SL2955 de 2021, SL2960 de 2021, SL3345 de 2021, SL3436 de 2021, SL3695 de 2021. SL1042 de 2022, SL1233 de 2022, entre otras. En dichas providencias, la H. CSJ indicó que el artículo 23 CST consagró como "*indicios de determinación de relación subordinada*" el cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de

reglamentos, pero existen otros indicios recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, a saber:

a) Que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479 de 2020).
b) La exclusividad (SL460 de 2021).
c) La disponibilidad del trabajador (SL2585 de 2019).
d) La concesión de vacaciones (SL6621 de 2017).
e) Aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555 de 2015).
f) Cierta continuidad del trabajo (SL981 de 2019).
g) El cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (SL981 de 2019).
h) La realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344 de 2020).
i) El suministro de herramientas y materiales (SL981 de 2019).
j) El hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (SL4479 de 2020).
k) El desempeño de un cargo de la estructura empresarial (SL Rad 34.393 del 24 de agosto de 2010; SL2885 de 2019).
l) La terminación libre del contrato (SL6621 de 2017).
m) La integración del trabajador en la organización de la empresa (SL4479 de 2020; SL5042 de 2020).

Finalmente, en las sentencias SL3436 de 2021, SL125 de 2022, SL1233 de 2022, entre otras, se analizó el criterio de integración del trabajador en la organización de la empresa, concluyendo la H. CSJ que una empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de un titular, siendo indicio de subordinación que el empresario organice, de manera autónoma, sus procesos productivos e inserte al trabajador, dirigiendo y controlando su labor, en pro de sus fines empresariales, ya que si el colaborador no tiene un negocio propio ni una organización empresarial con una estructura propia, medios de producción, especialización y recursos, se infiere que carece de autonomía propia de quien *realiza libremente*

un trabajo para un negocio, siendo que en realidad *aporta su fuerza de trabajo al engranaje de un negocio conformado por otro*.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, la apoderada sustituta de la **DEMANDADA** solicitó en su recurso de apelación revocar el numeral 1° del fallo de primera instancia, alegando que no hay merito probatorio para declarar dicho contrato de trabajo.

Revisado el expediente, observa la Sala que no existe ninguna prueba documental que acredite la prestación personal del servicio del **DEMANDANTE** por el periodo anterior a la suscripción del convenio de trabajo asociados del 20 de septiembre de 2000.

Así las cosas, conforme los antecedentes normativos expuestos, procede la Sala a revisar si las pruebas testimoniales o el interrogatorio de la representante legal de la **DEMANDADA** acreditaron, al menos, la prestación personal del servicio del **DEMANDANTE** entre el 02 de febrero de 1991 al 19 de septiembre de 2000.

En su interrogatorio, SHAIRA TRUJILO CHACÓN, representante legal de la **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A.**, manifestó que antes de 2000 no hubo prestación de servicios entre las partes, sin embargo, señaló que el **DEMANDANTE** trabajó con una persona natural, con quien la empresa en los años noventa tenía un contrato de prestación de servicios de pintura y latonería de vehículos, sin recordar el nombre de dicha persona ni el periodo exacto en que estuvo vigente dicho contrato de servicios (42:15 y 53:00 archivo "*35.1Audiencia*" C01Principal).

Por su parte, JOSÉ ALEJANDRO MELO HERRERA, en su calidad de jefe de producción de la **DEMANDADA**, afirmó en su interrogatorio que en 1995 estuvo unos meses en Bogotá D.C., periodo en el cual observó que el **DEMANDANTE** trabajó con un señor llamado ALFONSO, de quien no recordó su apellido, quien era un tercero pintor

que en ocasiones traía al **DEMANDANTE** para que lo ayudará (15:16 archivo "*35.2Audiencia*" C01Principal)

A su vez, EFRAÍN NIETO AGUDELO, en su testimonio indicó que laboró con el **DEMANDANTE** desde 1991, afirmando que aquel ingresó como pintor de vehículos y que laboraba todos los días, sin embargo, señaló que no conoció las particularidades de la contratación (01:27:09 archivo "*35.1Audiencia*" C01Principal).

La apoderada de la **DEMANDADA**, en su recurso de apelación, afirmó que no existe ninguna prueba de que EFRAÍN NIETO AGUDELO hubiera prestado su servicio en las instalaciones de la **DEMANDADA**. En efecto, revisadas las pruebas documentales allegadas por las partes, no existe ninguna prueba de que dicho testigo hubiera prestado su servicio desde 1991 junto con el **DEMANDANTE**, por cuanto si bien los documentos relativos a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADOS ASOTÉCNICA AUTOMOTRIZ** si relacionan a EFRAÍN NIETO AGUDELO, ninguno de dichos documentos es anterior a la orden OPS-0000716 del 1º de julio de 2004 (Pág. 108 a 126 archivo "*001ContestacionDeDemanda*" C01Principal).

Así las cosas, le asiste razón a la parte **DEMANDADA** en su alegato de que no existe soporte probatorio del dicho del testigo EFRAÍN NIETO AGUDELO, relativo a sus presuntos 27 años de servicios en la **DEMANDADA** por los cuales conoció al **DEMANDANTE**, motivo por el cual no existe la suficiencia probatoria necesaria para dar por probada la prestación personal del servicio por el **DEMANDANTE** con anterioridad al 20 de septiembre de 2000, razón por la cual se revocará el numeral primero del fallo de primera instancia.

Resuelto el recurso de apelación de la **DEMANDADA**, procede la Sala a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE**, quien alega que las pruebas recaudadas en el proceso acreditan los elementos esenciales de un contrato de trabajo entre las partes.

Sea lo primero reiterar que no existe ninguna prueba contundente de que, al menos, el **DEMANDANTE** haya prestado su servicio personal entre el 02 de febrero de 1991 y el 19 de septiembre de 2000, por lo cual no se activa si quiera la presunción del artículo 24 CST y, en consecuencia, no hay merito probatorio para declarar una relación laboral entre las partes por dicho periodo.

Desde el 20 de septiembre de 2000, advierte la Sala que el **DEMANDANTE** ingresó como asociado de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADOS ASOTÉCNICA AUTOMOTRIZ**, aspecto que se acredita de las manifestaciones efectuadas en la conciliación extrajudicial laboral celebrada el 25 de agosto de 2011 y la respectiva liquidación final de la relación cooperativa (Pág. 148 a 152 archivo "*003Demanda*" C02Principal).

La vinculación del **DEMANDANTE** a la precitada cooperativa acredita la prestación personal del servicio en las instalaciones de la **DEMANDADA**, aspecto que es reconocido en la contestación de la demanda, en la cual la empresa alega como tesis defensiva que los servicios que desarrolló el **DEMANDANTE** en sus instalaciones lo fue como un tercero en virtud de las relaciones comerciales que existieron entre la empresa y la cooperativa, aspecto reiterada expresamente en la conciliación del 25 de agosto de 2011.

Así las cosas, el **DEMANDANTE** logró activar la presunción de existencia de contrato de trabajo del artículo 24 CST, en consecuencia, conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ, corresponde a la **DEMANDADA** desvirtuar dicha presunción, acreditando que no se reúnen los elementos restantes del contrato de trabajo, a saber, la subordinación y salario.

La **DEMANDADA** aportó copia de la orden de prestación de servicios OPS-0000716 vigente del 1º de julio de 2004 hasta el 30 de

junio de 2005, OfOPS-0000189, OFOPS-0000354, OFOPS-0000538 (Pág. 22 a 83 archivo "*020ContestacionDeDemanda*" C02Principal).

Dichos documentos no son suficientes para desvirtuar la presunción de contrato de trabajo, por cuanto las condiciones pactadas entre la **DEMANDADA** y la cooperativa, por si mismas, no acreditan las condiciones como el **DEMANDANTE** desarrolló su servicio personal.

No obstante, advierte la Sala que el testigo EFRAÍN NIETO AGUDELO, indicó en su declaración que el servicio del **DEMANDANTE** tenía un horario de entrada a las 7am, pero no de salida y que inclusive debían ir en la noche o en los festivos a prestar su actividad, así mismo, que el valor de la remuneración varía según el número de trabajos encargados por la **DEMANDADA** (01:27:09, 01:52:28, 01:58:39 archivo "*35.1Audiencia*").

Por su parte, JORGE ENRIQUE HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en su testimonio, indicó que el pago del **DEMANDANTE** variaba según el trabajo realizado, afirmando que la orden de trabajo de la **DEMANDADA** permitía conocer qué servicio se requería en cada vehículo y luego pasaban facturas para que la empresa mirara las placas, radicará la orden completa y procediera al pago (02:13:44, 02:24:14 archivo "*35.1Audiencia*").

A su vez, LUÍS ALBERTO TOVAR POVEDA indicó que el **DEMANDANTE** ingresaba a las 7am o 8am, según la cantidad de trabajo y que a veces eran programados los domingos, así mismo, si bien el testigo indicó que no podían jugar, leer o descansar durante las horas de trabajo porque les llamaban la atención, luego señaló que si no habían ordenes de trabajo se iban a caminar o al casino para que de ese modo nos los colocarán a hacer tareas, así mismo, informó que el horario del **DEMANDANTE** dependía del trabajo que le remitía la **DEMANDADA** y que no había un trabajo fijo en el día (02:29:37, 02:49:58, 02:54:47 archivo "*35.1Audiencia*").

El dicho de los testigos permite inferir, razonablemente, que si bien todos ellos coinciden en afirmar que el **DEMANDANTE** debía asistir a las instalaciones de la **DEMANDADA** a prestar su servicio personal, el horario de ingreso y de salida variaba según el número de órdenes de servicios emitidas al **DEMANDANTE**, así mismo, que no existía un pago ni trabajo fijo, por lo cual el valor de la remuneración varió según la cantidad de órdenes, aspectos que permiten inferir la ausencia de requerimientos constantes, establecer en el tiempo, de servicios por parte de la empresa.

De otra parte, el apoderado sustituto del **DEMANDANTE** alegó en su recurso de apelación que los controles de ingreso a las instalaciones de la **DEMANDADA** son prueba de subordinación, lo cual se tradujo en la obligación de portar carnet y acreditar el pago de aportes a seguridad social para poder solicitar la autorización de ingreso.

Sobre este punto, resulta relevante considerar que la H. CSJ ha indicado que las medidas de supervisión o vigilancia no implican, por si solas, la subordinación propia de un contrato de trabajo, conforme lo señalado en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4347 de 2020, SL2626 de 2021, SL3324 de 2021, SL658 de 20222, entre otras.

En el caso bajo estudio, JORGE ENRIQUE HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ señaló en su testimonio que se debía llevar un papel con el pago de salud para que el fiscal de la cooperativa y el administrador de la **DEMANDADA** autorizaran el ingreso (02:22:00 archivo "*35.1Audiencia*"), medidas que resultan razonables para controlar el ingreso de terceros a las instalaciones de la compañía y para el cumplimiento de las obligaciones del contratante frente al SG-SST consagradas en el artículo 2.2.4.6.4 del Decreto 1072 de 2015 y demás normas concordantes, lo cual concuerda con el dicho de JOSÉ ALEJANDRO MELO HERRERA, jefe de producción de la **DEMANDADA**,

quien afirmó que los contratistas o terceros con ingreso frecuente a la compañía, es decir, de al menos un día a la semana, reciben una tarjeta y una escarapela (08:41 archivo "*35.2Audiencia*"), por tanto, concluye esta Sala que dichos mecanismos no implican subordinación laboral.

De otra parte, se alegó en el recurso de apelación del **DEMANDANTE** que se impuso el cumplimiento de actividades, sin embargo, revisadas las pruebas documentales allegadas al expediente por ambas partes, no queda duda alguna de que entre la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADOS ASOTÉCNICA AUTOMOTRIZ** y la **DEMANDADA** existieron varias órdenes de servicios mecánicos a los vehículos de la compañía, siendo el **DEMANDANTE** un trabajador cooperado encargado de la pintura automotriz, por ende, no resulta contrario a la autonomía propia de los contratos de servicios personales distintos al laboral, el que la **DEMANDADA** expidiera ordenes de servicios detallando los manejos requeridos en cada vehículo, cuyo cumplimiento asumió el **DEMANDANTE** en lo que respecta a pintura, hojas de órdenes que también eran usadas para tarifas los servicios conforme las tarifas acordadas entre la empresa y la cooperativa.

Considera esta Sala que el usó de las precitadas ordenes de servicios no limitó la libertad del **DEMANDANTE** para autogestionar su actividad como pintor automotriz, lo cual reafirmó JORGE ENRIQUE HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, quien señaló que el **DEMANDANTE** tenía autonomía para pintar el carro, bajo el visto bueno del administrador de la empresa (02:24:14 archivo "*35.1Audiencia*"), visto bueno que a juicio de esta Sala no es una limitación de la autonomía del trabajador cooperado sino una instancia de supervisión de que el contrato de servicios entre la empresa y la cooperativa se desarrollara a feliz término.

Es importante considerar que todos los testigos solicitados por la parte **DEMANDANTE** indicaron que los supervisores de la

DEMANDADA o jefes del taller impartieron ordenes al **DEMANDANTE** sobre cómo desarrollar sus actividades, manifestaciones que coinciden en señalar a las órdenes de servicios como el mecanismo por el cual recibían ordenes de qué hacer y conocer cuál era la labor mandada, inclusive, JORGE ENRIQUE HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ señaló que no podían realizar trabajo sin una orden, así mismo, los testigos y el propio **DEMANDANTE** reconocieron que debían entregar las ordenes de trabajo para que la empresa verificará los servicios realizados y los tuviera en cuenta para hacer el pago.

Las anteriores manifestaciones, lejos de demostrar una subordinación laboral, acreditan que en realidad la **DEMANDADA** se acogió a los convenios comerciales suscritos con la cooperativa de trabajo asociado, los cuales acordaron que la empresa solicitaría ordenes de servicios de mecánica automotriz a la cooperativa y que aquella se obligaba a cumplir los servicios requeridos, lo cual explica el uso de las llamadas ordenes de servicios como medio por el cual la **DEMANDADA** identificaba el servicio a realizar, sin que ello implicara una subordinación propia de las relaciones laborales sino simplemente el uso de los mecanismos acordados entre las partes para solicitar la provisión de servicios.

Ahora bien, no pasa por alto esta Sala que el apoderado sustituto del **DEMANDANTE** alegó en su apelación que la **DEMANDADA** intervino directamente en la creación y funcionamiento de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADOS ASOTÉCNICA AUTOMOTRIZ** y que constriñó a los trabajadores, entre ellos al **DEMANDANTE**, para afiliarse a dicha cooperativa, para de ese modo burlar los derechos laborales.

Si bien el **DEMANDANTE** y sus testigos fueron coincidentes en señalar que la **DEMANDADA** los obligó a afiliarse a dicha cooperativa y que la empresa fue la que costeó todo el proceso de constitución de dicha organización, lo cierto es que no existe ningún soporte probatorio del dicho de los deponentes, inclusive, llama la atención que LUÍS

ALBERTO TOVAR POVEDA, quien firmó varias de las ofertas en nombre de la Cooperativa, no soportó sus afirmaciones de que la **DEMANDADA** fue la real artífice de la creación de la organización (Pág. 35, 72 y 82 archivo "*020ContestacionDeDemanda*" C02Principal) y, en todo caso, la decisión de la apoderada del **DEMANDANTE** de no demandar a dicha Cooperativa impidió la posibilidad de solicitar pruebas a dicho ente que apoyaran la tesis de la parte promotora del litigio.

En cuanto el reclamo efectuado en el recurso de apelación de que la parte **DEMANDANTE** allegó pruebas extraprocesales que ratifican la tesis de la existencia del contrato realidad, revisadas las mismas, observa esta Sala que corresponden a copia autenticadas por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que comprenden la reproducción incompleta del contrato de asociación, la conciliación por la cual finalizó la relación cooperativa, la liquidación, pago de aportes a seguridad social y ordenes de trabajo, documentos que por sí solos únicamente acreditan la prestación personal del servicio del **DEMANDANTE** como asociado, sin demostrar en modo alguno las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló tal actividad, motivo por el cual no son prueba que permitan consolidar las pretensiones de la demanda (pág. 145 a 291 archivo "*003Demanda*" C02Principal).

Conforme las anteriores consideraciones, en el caso bajo estudio, concluye esta Sala que existen suficientes elementos de prueba que permiten concluir que la **DEMANDADA** logró desvirtuar la presunción de existencia de contrato de trabajo, por el tiempo en que el **DEMANDANTE** prestó sus servicios en las instalaciones de la **DEMANDADA** como trabajador cooperado.

En efecto, aplicando las consideraciones normativas relativas a la regla jurisprudencial del uso de la Recomendación 198 de la OIT para resolver controversias relativas a la existencia de un contrato de trabajo, advierte la Sala que varios de los "*indicios de determinación de*

relación subordinada" no se cumplen en el caso bajo estudio, por cuanto no se acreditó exclusividad, concesión de vacaciones, aplicación de sanciones disciplinarias, la existencia de un solo beneficiario de los servicios por cuanto se acreditó que la **DEMANDADA** pagaba los servicios a la Cooperativa, el desempeño de un cargo de la estructura empresarial de la **DEMANDADA**, quien en su objeto social no tiene el mantenimiento de vehículos y manifestó no contar en su planta el cargo de técnico pintor (Pág. 3 archivo "*021SolicitudDePronunciamientoDeLasPartes*"), ni una marcada integración del **DEMANDANTE** en la organización de la empresa.

Así las cosas, se rechazan las suplicas elevadas en el recurso de apelación del **DEMANDANTE**.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Resueltos todos los puntos de los recursos de apelación del **DEMANDANTE** y la **DEMANDADA**, la Sala revocará el numeral primero del fallo de primera instancia y en su lugar absolverá de la declaratoria de contrato de trabajo, para lo cual se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación, a su vez, no accederá a las suplicar de la parte **DEMANDANTE** de declarar la existencia de un contrato de trabajo y acceder a todas las pretensiones elevadas en la demanda.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

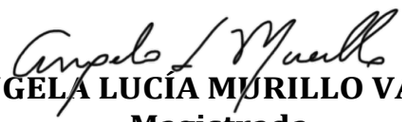
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación, conforme la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales del fallo de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada.
En uso de permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 025 2017 00562 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes, contra la sentencia proferida el 5 de abril de 2021 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de prestaciones sociales.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JAIME RODRIGUEZ BUSTOS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de CARLOS PRIETO CONSTRUCCIONES S.A.S., con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 20 de febrero de 2000 y el 23 de diciembre de 2016. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la demandada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que inició a prestar servicios en favor del demandado desde 20 de febrero de 2000; que fue contratado de manera verbal para desempeñar el cargo de pintor; que debía trabajar de lunes a viernes de siete de la mañana a seis de la tarde y sábados de siete de la mañana hasta el medio día; que el último salario devengado fue la suma de $1.069.886,68; que las cotizaciones a pensión siempre fueron realizadas sobre la base de un salario mínimo; que el 23 de diciembre de 2016 el demandado, de manera verbal, dio por terminado el contrato de trabajo y no le pago las prestaciones adeudadas.

Señaló que según la historia laboral expedida por COLPENSIONES, inicialmente le realizaban las cotizaciones a pensión a nombre de JOSE CARLOS ARTURO PRIETO RODRIGUEZ como persona natural y con posterioridad, desde el año 2009, los realizó a nombre de PRIETO CONSTRUCCIONES S.A.S., sociedad en la que figura como representante legal JOSE CARLOS ARTURO PRIETO RODRIGUEZ; aclaró que inicialmente los servicios fueron prestados a esta persona en cuanto no había creado la sociedad y con posterioridad y sin solución de continuidad continuo prestado servicios en favor de la sociedad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CARLOS PRIETO CONSTRUCCIONES S.A.S. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de pago, cumplimiento de la obligación y prescripción (fls. 62 a 71).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 5 de abril de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo y

condenó al pago de prestaciones sociales. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandado CARLOS PRIETO CONSTRUCCIONES S.A.S. y el demandante señor JAIME RODRIGUEZ BUSTOS existió una relación laboral con extremos temporales desde el 20 de febrero de 2000 hasta el 16 de diciembre de 2016 mediante la modalidad de contrato verbal a término indefinido, para desempeñar el cargo de decorador pintor, con un último salario real devengado para el año 2016 de $767.155, vínculo laboral que término sin justa causa imputable al empleador, por lo motivado. **SEGUNDO: DECLARAR** que el demandado CARLOS PRIETO CONSTRUCCIONES S.A.S. no canceló al demandante señor JAIME RODRIGUEZ BUSTOS a la terminación del contrato, la liquidación final de prestaciones sociales del auxilio de cesantías e intereses a las cesantías no prescritos correspondiente a los años 2000 a 2015, por lo motivado. **TERCERO: CONDENAR** al demandado CARLOS PRIETO CONSTRUCCIONES S.A.S. a pagar al trabajador JAIME RODRIGUEZ BUSTOS, por concepto de cesantías e intereses a las cesantías no prescritos a partir del 20 de febrero de 2000 hasta el 16 de diciembre de 2016, la suma de $8.158.883 por lo motivado. **CUARTO: DECLARAR Y CONDENAR** a la demandada CARLOS PRIETO CONSTRUCTORES S.A.S. al reconocimiento y pago de $8.870.585 por concepto de indemnización por despido injusto a favor del demandante JAIME RODRIGUEZ BUSTOS, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago, de acuerdo a lo motivado. **QUINTO: ABSOLVER** a CARLOS PRIETO CONSTRUCCIONES S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra, por lo motivado. **SEXTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción, conforme lo motivado. **SEPTIMO:** COSTAS a cargo de la parte demandada CARLOS PRIETO CONSTRUCCIONES S.A.S. por la suma de $1.360.000 a favor del demandante"*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes dentro de los extremos planteados en la demanda. Para resolverlo indicó que está demostrado que entre las partes existió una relación laboral regida

por un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 20 de febrero de 2000 y el 16 de diciembre de 2016, señaló que aun cuando obra un contrato de trabajo a término fijo de un año suscrito por las partes en el año 2013, lo cierto es que el demandado no podía modificar las condiciones laborales para desmejorarlas con un contrato a término indefinido. Señaló que la relación laboral finalizó sin justa causa imputable al empleador, pues en su criterio, la carta de renuncia suscrita por el demandante carece de validez porque corresponde a un formato predeterminado por la sociedad demandada que hizo suscribir al actor, lo que hace pensar que el retiro no fue voluntario. Por ello, condenó al pago de la indemnización por despido injusto y las cesantías e intereses a las cesantías. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, sobre los derechos causados con anterioridad al 29 de septiembre de 2014, con excepción de las cesantías.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandante pide que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que dentro del expediente se acreditó que el último salario del actor era superior al mínimo legal mensual vigente, que los extractos bancarios aportados con la demanda dan cuenta de las consignaciones realizadas por su empleador, las cuales son superiores al salario mínimo, que además no se valoró la prueba testimonial que señaló de manera clara haber trabajado en la empresa para la misma época del demandante y constarle que éste nunca devengó el salario mínimo.

Frente a la sanción por no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria, señaló que en este caso la mala fe se hace evidente porque durante toda la relación laboral los pagos de la demandada por este concepto fueron irregulares, pues si bien la demandada fundamentaba su omisión en supuestos problemas

financieros, éstos nunca se probaron dentro del proceso y por ello estima procedente la condena por este concepto.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación parcial frente a la condena referida a la indemnización por despido injusto. Para sustentar el recurso aduce que en el caso bajo estudio se acreditó que la forma de terminación del contrato obedeció a la renuncia presentada por el trabajador, que si bien el documento suscrito por el actor corresponde a un formato elaborado por la sociedad, lo cierto es que dentro de las empresas de construcción se acostumbra realizar este tipo de formas para facilidad de las personas y ello no le resta validez o se configura en un indicio de que tal documento no fue suscrito de manera voluntaria. Señaló que es claro que la relación terminó por renuncia del trabajador, que el documento que contiene la renuncia no fue tachado y en ese orden de ideas debe revocarse la condena al pago de la indemnización por despido injusto.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el pago de una indemnización por despido injusto, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir el valor del último salario devengado por el actor; si es procedente la condena al pago de la indemnización por despido injusto impuesta por el juez de primera instancia, y si se dan los presupuestos definidos en la ley y la jurisprudencia para condenar al pago de la sanción por no consignación de cesantías a un fondo y la indemnización moratoria.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** entre el demandante y la sociedad CARLOS PRIETO CONSTRUCTORES S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 20 de febrero de 2000 y el 16 de diciembre de 2016 (hecho definido por el juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso).

- **Sobre el Concepto de Salario**

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

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1993 que modificó el artículo 128 CST, señala que no tienen naturaleza salarial los pagos que recibe el trabajador en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; así como

los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. Sin embargo, tal como lo dispuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado N° 39475 del 13 de junio de 2012, "*la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo*".

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que en el caso bajo estudio la apoderada del demandante aduce en el recuso que el actor devengó como último salario una suma superior al salario mínimo legal mensual vigente y que prueba de ello son los extractos bancarios aportados al expediente.

Una vez revisado el expediente se advierte que de folios 31 a 36, se aportó copia de los extractos bancarios del actor, correspondientes al año 2016. De dichos documentos se observa que si bien durante este año el actor recibió varios pagos de sumas variables por parte de su empleador, que en efecto, durante los meses de enero, febrero, marzo, abril, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre, eran superiores al salario mínimo de dicha anualidad, no es posible deducir que la totalidad de los montos consignados correspondan realmente al salario del actor, o mejor, tengan carácter retributivo del servicio.

A juicio de la Sala, dichos documentos no son prueba suficiente para determinar que estos rubros recibidos sean efectivamente salario, pues de la anotación genérica que corresponde a un abono de nómina, no se deduce que sean pagos retributivos del servicio, y tampoco se aportó prueba adicional que corrobore o discrimine a que son imputables dichos valores. Tampoco resulta atendible el argumento planteado por la

apoderada del demandante, relacionado con la manifestación realizada por la testigo SONIA ANGELICA SANDOBAL LOMBANA (CD. 3 min. 22:54), referente a que el actor devengaba más de un salario mínimo, pues de igual forma, de ese solo dicho no se deduce el valor exacto del salario, además la testigo solo refirió al efecto que el actor devengaba un porcentaje superior al mínimo, pero no sabía cuánto y aunado a ello, no manifestó la razón por la cual le consta este hecho, solo dijo ser cuñada del demandante y que éste les comentaba de su situación laboral.

Por ello y dado que no se probó la existencia de un salario superior, se confirmará en lo pertinente la decisión de primera instancia en este aspecto.

- **Sobre la terminación del contrato de trabajo**

Aduce el apoderado de la parte demandada en el recurso que está acreditado dentro del expediente que la causa de la terminación del contrato fue la renuncia presentada por el actor y por ello no procede la indemnización por despido injusto que reconoció el juez de primera instancia.

Para resolver lo pertinente, es preciso señalar que en casos en que se aduce la terminación unilateral del contrato sin justa causa por parte del empleador, de acuerdo a la distribución de la carga de la prueba, le corresponde al demandante acreditar el rompimiento del vínculo por parte del empleador, para que se traslade dicha carga a éste último y acredite la ocurrencia de los hechos en los cuales fundó su determinación, para así exonerarse del pago de la indemnización por despido injusto. (CSJ, Sala Laboral, sentencia radicación 29213 del 14 de agosto de 2007 y SL1680-2019).

Una vez revisado el expediente, se advierte que a folio 82, la demandada aportó documento suscrito por el demandante el día 16 de diciembre de 2016, donde manifiesta que presenta renuncia

voluntaria al cargo que desempeñaba. Sobre dicho documento la apoderada de la parte demandante presentó tacha de falsedad dentro de la audiencia celebrada el día 24 de septiembre de 2018 (Cd. 1), argumentando que JAIME RODRIGUEZ BUSTOS manifestó que la firma no corresponde a la suya. Para dar trámite a la tacha presentada, el juez decretó como prueba un análisis grafológico para establecer la autenticidad de la firma del actor, y para ello ofició al Grupo de Grafología y Documentología Forense del Instituto de Medicina Legal, no obstante, dicha prueba no se concretó, pues la entidad remitió una comunicación para que se aportaran unos documentos y aunque tales documentos fueron allegados a la entidad, el dictamen no se realizó; sin embargo, el juez dispuso el cierre del debate probatorio sin referir lo sucedido con tal dictamen y ninguna de las partes realizó pronunciamiento alguno sobre el particular.

Sobre lo anterior y pese a que el demandante reiteró en la diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 2 min. 33:40) que no suscribió el documento que contiene la renuncia, lo cierto es que en los términos que define el inciso final del artículo 272 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y SS la Sala no puede desconocer la validez del documento, en cuanto no se demostró su falta de veracidad.

Si bien, CAROL ANDREA PRIETO RODRIGUEZ (CD. 3 min. 6:24), en diligencia de testimonio, manifestó ser la persona que manejaba la parte de recursos humanos de la sociedad desde el 2009 hasta el año 2018 y precisó que la empresa tenía unos formatos para que las personas presentaran renuncia, y precisó que ello se hacía de esa forma porque es costumbre en las empresas de construcción, para dar mayor facilidad a los trabajadores. Lo cierto es que de tal afirmación no se deduce que la renuncia presentada por el actor no fuera voluntaria o se hubiere realizado bajo presión,

como lo concluyó el juez de primera instancia para restarle validez al documento y definir que se trató de un despido sin justa causa.

A juicio de la Sala, dentro de un proceso judicial, a un documento solo se puede restársele validez cuando éste se controvierte debidamente y se aportan las pruebas que acreditan su falta de veracidad o por lo menos dan indicios de que el documento que se aporta no corresponde a la realidad. En casos en que se tacha de falso un documento y no se aporta prueba alguna que acredite tal situación, no es posible que el juez le reste fuerza probatoria sin contar con los elementos de juicio necesarios para realizar la valoración respectiva y otorgarle o quitarle el valor demostrativo que corresponda. Por ello, resultaba improcedente que el juez le restara validez a la renuncia que aportó al expediente la parte demandada, y dedujera que ésta no fue voluntaria, pues no existen pruebas que controviertan su validez o acrediten que el actor suscribió dicho documento bajo presión. En este orden de ideas, la Sala revocará en este punto la sentencia de primera instancia que condenó al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

- **Sobre la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.**

Para resolver lo pertinente, el artículo 65 del CST establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, debe pagar un salario diario por cada día de mora. Por otra parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece a cargo del empleador el pago de la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, cuando no cumple dicha obligación dentro del término legal.

Al efecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposición, su aplicación no procede de forma automática, sino que

es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL2885 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL1702 de 2020, SL5086 de 2020, entre otras.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó el pago de estas sanciones, pues si bien se dictó condena por el pago de las cesantías porque la demandada no acreditó haber consignado el valor que correspondía al fondo correspondiente, lo cierto es que dentro del expediente obra prueba de que el demandado liquidó y pagó al actor las prestaciones adeudadas (fls. 78 a 94), incluyendo las cesantías que fueron canceladas de manera directa al trabajador, razón que sirvió de fundamento al juez para condenar al demandado a pagar estos conceptos por realizar mal el pago. No obstante, de este solo hecho (haber pagado las cesantías de manera directa al trabajador), no puede la Sala deducir o concluir que existió mala fe de la sociedad demandada, pues en realidad no se sustrajo en la obligación de cancelar al demandante los valores adeudados.

Además de lo anterior, los testigos CAROL ANDREA PRIETO RODRIGUEZ (CD. 3 min. 6:24) y CLARA INES RODRIGUEZ BUSTOS (CD. 4, min. 7:51), sobre este punto manifestaron que al actor en muchas ocasiones debían realizarle pagos en efectivo o en cuentas a nombre de otras personas, porque él así lo pedía. Este hecho lo corrobora el testigo citado por la parte demandante EDINSON RODRIGUEZ BUSTOS, quien manifestó que también trabajaba en la sociedad demandada y su hermano Jaime le pedía el favor de permitir que le realizaron los pagos en su cuenta y él retiraba y le entregaba el dinero. Luego, los pagos se realizaban al actor en la forma que le pedía a su empleador que fueran realizados,

situación que a juicio de la Sala excluye la mala fe del empleador, pues como se dijo, no se sustrajo en la obligación de pagar al actor los salarios y prestaciones correspondientes.

Por lo anterior, se confirmará en este punto la sentencia de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar ABSOLVER al demandado del pago de la indemnización por despido sin justa causa.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 027 2017 00461 02

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN, COLFONDOS y PORVENIR contra la sentencia proferida el 10 de junio de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ANA ELENA CONCHA PERDOMO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 16 de octubre de 1959; que labora al servicio de la Universidad Nacional desde el 1° de agosto de 1990; que realizó aportes a la Caja de Previsión de la Universidad Nacional de Colombia desde esa fecha hasta el año 2000; que en mayo de 2000, se trasladó al RAIS administrado por la AFP SANTANDER; que el 22 de abril de 2008 se trasladó a la AFP COLFONDOS. Señaló, que al momento del traslado de régimen las AFP demandadas no le brindaron asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 2 de junio de 2017 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (Fls. 74 a 89).

La **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A**. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho

reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad y buena fe (Fls. 138 a 169).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A**. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante y frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (Fls. 202 a 220).

Mediante auto proferido en audiencia del 30 de enero de 2019, el Juzgado dispuso vincular al proceso a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA en calidad de litisconsorcio necesario (Fl. 243, Cd. 3).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de la señora ANA ELENA CONCHA PERDOMO del Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS*

PORVENIR S.A. y el posterior traslado efectuado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ANA ELENA CONCHA PERDOMO como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.* ***TERCERO: CONDENAR*** *igualmente a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a que traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas a la demandante por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo en que la demandada estuvo afiliada a dicha entidad.* ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES tener como válidamente afiliada a la señora ANA ELENA CONCHA PERDOMO al Régimen de Prima Media con prestación definida y recibir las cotizaciones provenientes de los fondos privado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.* ***QUINTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.* ***SEXTO: ABSOLVER*** *a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra.* ***SÉPTIMO: CONDENAR*** *en costas a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. en la suma de $1.500.000 como agencias en derecho. No condenar en costas a COLPENSIONES ni a PROTECCION S.A., COLFONDOS y la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, toda vez que quien dio inicio a este proceso fue la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema

de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz. Agregó que como no es posible disponer el regreso de la actora a la Caja de Previsión de la Universidad Nacional, en cuanto ya fue liquidada, deberá tenerse como afiliada válida al RPM a través de COLPENSIONES, administradora de este régimen.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar su recurso aduce que la actora efectuó cotizaciones a la Caja de Previsión de la Universidad Nacional y nunca estuvo afiliada o efectuó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES. Señala que la demandante se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y no cumple los requisitos definidos en la sentencia SU 062 de 2010 para obtener el beneficio de poder trasladarse en cualquier tiempo.

El apoderado de la demandada **PROTECCION** interpuso recurso de apelación frente a la condena de devolución de gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que Protección es un tercero de buena fe en cuanto la afiliación inicial de la demandante al RAIS se efectuó a través de Porvenir, entidad que dio lugar a la ineficacia del traslado, y a la cual se trasladó la totalidad de los valores que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Señala que de todas formas la condena es improcedente, pues los gastos de administración constituyen un descuento debidamente autorizado por la ley y que corresponde a la labor de administración y custodia que realiza el fondo de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, que

disponer su devoluciones genera un desequilibrio entre COLPENSIONES y su representada, pues la administradora del RPM estaría recibiendo unos valores que no se causaron en cuanto no realizó laboral de administración alguna.

El apoderado de la demandada **COLFONDOS** interpuso recurso de apelación para que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la demandante no logró acreditar la existencia de vicio en el consentimiento alguno, al realizar el acto de traslado de régimen pensional, y por el contrario a lo largo del tiempo ratificó su voluntad de pertenecer al RAIS efectuando traslados entre AFP y sin manifestar inconformidad o voluntad de regresar al RPM. Señala que para el momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional no existían las condiciones del cumplimiento al deber de información en los términos en que se concibe en la actualidad y por ello no se le puede imponer a la entidad una carga legal que no había sido definida en la época que se materializó el acto de traslado.

La apoderada de **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que estos gastos son un descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, que además la devolución de estos valores constituiría un enriquecimiento sin causa para la entidad que los recibe y no realizó labor alguna durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PROTECCION presentó

alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto absolvió dicha entidad de la totalidad de las pretensiones.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como la procedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 16 de octubre de 1959 (fl. 39); ***ii)*** que presto servicios a la Universidad Nacional de Colombia entre el 1° de agosto de 1990 y el 30 de junio de 2000, tiempo durante el cual efectuó aportes a la Caja de

Previsión de la Universidad Nacional (fl. 178); ***iii)*** que el 15 de junio de 2000, se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 222); ***iv)*** que el 29 de octubre de 2004, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCION (fl. 221); ***v)*** que el 22 de abril de 2008, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 170); ***vi)*** que el 2 de junio de 2017, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 55).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos

regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o*

		promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ANA ELENA CONCHA PERDOMO se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 15 de junio de 2000, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a la Caja de Previsión de la Universidad Nacional.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que

recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd., fl. 296, min. 20:19), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la Universidad Nacional, que acudieron a la Universidad acudió un asesor de un fondo privado, que no recuerda con exactitud a que fondo pertenecía porque el asesor fue en varias oportunidades y siempre cambiaba de fondo. Señaló que el asesor les decía que las cajas de previsión se iban a ser liquidadas y que los aportes realizados podían perderse, que en los fondos privados tendrían mayores beneficios, pero no se le dio información detallada sobre las implicaciones de su decisión. Agregó que cada vez que el asesor cambiaba de fondo, él igualmente la trasladaba de fondo a ella.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se

encontraban, acarreando para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Sobre este último aspecto se advierte que la demandante con anterioridad al traslado realizó aportes a la CAJA DE PREVISION DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, como administradora del Régimen de Prima Media, conviene precisar al efecto que el artículo 14 del Acuerdo 09 del 25 de mayo de 2010, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Nacional, ordenó la liquidación de dicha entidad a partir del 30 de junio de 2010 y dispuso la entrada en funcionamiento del FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL, a partir de esta fecha, Fondo que ordenó crear la Ley 1371 de 2009.

No obstante, no resulta procedente ordenar el regreso de la demandante a tal Fondo, pues éste no recibe afiliados y fue creado para el cumplimiento de unos fines específicos, tales como sustituir a la Caja en el reconocimiento y pago de pensiones de quienes cumplan los requisitos para pensión entre el 23 de diciembre de 1993 y el 30 de junio de 2010, fecha de liquidación de la Caja (artículo 6°, numeral 4° ley 1371 de 2009), y pago del pasivo pensional de la entidad. Como la demandante no cumplió los requisitos definidos en el Acuerdo 20 de 1990 del Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional, norma que regulaba las

pensiones del personal docente y no docente de la Universidad Nacional, para el 30 de junio de 2010, pues para esta fecha un no llegaba a la edad de 55 años (fl. 39), es procedente ordenar su regreso a COLPENSIONES, como única administradora del Régimen de Prima Media (artículo 52 Ley 100 de 1993).

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL 4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados. Como la sentencia de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de

los valores referidos, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora ANA ELENA CONCHA PERDOMO, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de disponer que las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA ELENA CONCHA PERDOMO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2017 00461 02

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la 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, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28 2019 00760 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la parte demandada sobre la sentencia proferida el 30 de abril de 2021, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

RAQUEL REBECA ERASO BRAVO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez aplicando una tasa de remplazo del 90%, teniendo en cuenta el IBL de toda la vida laboral, junto con el pago retroactivo de las diferencias causadas, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Subsidiariamente solicita que se declare que la demandante tiene derecho a que su pensión se reconozca bajo los lineamientos definidos en la ley 71 de 1988 y se condene a reliquidar la pensión teniendo en cuenta el IBL de los 10 últimos años con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 12 de septiembre de 1959; que se afilió por primera vez al ISS en el año 1985; que cotizó al sistema general de pensiones un total de 1.400 semanas; que mediante Resolución SUB 68713 del 14 de marzo de 2018, COLPENSIONES le reconoció una pensión de vejez en cuantía de $2.951.636, supeditada al retiro definitivo del servicio; que mediante Resolución SUB 118120 del 2 de mayo de 2018, la entidad reliquidó la pensión y la reajustó a la suma de $3.043.881 y supedito su pago al retiro definitivo del servicio; señaló que finalmente mediante Resolución GNR 248715 del 20 de septiembre de 2018, la demandada reajustó la prestación en la suma de $3.204.093 y ordenó su inclusión en nómina; que el 24 de mayo de 2019, solicitó a la demandada la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta el IBL de toda la vida laboral y la tasa de remplazo que define la Ley 71 de 1988; que mediante Resolución SUB 194593 del 23 de julio de 2019, la demandada reliquidó la prestación en la suma de $3.310.079, y tuvo en cuenta al efecto la Ley 797 de 2003 y aplicó una tasa de remplazo del 62.48%; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior decisión, pero éstos fueron resueltos de manera desfavorable mediante Resoluciones SUB 217895 del 14 de agosto de 2019 y DPE 9262 del 5 de septiembre de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la edad y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de

inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción sobre las mesadas pensionales, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe (fls. 65 a 69).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 30 de abril de 2021, condenó a la demandada a reliquidar la pensión de vejez de la demandante. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

"***PRIMERO: CONDENAR*** *a la demanda a reliquidar la pensión de vejez reconocida a la señora RAQUEL REBECA ERAZO BRAVO, mediante resolución SUB 68713 del 14 de marzo de 2018, teniendo en cuenta para ello, un total de 1.440 semanas cotizadas al sistema, conforme a la parte motiva de esta sentencia.* ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la demandada a efectuar los cálculos matemáticos correspondientes, a fin de determinar el IBL que le resulte más favorable a los intereses de la demandante, de acuerdo a los preceptos normativos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, así mismo deberá modificar la tasa de remplazo, conforme lo establece el artículo 34 del mismo cuerpo normativo, y si hay lugar a ello deberá, reliquidar el retroactivo pensional respectivo.* ***TERCERO: DECLARAR*** *parcialmente probada la excepción denominada inexistencia del derecho y no probado lo demás.* ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a la demandada. Inclúyase como agencias en derecho la suma de $500.000.* ***QUINTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase al superior a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta"***.**

La Juez fijó el problema jurídico en definir si la actora tiene derecho a la reliquidación de la pensión que reclama. Para resolverlo indicó que la demandante no tiene la condición de beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto no contaba con más de 35 años de edad o 15 años de servicio o cotizaciones a 1° de abril de 1994. Señaló que para la

liquidación de la pensión la entidad no tuvo en cuenta la totalidad del tiempo servido y cotizado por la actora, en cuanto omitió incluir las cotizaciones efectuadas a CAJANAL, que sumando dicho tiempo la demandante completa un total de 1.440 semanas, suma inferior a las 1.390 que tuvo en cuenta COLPENSIONES, concluyó que estas semanas adicionales influyen en el IBL y monto de la prestación reconocida y por ello condenó a la demandada a reliquidar la pensión teniendo en cuenta estos tiempos y de acuerdo a lo regulado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revise en su totalidad la decisión de primera instancia.

El apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que ordenó la reliquidación de la pensión.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones de la entidad demandada se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si procede la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de la controversia que: ***i)*** la demandante nació el 12 de septiembre de 1959 (fl. 15); ***ii)*** que mediante Resolución SUB 68713 del 14 de marzo de 2018, la demandada reconoció una pensión de vejez a la demandante en cuantía inicial de $2.951.636 supeditando el ingreso a nómina al momento que se acredite el retiro del servicio. Al efecto la entidad tuvo en cuenta un total de 1.348 semanas y aplicó una tasa de remplazo del 62.48% (fls. 16 a 19); ***iii)*** que mediante Resolución SUB 118120 del 2 de mayo de 2018, reliquidó la pensión de la demandante en la suma de $3.043.881, teniendo en cuenta al efecto un total de 1.357 semanas y una tasa de remplazo del 63.95% (fls. 20 a 24); ***iv)*** que mediante Resolución SUB 248715 del 20 de septiembre de 2018, la demandada reliquidó la prestación de la demandante en la suma de $3.204.093 y ordenó su inclusión en nómina a partir del 1° de octubre de 2018. Para el efecto tuvo en cuenta un total de 1.385 semanas de cotización y aplicó una tasa de remplazo del 63.79% (fls. 25 a 29); ***v)*** que mediante Resolución SUB 194593 del 23 de julio de 2019, la demandada reliquidó la pensión de la demandante en la suma inicial de $3.208.063 (año 2018), y al efecto tuvo en cuenta un total de 1.390 semanas de cotización y aplicó una tasa de remplazo del 63.78% (fls. 35 a 40); ***vi)*** que la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior decisión y éstos fueron resueltos de manera desfavorable mediante Resoluciones SUB 217895 del 14 de agosto de 2019 y DPE 9262 del 5 de septiembre de 2019 (fls. 41 a 59).

- **Reliquidación de la pensión de vejez**

Se advierte que en el caso bajo estudio la Juez de primera instancia ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante, teniendo en cuenta que la demandada no incluyó dentro del número total de semanas, las cotizadas a CAJANAL y que se encuentran debidamente acreditadas en el expediente.

Para resolver este aspecto de la controversia, la Sala se remite al expediente administrativo aportado al proceso por COLPENSIONES, donde se observa la certificación de tiempos laborados por la demandante a la Fundación Hospital San Pedro de Pasto y que fueron debidamente cotizados a CAJANAL (Cd. 2, *PDF.* 8), así mismo en el *PDF* 17 del mismo *CD,* obra certificación del director de talento humano del Hospital San Pedro de Pasto donde establece que la información contenida en el certificado de información laboral N° 1, es verídica y contiene los datos reales de la prestación del servicio de la demandante en favor de dicho Hospital.

A juicio de la Sala, tales documentos resultan suficientes para concluir que la demandada COLPENSIONES, debía incluir en el número total de semanas cotizadas por la actora de conformidad con el tiempo certificado por dicha entidad; si bien la demandada aduce, en la Resolución SUB 68713 del 145 de marzo de 2018, que tales tiempos no se tenían en cuenta porque la entidad que certifica diligenció indebidamente los formatos, lo cierto es que tal carga no puede ser trasladada a la afiliada desconociendo este tiempo servido, menos aun cuando el director de talento humano del Hospital San Pedro de Pasto informó a COLPENSIONES en comunicación radicada ante dicha entidad el 8 de febrero de 2018, que la información contenida en el certificado de información laboral N° 1, es verídica (Pdf. 17, cd. 2) y con posterioridad mediante derecho de petición radicado ante COLPENSIONES el 9 de marzo de 2018 (Cd. 2. Pdf. 133), el Hospital solicitó a la demandada información de las gestiones que debía realizar o los documentos que debía diligenciar

para que el tiempo de servicio fuera reconocido a la demandante y no obra constancia de que COLPENSIONES se hubiere pronunciado al respecto.

Por lo anterior, el tiempo servido por la demandante al Hospital San Pedro de Pasto entre el 1° de junio de 1984 y el 17 de mayo de 1985, debe incluirse en la historia laboral de la actora; por tal razón, a las 1.390 semanas que la demandada reconoce como cotizadas por la demandante, deben sumarse 49.42 semanas del tiempo referido, lo que arrojaría un total de 1.439,42 semanas.

Así las cosas, procede la reliquidación de la prestación de la demandante teniendo en cuenta el número total de semanas cotizadas, por ello la Sala definirá el valor de la mesada pensional que corresponde a RAQUEL REBECA ERASO BRAVO, teniendo en cuenta los lineamientos que define la Ley 797 de 2003, norma que se aplicó para el reconocimiento de la pensión a la demandante. Al efecto, el artículo 10º de la Ley 797 de 2003 dispone lo siguiente:

"(…) A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente: r= 65.50 -0.50 s, donde: r= porcentaje del ingreso base de liquidación. S= número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(…)

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá

ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima"

Previo a realizar las operaciones aritméticas del caso, precisa la Sala que dentro del *CD # 2*, contentivo del expediente administrativo de la demandante, se encuentra la información requerida para liquidar el IBL de toda la vida laboral o de los 10 últimos años, contrario a lo que definió la juez de primera instancia que concluyó que no contaba con la información necesaria para realizar la liquidación y por ello profirió condena en abstracto.

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1984	Junio	30	$ 56.510	1,65	96,92	58,7394	$ 3.319.363	$ 99.580.895
1984	Julio	30	$ 56.510	1,65	96,92	58,7394	$ 3.319.363	$ 99.580.895
1984	Agosto	30	$ 56.510	1,65	96,92	58,7394	$ 3.319.363	$ 99.580.895
1984	Septiembre	30	$ 56.510	1,65	96,92	58,7394	$ 3.319.363	$ 99.580.895
1984	Octubre	30	$ 56.510	1,65	96,92	58,7394	$ 3.319.363	$ 99.580.895
1984	Noviembre	30	$ 56.510	1,65	96,92	58,7394	$ 3.319.363	$ 99.580.895
1984	Diciembre	30	$ 56.510	1,65	96,92	58,7394	$ 3.319.363	$ 99.580.895
1985	Enero	30	$ 56.510	1,95	96,92	49,7026	$ 2.808.692	$ 84.260.757
1985	Febrero	30	$ 56.510	1,95	96,92	49,7026	$ 2.808.692	$ 84.260.757
1985	Marzo	30	$ 56.510	1,95	96,92	49,7026	$ 2.808.692	$ 84.260.757
1985	Abril	30	$ 76.870	1,95	96,92	49,7026	$ 3.820.636	$ 114.619.083
1985	Mayo	30	$ 34.906	1,95	96,92	49,7026	$ 1.734.918	$ 52.047.531
1985	Junio	30	$ 14.610	1,95	96,92	49,7026	$ 726.154	$ 21.784.634
1985	Julio	30	$ 14.610	1,95	96,92	49,7026	$ 726.154	$ 21.784.634
1985	Agosto	30	$ 14.610	1,95	96,92	49,7026	$ 726.154	$ 21.784.634
1985	Septiembre	30	$ 14.610	1,95	96,92	49,7026	$ 726.154	$ 21.784.634
1985	Octubre	30	$ 25.530	1,95	96,92	49,7026	$ 1.268.906	$ 38.067.194
1985	Noviembre	30	$ 25.530	1,95	96,92	49,7026	$ 1.268.906	$ 38.067.194
1985	Diciembre	30	$ 25.530	1,95	96,92	49,7026	$ 1.268.906	$ 38.067.194
1986	Enero	30	$ 25.530	2,38	96,92	40,7227	$ 1.039.650	$ 31.189.508
1986	Febrero	30	$ 25.530	2,38	96,92	40,7227	$ 1.039.650	$ 31.189.508
1986	Marzo	30	$ 25.530	2,38	96,92	40,7227	$ 1.039.650	$ 31.189.508
1986	Abril	30	$ 25.530	2,38	96,92	40,7227	$ 1.039.650	$ 31.189.508
1986	Mayo	30	$ 25.530	2,38	96,92	40,7227	$ 1.039.650	$ 31.189.508
1986	Junio	30	$ 25.530	2,38	96,92	40,7227	$ 1.039.650	$ 31.189.508
1986	Julio	30	$ 25.530	2,38	96,92	40,7227	$ 1.039.650	$ 31.189.508
1986	Agosto	30	$ 25.530	2,38	96,92	40,7227	$ 1.039.650	$ 31.189.508
1986	Septiembre	30	$ 25.530	2,38	96,92	40,7227	$ 1.039.650	$ 31.189.508
1986	Octubre	30	$ 25.530	2,38	96,92	40,7227	$ 1.039.650	$ 31.189.508
1986	Noviembre	30	$ 25.530	2,38	96,92	40,7227	$ 1.039.650	$ 31.189.508
1986	Diciembre	30	$ 25.530	2,38	96,92	40,7227	$ 1.039.650	$ 31.189.508
1987	Enero	30	$ 25.530	2,88	96,92	33,6528	$ 859.155	$ 25.774.663
1987	Febrero	30	$ 25.530	2,88	96,92	33,6528	$ 859.155	$ 25.774.663
1987	Marzo	30	$ 25.530	2,88	96,92	33,6528	$ 859.155	$ 25.774.663
1987	Abril	30	$ 41.040	2,88	96,92	33,6528	$ 1.381.110	$ 41.433.300
1987	Mayo	30	$ 41.040	2,88	96,92	33,6528	$ 1.381.110	$ 41.433.300
1987	Junio	30	$ 41.040	2,88	96,92	33,6528	$ 1.381.110	$ 41.433.300
1987	Julio	30	$ 41.040	2,88	96,92	33,6528	$ 1.381.110	$ 41.433.300
1987	Agosto	30	$ 41.040	2,88	96,92	33,6528	$ 1.381.110	$ 41.433.300
1987	Septiembre	30	$ 41.040	2,88	96,92	33,6528	$ 1.381.110	$ 41.433.300
1987	Octubre	21	$ 28.728	2,88	96,92	33,6528	$ 966.777	$ 20.302.317
1987	Diciembre	30	$ 25.530	2,88	96,92	33,6528	$ 859.155	$ 25.774.663
1988	Enero	30	$ 25.530	3,58	96,92	27,0726	$ 691.164	$ 20.734.924

1988	Febrero	30	$ 39.310	3,58	96,92	27,0726	$ 1.064.225	$ 31.926.747
1988	Marzo	30	$ 39.310	3,58	96,92	27,0726	$ 1.064.225	$ 31.926.747
1988	Abril	30	$ 39.310	3,58	96,92	27,0726	$ 1.064.225	$ 31.926.747
1988	Mayo	30	$ 39.310	3,58	96,92	27,0726	$ 1.064.225	$ 31.926.747
1988	Junio	30	$ 39.310	3,58	96,92	27,0726	$ 1.064.225	$ 31.926.747
1988	Julio	30	$ 39.310	3,58	96,92	27,0726	$ 1.064.225	$ 31.926.747
1988	Agosto	30	$ 39.310	3,58	96,92	27,0726	$ 1.064.225	$ 31.926.747
1988	Septiembre	30	$ 39.310	3,58	96,92	27,0726	$ 1.064.225	$ 31.926.747
1988	Octubre	30	$ 39.310	3,58	96,92	27,0726	$ 1.064.225	$ 31.926.747
1988	Noviembre	30	$ 39.310	3,58	96,92	27,0726	$ 1.064.225	$ 31.926.747
1988	Diciembre	30	$ 39.310	3,58	96,92	27,0726	$ 1.064.225	$ 31.926.747
1989	Enero	30	$ 39.310	4,58	96,92	21,1616	$ 831.861	$ 24.955.842
1989	Febrero	30	$ 39.310	4,58	96,92	21,1616	$ 831.861	$ 24.955.842
1989	Marzo	30	$ 39.310	4,58	96,92	21,1616	$ 831.861	$ 24.955.842
1989	Abril	30	$ 39.310	4,58	96,92	21,1616	$ 831.861	$ 24.955.842
1989	Mayo	30	$ 39.310	4,58	96,92	21,1616	$ 831.861	$ 24.955.842
1989	Junio	30	$ 39.310	4,58	96,92	21,1616	$ 831.861	$ 24.955.842
1989	Julio	30	$ 39.310	4,58	96,92	21,1616	$ 831.861	$ 24.955.842
1989	Agosto	30	$ 39.310	4,58	96,92	21,1616	$ 831.861	$ 24.955.842
1989	Septiembre	30	$ 41.040	4,58	96,92	21,1616	$ 868.471	$ 26.054.128
1989	Octubre	30	$ 41.040	4,58	96,92	21,1616	$ 868.471	$ 26.054.128
1989	Noviembre	30	$ 41.040	4,58	96,92	21,1616	$ 868.471	$ 26.054.128
1989	Diciembre	30	$ 41.040	4,58	96,92	21,1616	$ 868.471	$ 26.054.128
1990	Enero	30	$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	$ 794.308	$ 23.829.241
1990	Febrero	30	$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	$ 794.308	$ 23.829.241
1990	Marzo	21	$ 33.159	5,78	96,92	16,7682	$ 556.016	$ 11.676.328
1990	Noviembre	30	$ 47.370	5,78	96,92	16,7682	$ 794.308	$ 23.829.241
1991	Enero	30	$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	$ 692.123	$ 20.763.685
1991	Febrero	7	$ 12.747	7,65	96,92	12,6693	$ 161.495	$ 1.130.467
1991	Mayo	30	$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	$ 692.123	$ 20.763.685
1991	Julio	30	$ 54.630	7,65	96,92	12,6693	$ 692.123	$ 20.763.685
1992	Agosto	30	$ 79.290	9,70	96,92	9,9918	$ 792.246	$ 23.767.382
1992	Septiembre	30	$ 79.290	9,70	96,92	9,9918	$ 792.246	$ 23.767.382
1992	Octubre	30	$ 79.290	9,70	96,92	9,9918	$ 792.246	$ 23.767.382
1992	Noviembre	30	$ 79.290	9,70	96,92	9,9918	$ 792.246	$ 23.767.382
1992	Diciembre	30	$ 79.290	9,70	96,92	9,9918	$ 792.246	$ 23.767.382
1993	Enero	30	$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	$ 711.093	$ 21.332.779
1993	Febrero	30	$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	$ 711.093	$ 21.332.779
1993	Marzo	30	$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	$ 711.093	$ 21.332.779
1993	Abril	30	$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	$ 711.093	$ 21.332.779
1993	Mayo	30	$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	$ 711.093	$ 21.332.779
1993	Junio	30	$ 89.070	12,14	96,92	7,9835	$ 711.093	$ 21.332.779
1997	Enero	30	$ 494.000	26,52	96,92	3,6546	$ 1.805.373	$ 54.161.176
1997	Febrero	30	$ 494.000	26,52	96,92	3,6546	$ 1.805.373	$ 54.161.176
1997	Marzo	30	$ 494.000	26,52	96,92	3,6546	$ 1.805.373	$ 54.161.176
1997	Abril	30	$ 494.000	26,52	96,92	3,6546	$ 1.805.373	$ 54.161.176
1997	Mayo	30	$ 494.000	26,52	96,92	3,6546	$ 1.805.373	$ 54.161.176
1997	Junio	30	$ 494.000	26,52	96,92	3,6546	$ 1.805.373	$ 54.161.176
1997	Julio	30	$ 494.000	26,52	96,92	3,6546	$ 1.805.373	$ 54.161.176
1997	Agosto	30	$ 494.000	26,52	96,92	3,6546	$ 1.805.373	$ 54.161.176
1997	Septiembre	30	$ 494.000	26,52	96,92	3,6546	$ 1.805.373	$ 54.161.176
1997	Octubre	30	$ 412.000	26,52	96,92	3,6546	$ 1.505.695	$ 45.170.860
1997	Noviembre	30	$ 412.000	26,52	96,92	3,6546	$ 1.505.695	$ 45.170.860
1997	Diciembre	30	$ 412.000	26,52	96,92	3,6546	$ 1.505.695	$ 45.170.860
1998	Enero	30	$ 639.000	31,21	96,92	3,1054	$ 1.984.360	$ 59.530.804
1998	Febrero	30	$ 933.000	31,21	96,92	3,1054	$ 2.897.352	$ 86.920.564
1998	Marzo	30	$ 1.153.000	31,21	96,92	3,1054	$ 3.580.543	$ 107.416.302
1998	Abril	30	$ 1.071.000	31,21	96,92	3,1054	$ 3.325.899	$ 99.776.982
1998	Mayo	30	$ 1.153.000	31,21	96,92	3,1054	$ 3.580.543	$ 107.416.302
1998	Junio	30	$ 1.153.000	31,21	96,92	3,1054	$ 3.580.543	$ 107.416.302
1998	Julio	30	$ 1.153.000	31,21	96,92	3,1054	$ 3.580.543	$ 107.416.302
1998	Agosto	30	$ 1.153.000	31,21	96,92	3,1054	$ 3.580.543	$ 107.416.302
1998	Septiembre	30	$ 1.153.000	31,21	96,92	3,1054	$ 3.580.543	$ 107.416.302
1998	Octubre	30	$ 1.153.000	31,21	96,92	3,1054	$ 3.580.543	$ 107.416.302
1998	Noviembre	30	$ 1.397.000	31,21	96,92	3,1054	$ 4.338.265	$ 130.147.940
1998	Diciembre	30	$ 1.423.000	31,21	96,92	3,1054	$ 4.419.005	$ 132.570.163

1999	Enero	30	$ 1.595.000	36,42	96,92	2,6612	$ 4.244.574	$ 127.337.232
1999	Febrero	30	$ 757.000	36,42	96,92	2,6612	$ 2.014.510	$ 60.435.288
1999	Marzo	30	$ 529.900	36,42	96,92	2,6612	$ 1.410.157	$ 42.304.702
1999	Octubre	30	$ 757.000	36,42	96,92	2,6612	$ 2.014.510	$ 60.435.288
1999	Noviembre	30	$ 757.000	36,42	96,92	2,6612	$ 2.014.510	$ 60.435.288
2000	Enero	30	$ 848.000	39,79	96,92	2,4358	$ 2.065.548	$ 61.966.444
2000	Febrero	30	$ 848.000	39,79	96,92	2,4358	$ 2.065.548	$ 61.966.444
2000	Marzo	30	$ 848.000	39,79	96,92	2,4358	$ 2.065.548	$ 61.966.444
2000	Abril	30	$ 848.000	39,79	96,92	2,4358	$ 2.065.548	$ 61.966.444
2000	Mayo	30	$ 848.000	39,79	96,92	2,4358	$ 2.065.548	$ 61.966.444
2000	Junio	30	$ 848.000	39,79	96,92	2,4358	$ 2.065.548	$ 61.966.444
2000	Julio	30	$ 848.000	39,79	96,92	2,4358	$ 2.065.548	$ 61.966.444
2000	Agosto	30	$ 848.000	39,79	96,92	2,4358	$ 2.065.548	$ 61.966.444
2000	Septiembre	30	$ 848.000	39,79	96,92	2,4358	$ 2.065.548	$ 61.966.444
2000	Octubre	30	$ 848.000	39,79	96,92	2,4358	$ 2.065.548	$ 61.966.444
2000	Noviembre	28	$ 791.467	39,79	96,92	2,4358	$ 1.927.846	$ 53.979.680
2000	Diciembre	30	$ 848.000	39,79	96,92	2,4358	$ 2.065.548	$ 61.966.444
2001	Enero	30	$ 933.000	43,27	96,92	2,2399	$ 2.089.817	$ 62.694.495
2001	Febrero	30	$ 933.000	43,27	96,92	2,2399	$ 2.089.817	$ 62.694.495
2001	Marzo	30	$ 933.000	43,27	96,92	2,2399	$ 2.089.817	$ 62.694.495
2001	Abril	30	$ 933.000	43,27	96,92	2,2399	$ 2.089.817	$ 62.694.495
2001	Mayo	30	$ 933.000	43,27	96,92	2,2399	$ 2.089.817	$ 62.694.495
2001	Junio	30	$ 933.000	43,27	96,92	2,2399	$ 2.089.817	$ 62.694.495
2001	Julio	30	$ 933.000	43,27	96,92	2,2399	$ 2.089.817	$ 62.694.495
2001	Agosto	30	$ 933.000	43,27	96,92	2,2399	$ 2.089.817	$ 62.694.495
2001	Septiembre	30	$ 933.000	43,27	96,92	2,2399	$ 2.089.817	$ 62.694.495
2001	Octubre	30	$ 933.000	43,27	96,92	2,2399	$ 2.089.817	$ 62.694.495
2001	Noviembre	30	$ 933.000	43,27	96,92	2,2399	$ 2.089.817	$ 62.694.495
2001	Diciembre	30	$ 933.000	43,27	96,92	2,2399	$ 2.089.817	$ 62.694.495
2002	Enero	30	$ 1.035.000	46,58	96,92	2,0807	$ 2.153.547	$ 64.606.398
2002	Febrero	30	$ 1.035.000	46,58	96,92	2,0807	$ 2.153.547	$ 64.606.398
2002	Marzo	30	$ 1.035.000	46,58	96,92	2,0807	$ 2.153.547	$ 64.606.398
2002	Abril	30	$ 1.035.000	46,58	96,92	2,0807	$ 2.153.547	$ 64.606.398
2002	Mayo	30	$ 1.035.000	46,58	96,92	2,0807	$ 2.153.547	$ 64.606.398
2002	Junio	30	$ 1.035.000	46,58	96,92	2,0807	$ 2.153.547	$ 64.606.398
2002	Julio	30	$ 1.035.000	46,58	96,92	2,0807	$ 2.153.547	$ 64.606.398
2002	Agosto	30	$ 1.035.000	46,58	96,92	2,0807	$ 2.153.547	$ 64.606.398
2002	Septiembre	30	$ 1.035.000	46,58	96,92	2,0807	$ 2.153.547	$ 64.606.398
2002	Octubre	30	$ 2.070.000	46,58	96,92	2,0807	$ 4.307.093	$ 129.212.795
2002	Noviembre	30	$ 2.070.000	46,58	96,92	2,0807	$ 4.307.093	$ 129.212.795
2002	Diciembre	30	$ 2.070.000	46,58	96,92	2,0807	$ 4.307.093	$ 129.212.795
2003	Enero	30	$ 2.070.000	49,83	96,92	1,9450	$ 4.026.177	$ 120.785.310
2003	Febrero	30	$ 2.246.000	49,83	96,92	1,9450	$ 4.368.499	$ 131.054.979
2003	Marzo	30	$ 2.246.000	49,83	96,92	1,9450	$ 4.368.499	$ 131.054.979
2003	Abril	30	$ 2.246.000	49,83	96,92	1,9450	$ 4.368.499	$ 131.054.979
2003	Mayo	30	$ 2.246.000	49,83	96,92	1,9450	$ 4.368.499	$ 131.054.979
2003	Junio	17	$ 721.367	49,83	96,92	1,9450	$ 1.403.068	$ 23.852.160
2003	Julio	30	$ 2.770.000	49,83	96,92	1,9450	$ 5.387.686	$ 161.630.584
2003	Agosto	30	$ 2.246.000	49,83	96,92	1,9450	$ 4.368.499	$ 131.054.979
2003	Septiembre	30	$ 2.246.000	49,83	96,92	1,9450	$ 4.368.499	$ 131.054.979
2003	Octubre	30	$ 2.246.000	49,83	96,92	1,9450	$ 4.368.499	$ 131.054.979
2003	Noviembre	30	$ 2.246.000	49,83	96,92	1,9450	$ 4.368.499	$ 131.054.979
2003	Diciembre	30	$ 2.246.000	49,83	96,92	1,9450	$ 4.368.499	$ 131.054.979
2004	Enero	30	$ 2.426.000	53,07	96,92	1,8263	$ 4.430.524	$ 132.915.726
2004	Febrero	30	$ 2.426.000	53,07	96,92	1,8263	$ 4.430.524	$ 132.915.726
2004	Marzo	30	$ 2.426.000	53,07	96,92	1,8263	$ 4.430.524	$ 132.915.726
2004	Abril	30	$ 2.426.000	53,07	96,92	1,8263	$ 4.430.524	$ 132.915.726
2004	Mayo	30	$ 2.426.000	53,07	96,92	1,8263	$ 4.430.524	$ 132.915.726
2004	Junio	30	$ 2.426.000	53,07	96,92	1,8263	$ 4.430.524	$ 132.915.726
2004	Julio	30	$ 2.426.000	53,07	96,92	1,8263	$ 4.430.524	$ 132.915.726
2004	Agosto	30	$ 2.426.000	53,07	96,92	1,8263	$ 4.430.524	$ 132.915.726
2004	Septiembre	30	$ 2.426.000	53,07	96,92	1,8263	$ 4.430.524	$ 132.915.726
2004	Octubre	30	$ 2.426.000	53,07	96,92	1,8263	$ 4.430.524	$ 132.915.726
2004	Noviembre	30	$ 2.426.000	53,07	96,92	1,8263	$ 4.430.524	$ 132.915.726
2004	Diciembre	30	$ 2.426.000	53,07	96,92	1,8263	$ 4.430.524	$ 132.915.726
2005	Enero	30	$ 2.722.000	55,99	96,92	1,7310	$ 4.711.846	$ 141.355.371

2005	Febrero	30	$ 2.596.000	55,99	96,92	1,7310	$ 4.493.737	$ 134.812.102
2005	Marzo	30	$ 2.596.000	55,99	96,92	1,7310	$ 4.493.737	$ 134.812.102
2005	Abril	30	$ 2.596.000	55,99	96,92	1,7310	$ 4.493.737	$ 134.812.102
2005	Mayo	30	$ 2.596.000	55,99	96,92	1,7310	$ 4.493.737	$ 134.812.102
2005	Junio	30	$ 2.596.000	55,99	96,92	1,7310	$ 4.493.737	$ 134.812.102
2005	Julio	30	$ 2.596.000	55,99	96,92	1,7310	$ 4.493.737	$ 134.812.102
2005	Agosto	30	$ 2.596.000	55,99	96,92	1,7310	$ 4.493.737	$ 134.812.102
2005	Septiembre	30	$ 2.596.000	55,99	96,92	1,7310	$ 4.493.737	$ 134.812.102
2005	Octubre	30	$ 2.596.686	55,99	96,92	1,7310	$ 4.494.924	$ 134.847.727
2005	Noviembre	30	$ 2.596.686	55,99	96,92	1,7310	$ 4.494.924	$ 134.847.727
2005	Diciembre	30	$ 2.596.686	55,99	96,92	1,7310	$ 4.494.924	$ 134.847.727
2006	Enero	30	$ 2.751.000	58,70	96,92	1,6511	$ 4.542.196	$ 136.265.888
2006	Febrero	30	$ 2.751.000	58,70	96,92	1,6511	$ 4.542.196	$ 136.265.888
2006	Marzo	30	$ 4.301.000	58,70	96,92	1,6511	$ 7.101.413	$ 213.042.378
2006	Abril	30	$ 4.301.000	58,70	96,92	1,6511	$ 7.101.413	$ 213.042.378
2006	Mayo	30	$ 2.751.431	58,70	96,92	1,6511	$ 4.542.908	$ 136.287.236
2006	Junio	30	$ 2.751.000	58,70	96,92	1,6511	$ 4.542.196	$ 136.265.888
2006	Julio	30	$ 2.751.000	58,70	96,92	1,6511	$ 4.542.196	$ 136.265.888
2006	Agosto	30	$ 2.751.000	58,70	96,92	1,6511	$ 4.542.196	$ 136.265.888
2006	Octubre	30	$ 2.986.667	58,70	96,92	1,6511	$ 4.931.308	$ 147.939.233
2006	Noviembre	30	$ 2.986.667	58,70	96,92	1,6511	$ 4.931.308	$ 147.939.233
2006	Diciembre	30	$ 2.986.667	58,70	96,92	1,6511	$ 4.931.308	$ 147.939.233
2007	Enero	30	$ 3.200.000	61,33	96,92	1,5803	$ 5.056.970	$ 151.709.115
2007	Febrero	30	$ 3.200.000	61,33	96,92	1,5803	$ 5.056.970	$ 151.709.115
2007	Marzo	30	$ 3.200.000	61,33	96,92	1,5803	$ 5.056.970	$ 151.709.115
2007	Abril	30	$ 3.200.000	61,33	96,92	1,5803	$ 5.056.970	$ 151.709.115
2007	Mayo	30	$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	$ 1.896.364	$ 56.890.918
2007	Junio	30	$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	$ 1.896.364	$ 56.890.918
2007	Julio	30	$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	$ 1.896.364	$ 56.890.918
2007	Agosto	30	$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	$ 1.896.364	$ 56.890.918
2007	Septiembre	30	$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	$ 1.896.364	$ 56.890.918
2007	Octubre	30	$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	$ 1.896.364	$ 56.890.918
2007	Noviembre	30	$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	$ 1.896.364	$ 56.890.918
2007	Diciembre	30	$ 1.200.000	61,33	96,92	1,5803	$ 1.896.364	$ 56.890.918
2008	Enero	30	$ 1.200.000	64,82	96,92	1,4952	$ 1.794.261	$ 53.827.831
2008	Febrero	30	$ 1.200.000	64,82	96,92	1,4952	$ 1.794.261	$ 53.827.831
2008	Marzo	30	$ 1.200.000	64,82	96,92	1,4952	$ 1.794.261	$ 53.827.831
2008	Abril	30	$ 1.200.000	64,82	96,92	1,4952	$ 1.794.261	$ 53.827.831
2008	Mayo	30	$ 1.200.000	64,82	96,92	1,4952	$ 1.794.261	$ 53.827.831
2008	Junio	30	$ 1.200.000	64,82	96,92	1,4952	$ 1.794.261	$ 53.827.831
2008	Julio	30	$ 1.200.000	64,82	96,92	1,4952	$ 1.794.261	$ 53.827.831
2008	Agosto	30	$ 1.200.000	64,82	96,92	1,4952	$ 1.794.261	$ 53.827.831
2008	Septiembre	30	$ 2.523.000	64,82	96,92	1,4952	$ 3.772.434	$ 113.173.015
2008	Octubre	30	$ 2.523.000	64,82	96,92	1,4952	$ 3.772.434	$ 113.173.015
2008	Noviembre	30	$ 1.200.000	64,82	96,92	1,4952	$ 1.794.261	$ 53.827.831
2008	Diciembre	30	$ 1.200.000	64,82	96,92	1,4952	$ 1.794.261	$ 53.827.831
2009	Enero	30	$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	$ 1.666.246	$ 49.987.393
2009	Febrero	30	$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	$ 1.666.246	$ 49.987.393
2009	Marzo	30	$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	$ 1.666.246	$ 49.987.393
2009	Abril	30	$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	$ 1.666.246	$ 49.987.393
2009	Mayo	30	$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	$ 1.666.246	$ 49.987.393
2009	Junio	30	$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	$ 1.666.246	$ 49.987.393
2009	Julio	30	$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	$ 1.666.246	$ 49.987.393
2009	Agosto	30	$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	$ 1.666.246	$ 49.987.393
2009	Septiembre	30	$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	$ 1.666.246	$ 49.987.393
2009	Octubre	30	$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	$ 1.666.246	$ 49.987.393
2009	Noviembre	30	$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	$ 1.666.246	$ 49.987.393
2009	Diciembre	30	$ 1.200.000	69,80	96,92	1,3885	$ 1.666.246	$ 49.987.393
2010	Enero	30	$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	$ 1.633.483	$ 49.004.494
2010	Febrero	30	$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	$ 1.633.483	$ 49.004.494
2010	Marzo	30	$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	$ 1.633.483	$ 49.004.494
2010	Abril	30	$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	$ 1.633.483	$ 49.004.494
2010	Mayo	30	$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	$ 1.633.483	$ 49.004.494
2010	Junio	30	$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	$ 1.633.483	$ 49.004.494
2010	Julio	30	$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	$ 1.633.483	$ 49.004.494
2010	Agosto	30	$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	$ 1.633.483	$ 49.004.494

2010	Septiembre	30	$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	$ 1.633.483	$ 49.004.494
2010	Octubre	30	$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	$ 1.633.483	$ 49.004.494
2010	Noviembre	30	$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	$ 1.633.483	$ 49.004.494
2010	Diciembre	30	$ 1.200.000	71,20	96,92	1,3612	$ 1.633.483	$ 49.004.494
2011	Enero	30	$ 1.200.000	73,45	96,92	1,3195	$ 1.583.445	$ 47.503.336
2011	Febrero	30	$ 1.200.000	73,45	96,92	1,3195	$ 1.583.445	$ 47.503.336
2011	Marzo	30	$ 1.200.000	73,45	96,92	1,3195	$ 1.583.445	$ 47.503.336
2011	Abril	30	$ 1.200.000	73,45	96,92	1,3195	$ 1.583.445	$ 47.503.336
2011	Mayo	30	$ 1.200.000	73,45	96,92	1,3195	$ 1.583.445	$ 47.503.336
2011	Junio	30	$ 1.420.000	73,45	96,92	1,3195	$ 1.873.743	$ 56.212.280
2011	Julio	30	$ 1.420.000	73,45	96,92	1,3195	$ 1.873.743	$ 56.212.280
2011	Agosto	30	$ 1.420.000	73,45	96,92	1,3195	$ 1.873.743	$ 56.212.280
2011	Septiembre	30	$ 4.236.000	73,45	96,92	1,3195	$ 5.589.559	$ 167.686.775
2011	Octubre	30	$ 4.236.000	73,45	96,92	1,3195	$ 5.589.559	$ 167.686.775
2011	Noviembre	30	$ 4.236.000	73,45	96,92	1,3195	$ 5.589.559	$ 167.686.775
2011	Diciembre	30	$ 4.236.000	73,45	96,92	1,3195	$ 5.589.559	$ 167.686.775
2012	Enero	30	$ 4.448.000	76,19	96,92	1,2721	$ 5.658.225	$ 169.746.749
2012	Febrero	30	$ 4.448.000	76,19	96,92	1,2721	$ 5.658.225	$ 169.746.749
2012	Marzo	30	$ 4.448.000	76,19	96,92	1,2721	$ 5.658.225	$ 169.746.749
2012	Abril	30	$ 4.236.000	76,19	96,92	1,2721	$ 5.388.543	$ 161.656.301
2012	Mayo	30	$ 4.448.000	76,19	96,92	1,2721	$ 5.658.225	$ 169.746.749
2012	Junio	30	$ 4.448.000	76,19	96,92	1,2721	$ 5.658.225	$ 169.746.749
2012	Julio	30	$ 4.448.000	76,19	96,92	1,2721	$ 5.658.225	$ 169.746.749
2012	Agosto	30	$ 4.448.000	76,19	96,92	1,2721	$ 5.658.225	$ 169.746.749
2012	Septiembre	30	$ 6.005.000	76,19	96,92	1,2721	$ 7.638.858	$ 229.165.744
2012	Octubre	30	$ 4.448.000	76,19	96,92	1,2721	$ 5.658.225	$ 169.746.749
2012	Noviembre	30	$ 4.448.000	76,19	96,92	1,2721	$ 5.658.225	$ 169.746.749
2012	Diciembre	30	$ 4.448.000	76,19	96,92	1,2721	$ 5.658.225	$ 169.746.749
2013	Enero	30	$ 4.796.000	78,05	96,92	1,2418	$ 5.955.520	$ 178.665.594
2013	Febrero	30	$ 4.601.000	78,05	96,92	1,2418	$ 5.713.375	$ 171.401.250
2013	Marzo	30	$ 4.601.000	78,05	96,92	1,2418	$ 5.713.375	$ 171.401.250
2013	Abril	30	$ 4.601.000	78,05	96,92	1,2418	$ 5.713.375	$ 171.401.250
2013	Mayo	30	$ 4.601.000	78,05	96,92	1,2418	$ 5.713.375	$ 171.401.250
2013	Junio	30	$ 4.601.000	78,05	96,92	1,2418	$ 5.713.375	$ 171.401.250
2013	Julio	30	$ 4.601.000	78,05	96,92	1,2418	$ 5.713.375	$ 171.401.250
2013	Agosto	30	$ 4.601.000	78,05	96,92	1,2418	$ 5.713.375	$ 171.401.250
2013	Septiembre	30	$ 6.212.000	78,05	96,92	1,2418	$ 7.713.863	$ 231.415.903
2013	Octubre	30	$ 4.601.000	78,05	96,92	1,2418	$ 5.713.375	$ 171.401.250
2013	Noviembre	30	$ 4.601.000	78,05	96,92	1,2418	$ 5.713.375	$ 171.401.250
2013	Diciembre	30	$ 4.601.000	78,05	96,92	1,2418	$ 5.713.375	$ 171.401.250
2014	Enero	30	$ 4.833.000	79,56	96,92	1,2182	$ 5.887.561	$ 176.626.833
2014	Febrero	30	$ 4.736.000	79,56	96,92	1,2182	$ 5.769.396	$ 173.081.870
2014	Marzo	30	$ 4.736.000	79,56	96,92	1,2182	$ 5.769.396	$ 173.081.870
2014	Abril	30	$ 4.736.000	79,56	96,92	1,2182	$ 5.769.396	$ 173.081.870
2014	Mayo	30	$ 4.736.000	79,56	96,92	1,2182	$ 5.769.396	$ 173.081.870
2014	Junio	30	$ 4.736.000	79,56	96,92	1,2182	$ 5.769.396	$ 173.081.870
2014	Julio	30	$ 4.736.000	79,56	96,92	1,2182	$ 5.769.396	$ 173.081.870
2014	Agosto	30	$ 4.736.000	79,56	96,92	1,2182	$ 5.769.396	$ 173.081.870
2014	Septiembre	30	$ 6.394.000	79,56	96,92	1,2182	$ 7.789.171	$ 233.675.143
2014	Octubre	30	$ 4.736.000	79,56	96,92	1,2182	$ 5.769.396	$ 173.081.870
2014	Noviembre	30	$ 4.736.000	79,56	96,92	1,2182	$ 5.769.396	$ 173.081.870
2014	Diciembre	30	$ 4.736.000	79,56	96,92	1,2182	$ 5.769.396	$ 173.081.870
2015	Enero	30	$ 4.736.000	82,47	96,92	1,1752	$ 5.565.819	$ 166.974.580
2015	Febrero	30	$ 4.736.000	82,47	96,92	1,1752	$ 5.565.819	$ 166.974.580
2015	Marzo	30	$ 4.684.000	82,47	96,92	1,1752	$ 5.504.708	$ 165.141.244
2015	Abril	30	$ 4.736.000	82,47	96,92	1,1752	$ 5.565.819	$ 166.974.580
2015	Mayo	30	$ 4.736.000	82,47	96,92	1,1752	$ 5.565.819	$ 166.974.580
2015	Junio	30	$ 4.957.000	82,47	96,92	1,1752	$ 5.825.542	$ 174.766.257
2015	Julio	30	$ 4.957.000	82,47	96,92	1,1752	$ 5.825.542	$ 174.766.257
2015	Agosto	30	$ 4.957.000	82,47	96,92	1,1752	$ 5.825.542	$ 174.766.257
2015	Septiembre	30	$ 6.882.000	82,47	96,92	1,1752	$ 8.087.831	$ 242.634.936
2015	Octubre	30	$ 5.355.000	82,47	96,92	1,1752	$ 6.293.278	$ 188.798.327
2015	Noviembre	30	$ 5.878.000	82,47	96,92	1,1752	$ 6.907.915	$ 207.237.454
2015	Diciembre	30	$ 5.878.000	82,47	96,92	1,1752	$ 6.907.915	$ 207.237.454
2016	Enero	30	$ 5.940.000	88,05	96,92	1,1007	$ 6.538.385	$ 196.151.550
2016	Febrero	30	$ 6.948.000	88,05	96,92	1,1007	$ 7.647.929	$ 229.437.874

2016	Marzo	30	$ 6.325.000	88,05	96,92	1,1007	$ 6.962.169	$ 208.865.077
2016	Abril	30	$ 6.325.000	88,05	96,92	1,1007	$ 6.962.169	$ 208.865.077
2016	Mayo	30	$ 6.575.000	88,05	96,92	1,1007	$ 7.237.354	$ 217.120.613
2016	Junio	30	$ 6.325.000	88,05	96,92	1,1007	$ 6.962.169	$ 208.865.077
2016	Julio	30	$ 6.325.000	88,05	96,92	1,1007	$ 6.962.169	$ 208.865.077
2016	Agosto	30	$ 6.325.000	88,05	96,92	1,1007	$ 6.962.169	$ 208.865.077
2016	Septiembre	30	$ 8.195.000	88,05	96,92	1,1007	$ 9.020.550	$ 270.616.491
2016	Octubre	30	$ 6.325.000	88,05	96,92	1,1007	$ 6.962.169	$ 208.865.077
2016	Noviembre	30	$ 6.325.000	88,05	96,92	1,1007	$ 6.962.169	$ 208.865.077
2016	Diciembre	30	$ 6.325.000	88,05	96,92	1,1007	$ 6.962.169	$ 208.865.077
2017	Enero	30	$ 6.325.000	93,11	96,92	1,0409	$ 6.583.815	$ 197.514.445
2017	Febrero	30	$ 7.469.879	93,11	96,92	1,0409	$ 7.775.542	$ 233.266.246
2017	Marzo	30	$ 6.381.000	93,11	96,92	1,0409	$ 6.642.106	$ 199.263.190
2017	Abril	30	$ 6.381.000	93,11	96,92	1,0409	$ 6.642.106	$ 199.263.190
2017	Mayo	30	$ 6.381.000	93,11	96,92	1,0409	$ 6.642.106	$ 199.263.190
2017	Junio	30	$ 7.579.000	93,11	96,92	1,0409	$ 7.889.128	$ 236.673.831
2017	Julio	30	$ 5.490.217	93,11	96,92	1,0409	$ 5.714.873	$ 171.446.192
2017	Agosto	30	$ 7.227.600	93,11	96,92	1,0409	$ 7.523.349	$ 225.700.459
2017	Septiembre	30	$ 8.738.875	93,11	96,92	1,0409	$ 9.096.464	$ 272.893.921
2017	Octubre	30	$ 7.480.097	93,11	96,92	1,0409	$ 7.786.178	$ 233.585.330
2017	Noviembre	30	$ 6.742.379	93,11	96,92	1,0409	$ 7.018.273	$ 210.548.182
2017	Diciembre	30	$ 13.401.445	93,11	96,92	1,0409	$ 13.949.823	$ 418.494.700
2018	Enero	30	$ 4.743.647	96,92	96,92	1,0000	$ 4.743.647	$ 142.309.410
2018	Febrero	30	$ 6.784.879	96,92	96,92	1,0000	$ 6.784.879	$ 203.546.370
2018	Marzo	30	$ 7.075.156	96,92	96,92	1,0000	$ 7.075.156	$ 212.254.680
2018	Abril	30	$ 7.075.156	96,92	96,92	1,0000	$ 7.075.156	$ 212.254.680
2018	Mayo	30	$ 7.075.156	96,92	96,92	1,0000	$ 7.075.156	$ 212.254.680
2018	Junio	30	$ 7.082.529	96,92	96,92	1,0000	$ 7.082.529	$ 212.475.870
2018	Julio	30	$ 6.774.242	96,92	96,92	1,0000	$ 6.774.242	$ 203.227.260
2018	Agosto	30	$ 7.075.156	96,92	96,92	1,0000	$ 7.075.156	$ 212.254.680
2018	Septiembre	30	$ 3.197.500	96,92	96,92	1,0000	$ 3.197.500	$ 95.925.000

IBL TODA LA VIDA LABORAL: **$3.367.178**

IBL 10 ÚLTIMOS AÑOS: **$5.030.813**
MONTO = S: $5.030.813/ $781.242 (salario mínimo año 2018) = 6.43

FORMULA: 65.50 - 0.50 (6.43) = 62.29%

TABLA DE INCREMENTO (1.5%) POR CADA 50 SEMANAS ADICIONALES A LAS MÍNIMAS (1.300 PARA EL AÑO 2016):

MONTO	INCREMENTO
62,29	1300
63,79	1350
65,29	1400

VALOR MESADA AÑO 2018: **$3.284.618**

AÑO	MESADA	INCREMENTO
2018	$ 3.284.618	3,18
2019	$ 3.389.069	3,8
2020	$ 3.517.853	1,61
2021	$ 3.574.491	5,62
2022	$ 3.775.377	

Por lo anterior y dado que la prestación aquí liquidada resulta levemente inferior a la que definió la entidad demandada, se modificarán los numerales primero y segundo de la sentencia de primera instancia, que dictó condena en abstracto para en su lugar condenar a la demandada a reliquidar la pensión de la demandante en la suma de $3.284.618 para el año 2018, y a pagar las diferencias causadas a partir del 17 de septiembre de 2018, fecha desde la cual se reconoció la prestación.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

RESUELVE

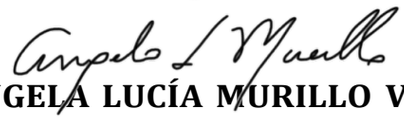
PRIMERO: MODIFICAR los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia de primera instancia para en su lugar CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez de RAQUEL REBECA ERASO BRAVO en la suma inicial de $3.284.618 para el año 2018, y a pagar las diferencias causadas a partir del 17 de septiembre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva.

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

TERCERO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 028 2019 00760 01

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 029 2019 00594 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el 22 de abril de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago de una pensión convencional.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSE URIEL NARVAEZ GOMEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP**, con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión convencional a partir del 22 de febrero de 2013, junto con las mesadas adicionales causadas, retroactivo, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo desde el 3 de noviembre de 1978 hasta el 27 de junio de 1999; que en total prestó servicios a dicha entidad durante 20 años, 7 meses y 24 días; que el último cargo desempeñado fue el de Subdirector II grado 06; que el salario promedio devengado en el último año de servicios corresponde a $1.270.685; que durante su vinculación estuvo afiliado a la organización sindical SINTRACREDITARIO; que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja Agraria y SINTRACREDITARIO para la vigencia 1998-1999; que cumplió 55 años de edad el 22 de febrero de 2013; que solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión convencional y ésta fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó el relacionado con la reclamación presentada y frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, compensación y legalidad de los actos administrativos demandados (fls. 57 a 62).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 22 de abril de 2021, condenó a la demandada a reconocer y pagar la pensión convencional al demandante. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, representada legalmente por su gerente o por quien haga sus veces a reconocer y pagar al demandante JOSE URIEL NARVAEZ GOMEZ identificado con CC. N° 38.238.315, la pensión convencional causada a partir del 22 de febrero de 2013, en cuantía inicial de $2.042.097 por mesadas al año, monto al que se le deberán efectuar los reajustes de ley. **SEGUNDO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta, esto respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de junio de 2016. **TERCERO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, representada legalmente por su gerente o por quien haga sus veces a reconocer y pagar al demandante JOSE URIEL NARVAEZ GOMEZ el retroactivo causado desde el 26 de junio de 2016 y hasta que sea incluido en nómina, suma que debe ser indexada al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE. **CUARTO: DECLARAR** que la pensión de invalidez reconocida por el ISS es compatible con la pensión de jubilación convencional. **QUINTO: DECLARAR** que en caso de que al señor JOSE URIEL NARVAEZ GOMEZ le sea reconocida la pensión de vejez, esta prestación será compartible con la pensión de jubilación convencional quedando a cargo de la UGPP el mayor valor si a ello hubiere lugar. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000. **SEPTIMO: CONSULTESE** la presente sentencia con la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en caso de no ser recurrida por la UGPP."*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si el demandante tiene derecho a la pensión que reclama bajo los lineamientos de la CCT. Para resolverlo indicó que según reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el derecho pensional reclamado se causa con el cumplimiento del tiempo de servicios definidos en la norma convencional y la edad solo constituye un requisito de exigibilidad de dicho derecho, dijo que en ese orden de ideas y dado que el actor cumplió más de 20 años de servicio a la entidad antes del límite previsto en el Acto Legislativo 01

de 2005, es procedente el reconocimiento de la pensión. Señaló que la pensión de invalidez que recibe el demandante es compatible con la pensión de jubilación convencional, pues la compartibilidad solo está establecida para pensiones de vejez, como lo ha aceptado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada UGPP pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la juez de primera instancia no tuvo en cuenta que, para el reconocimiento de la pensión, el actor debía acreditar el cumplimiento del tiempo de servicio y de la edad, pues la norma convencional dispone de dos requisitos necesarios para la causación del derecho. Dice además que por disposición del Acto Legislativo 01 de 2005, el actor debía causar el derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2010, para conservar la aplicación de la norma convencional, que como no tenía cumplida la edad exigida por la norma convencional para causar el derecho antes de esa fecha, la convención perdió vigencia y no es procedente el reconocimiento de la prestación. Señaló que en caso de reconocerse la pensión debe declararse su compartibilidad con la pensión de invalidez que viene pagando COLPENSIONES al actor y la entidad solo tendría a cargo el mayor valor entre estas dos prestaciones.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó alegaciones, solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el reconocimiento de la prestación.

Por su parte el apoderado de la demandada solicitó en sus alegatos que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a resolver las materias que fueron objeto de apelación y las que no en grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante causó el derecho pensional previsto en la CCT, si a éste aplica el límite previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, en dado caso establecer el valor de la mesada pensional y si la pensión de invalidez que recibe el actor es compatible con esta prestación o debe declararse su compartibilidad.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 22 de febrero de 1958 (fl. 4); ***ii)*** que laboró al servicio de la extinta CAJA AGRARIA desde el 3 de noviembre de 1978 hasta el 27 de junio de 1999 (fl. 5); ***iii)*** que mediante Resolución N° 17705 del 15 de junio de 2012, el ISS hoy COLPENSIONES reconoció al demandante una pensión de invalidez de origen común a partir del 9 de septiembre de 2010 en cuantía inicial de $844.759 (Pdf. 05, carpeta segunda instancia).

- **Aplicación de derechos convencionales pensionales en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.**

Sobre la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005 en asuntos como el presente, considera la Sala que las Convenciones Colectivas

de Trabajo que reconocían derechos extralegales en materia pensional, fueron terminadas por mandato de los parágrafos segundo y tercero transitorios del artículo 48 de la Constitución Política. Los derechos pensionales extralegales que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro por ausencia de fundamento normativo, solamente aquellos trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar la pensión tenían un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido, que por ser tal no podía ser objeto de derogatoria por la expedición de normas posteriores. Así lo entendió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 5622-2019.

La enmienda constitucional que incorporó el Acto Legislativo 01 de 2005 rige hoy y se debe aplicar, pues no ha sido excluida de nuestro ordenamiento por la única autoridad que tiene competencia para declarar su ineficacia, esto es, la H. Corte Constitucional.

Definido lo anterior, advierte la Sala que el demandante reclama el reconocimiento de la pensión convencional establecida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para la vigencia 1998-1999 y respecto de la cual se encuentra la constancia de depósito respectiva en el folio 22 del Pdf 1 del expediente digital, dicha norma convencional establece (fl. 45 Pdf 1):

"A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicios a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación

equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios".

El Parágrafo primero de esta disposición establece: "*El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la institución*".

Ahora bien, sobre la aplicación o entendimiento que debe darse a la anterior clausula convencional la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse para definir que el artículo 41 de la Convención Colectiva suscrita entre la Caja Agraria y SINTRACREDITARIO únicamente contiene un requisito de causación, y este es el del tiempo de servicio. Dice la Corte que para este caso debe entenderse que la edad es solamente un requisito de exigibilidad del derecho y ello resulta claro del contenido del Parágrafo Primero de dicha norma cuando refiere que los ex trabajadores de la Caja tendrán derecho a la pensión al llegar a la edad de 55 años (hombres) siempre que hayan completado veinte años de servicio a la Institución, afirmación de la que se entiende que el único requisito para causar la prestación es el tiempo de servicio y éste se hace exigible al llegar a la edad establecida (sentencia SL1120-2021, SL803-2021, SL526-2018 y SL4550-2018).

Así las cosas, siguiendo el criterio jurisprudencial referido, el derecho pensional del demandante no se vería afectado por las disposiciones contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, siempre que acredite haber completado 20 años al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero antes del 31 de julio de 2010, único requisito que define la convención colectiva en comento, para causar el derecho a la pensión de jubilación.

Revisadas las pruebas aportadas al expediente se advierte que JOSE URIEL NARVAEZ GOMEZ prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 3 de noviembre de 1978 hasta el 27 de junio de 1999 (fl. 5), es decir por un total de 20 años, 7 meses y 24 días, tiempo suficiente para acreditar el requisito referido al tiempo de servicio que define el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo y para causar el derecho pensional antes del límite referido en precedencia, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Como el demandante acreditó haber llegado a la edad de 55 años el 22 de febrero de 2013 (fl. 4), procede el reconocimiento de la pensión a partir de esta última fecha.

Para definir el valor de la mesada pensional, la Sala tendrá en cuenta que el mismo artículo 41 define que la cuantía de esta prestación corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados dentro del último año de servicios, y especialmente lo establecido en el parágrafo tercero de esta disposición que contempla lo siguiente:

> "*Parágrafo 3º. La pensión se liquidará así:*
>
> ***Primer factor fijo**. Último sueldo básico mensual más primas de antigüedad y o técnica si las estuviere devengando.*
>
> ***Segundo factor**. Valores variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.*
>
> *Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.*
>
> *De la suma de estos factores se tomará el 75% establecido*".

Teniendo en cuenta lo anterior de la certificación de factores salariales devengados por el demandante en el último año de

servicios (fl. 5), se advierte que devengó como *primer factor fijo*: sueldo básico y prima de antigüedad; y como *segundo factor*: prima junio 1998, prima diciembre de 1998, prima de junio 1999, prima escolar 1999, prima de vacaciones, dominicales y festivos, salario en especie, sobre remuneración y viáticos, valores de los que se obtiene como promedio devengado en el último año de servicios la suma de $1.270.685. Al actualizar el salario promedio del demandante (SL803-2021[1]) y aplicar el 75% que define la norma convencional, se obtiene como valor inicial indexado de la mesada pensional para el año 2013, la suma de $2.042.359. Realizadas las operaciones de rigor se obtiene:

Salario a actualizar: $1.270.685
IPC vigente diciembre de 2012: 78.05
IPC vigente diciembre de 1998: 36.42
78.05/36.42 = 2.14 * 1.270.685 = 2.723.145
2.723.145 * 75% = 2.042.359

Como el valor aquí definido resulta ser levemente superior al que tasó la juez de primera instancia y este puntual aspecto no fue objeto de recurso por la parte demandante, se confirmará en lo pertinente la decisión, se precisa que la pensión reconocida debe pagarse en 14 mesadas anuales, pues como se dijo anteriormente ésta se causó antes de la vigencia del Acto legislativo 1 de 2005.

---

[1] Así lo tiene adoctrinado la Corte, entre otras, en la Sentencia CSJ SL 38885, 10 ago. 2010, reiterada en providencia CSJ SL13192-2015, en la que se dijo lo siguiente:
Siendo ello así, es evidente que incurrió en el cuarto error que se le enrostra, pues de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 8º la Ley 171 de 1961 y el numeral 4º del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, ésta (sic) debe liquidarse con relación a la que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que para ese momento es la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual dispone en su artículo 1º, que el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3º ibídem, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Sobre la indexación de las mesadas que ordenó la juez de primera instancia, considera la Sala que es procedente por el tiempo transcurrido entre la fecha en que debía iniciarse el pago de cada una de las mesadas y aquella en que efectivamente se realice, por ello se confirmará la sentencia en cuanto ordenó a la demandada el pago de la indexación de las mesadas causadas hasta la fecha en que se realice su pago, se deberá tener en cuenta para el efecto la fórmula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante mes a mes, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago.

Ahora bien, frente al descuento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, sobre los cuales omitió pronunciarse la juez de primera instancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2445 de 2019, definió que éste es procedente en la medida que las entidades pagadoras de pensiones tienen la obligación de descontar y transferir a la entidad prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado el pensionado el valor de la cotización, por mandato del artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, y que quien debe asumir la carga de pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud es el pensionado, por disposición del artículo 143 de la Ley 100 de 1993. En este orden de ideas, procede el descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional causado por el demandante y de las mesadas subsiguientes, y por ello se adicionará en este sentido la sentencia de primera instancia.

- **De la excepción de prescripción**

Teniendo en cuenta que conforme lo acredita el documento que obra a folio 6 del expediente, el actor presentó reclamación

administrativa el 26 de junio de 2019, y la pensión debía pagarse desde el 22 de febrero de 2013, operó la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de junio de 2016, pues transcurrió el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, por ello se confirmará la decisión de primera instancia que en este aspecto llegó a igual conclusión.

- **De la compartibilidad de la pensión convencional con las pensiones de invalidez por riesgo común y la pensión de vejez.**

Para resolver sobre este aspecto de la controversia, resulta pertinente señalar que la figura de la compartibilidad pensional establecida en el artículo 5° del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, solo se definió entre las pensiones de jubilación reconocidas por el empleador con fundamento en una convención colectiva de trabajo, un laudo, arbitral, pacto colectivo o de manera voluntaria y la pensión de vejez que reconozca el Instituto de Seguros Sociales.

Sobre este particular aspecto, la compartibilidad de la pensión convencional y la pensión de invalidez de origen común, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido que las únicas pensiones susceptibles de compartirse son la pensión de jubilación de origen convencional y la pensión de vejez de origen legal, pues las normas que regulan la materia no definen la aplicación de esta figura respecto de pensiones como la de invalidez de riesgo común, teniendo en cuenta que la compartibilidad que se da entre pensiones de jubilación y vejez tiene razón en que las dos prestaciones cubren el mismo riesgo, que no es otro que el de vejez (sentencia SL1796-2019 y SL4222-2020).

Teniendo en cuenta los anteriores referentes y para dar respuesta al argumento de apelación planteado por la parte demandada, concluye la Sala que no es procedente disponer la compartibilidad entre la pensión de jubilación que aquí se reconoce

y la pensión de invalidez reconocida por el ISS hoy COLPENSIONES al actor, pues como se estudió en precedencia, dicha figura no está prevista para este tipo de pensiones. No obstante lo anterior, se precisa que la pensión convencional reconocida al aquí demandante es compartible con la pensión de vejez que hubiere reconocido o reconozca en el futuro COLPENSIONES, en tal caso estará a cargo de la demandada UGPP, únicamente el mayor valor existente entre estas prestaciones, en caso de que exista este mayor valor.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, para AUTORIZAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP a descontar del retroactivo pensional causado y de las mesadas que se causen en adelante el valor correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 029 2019 00594 01

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 029-2019-00383-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **LIZETH MARÍA BENÍTEZ VILLADIEGO** contra la sentencia del 16 de marzo de 2021 del Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió de todas las pretensiones y se abstuvo de condena en costas

(35:31 archivo "*28.1Audiencia*" C02Principal).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 193 a 216 archivo "*003Demanda*" C02Principal).**

LIZETH MARÍA BENÍTEZ VILLADIEGO solicitó declarar un contrato de trabajo del 19 de octubre de 2015 al 06 de septiembre de 2018 con **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, con salario variable por comisiones y que **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** fue intermediaria; por tanto, condenar a las **DEMANDADAS** a pagar las comisiones adeudadas, intereses moratorios, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes, indemnizaciones por no pago de intereses a la cesantía, por

no consignación de cesantías, por despido y moratoria, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 19 de octubre de 2015 se vinculó a **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** a través de un contrato de trabajo a término fijo como asesora comercial, con un salario básico de $1.000.000 y $426.000 por auxilios extralegales, luego, el otrosí del 1º de febrero de 2017 aumentó su salario base a $1.700.000 y $800.000 por pagos no salariales. Señaló que nunca prestó servicios para la sociedad empleador sino para **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.** y alegó que ambas sociedades tienen objetos sociales similares, funcionan en el mismo domicilio comercial y se presentan al público como una sola compañía, por ello, todos los asesores comerciales presentaron sus propuestas y gestionaron sus proyectos como empleados de **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, quien a nombre propio celebró los contratos conseguidos por los asesores, pero la ejecución de obras fue a cargo de trabajadores de **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, quien funciona como fachada para la otra sociedad ya que sus únicos ingresos derivan de prestar sus trabajadores para la otra empresa.

Manifestó que nunca adquirió ni gestionó un proyecto a favor de su empleador formal y que siempre realizó sus funciones en nombre y representación de **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, bajo la supervisión de los funcionarios de la precitada sociedad: el gerente GUILLERMO FERNANDO VALDÉS BELTRÁN, el gerente comercial RICARDO ALEJANDRO PARRA, la directora comercial KATHERINE RÍOS. Señaló del salario básico, todos los asesores comerciales devengaron comisiones salariales por metas en ventas y celebración de contratos, cuyo monto variaba según las políticas comerciales de **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, entre el 0,5% y el 5% del valor del contrato, previo cumplimiento de las metas fijadas a través de RICARDO ALEJANDRO PARRA, mediante una matriz comercial que se remitida

a KATHERINE RÍOS, quien consolidaba y determinaba el nivel de cumplimiento, valores que por instrucción de la empresa debían ser reclamados con cuentas de cobro por transportes u otros conceptos diferentes s su real objeto u a través de pagos en efectivo.

Alegó que sobre el valor de las comisiones no se liquidaron los pagos a cargo del empleador, además, le deben $153.361.677,45 por comisiones generadas entre 2016 y 2018, pago que reclamó varias veces a **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, sin obtener respuesta, así mismo, radicó derechos de petición a las **DEMANDADAS** solicitando certificación de su calidad de asesora comercial, valor del contrato, estado de ejecución y pago, los cuales no fueron contestados, motivo por el cual el 06 de septiembre de 2018 renunció por justa causa imputable al empleador derivada de la falta de pago de sus derechos laborales.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que la **DEMANDANTE** fue contratada por **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, valor de los salarios y que las **DEMANDADAS** realizan actividades comerciales similares y complementarias. Indicó que dispone de las marcas INGETECHO e INGEDUCTOS, registradas desde 2013, cuyo posicionamiento y fortalecimiento efectúa a través de una actividad comercial con el apoyo de otras empresas, en especial **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** y INGEDUCTOS ZF S.A.S., quienes bajo su autorización promocionan, presentan e instalan las marcas, por tanto, a pesar de que dichas compañías desarrollan actividades comerciales similares y complementarias, ello no implica que se trate de un mismo ente jurídico único, por tanto, nunca fue empleador de la **DEMANDANTE** ni de las personas mencionadas en la demanda, salvo GUILLERMO FERNANDO VALDÉS, motivo por el cual no tiene responsabilidad en el pago de las acreencias laborales reclamadas. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento injustificado, inexistencia de la obligación

de indemnizar por despido, prescripción, inexistencia de la obligación de pagar indemnización y la genérica (Pág. 51 a 64 archivo "*011ContestacionDeDemanda*").

INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos a que contrató a la **DEMANDANTE**, el valor del salario y que las **DEMANDADAS** realizan actividades comerciales similares y complementarias. Señaló que las **DEMANDADAS** son compañías independientes, de otra parte, nunca pactó un salario variable, ya que únicamente acordó el pago de un salario fijo y de un factor no constitutivo de salario, así mismo, canceló todos los derechos laborales conforme el valor real del salario, aclarando que en los eventos en que la **DEMANDANTE** efectuó traslados por fuera de su sede de trabajo, le otorgó viáticos en dinero, cheque o asumiendo la empresa directamente el pago del traslado y hospedaje o solventando gastos por equipos o insumos, de otra parte, solo prestó servicios hasta el 04 de septiembre de 2018 y dos días después presentó una renuncia alegando una justa causa inexistente. Aclaró que junto con INGEDUCTOS ZF S.A.S. promueve y expande los productos y servicios comprendidos por las marcas registradas INGETECHO e INGEDUCTOS, a nivel nacional, labor que es complementaria con el objeto de **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, sin embargo, ello no permite desconocer que se tratan de sociedades independientes entre sí y además que quien ejerció subordinación y mando sobre la **DEMANDANTE** fue **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** (Pág. 235 a 253 archivo "*013ContestacionDeDemanda*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (35:31 archivo "*28.1Audiencia*" C02Principal).

El 16 de marzo de 2021, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a las demandadas INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S. e INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S. de todas las pretensiones incoadas en su*

contra por la señora LIZETH MARÍA BENÍTEZ VILLADIEGO. ***SEGUNDO:*** *Sin condena en costas.* ***TERCERO: CONSULTAR*** *el presente fallo por ser adverso al trabajador ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral. (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si hubo intermediación laboral y cuál fue el verdadero empleador, para así establecer la viabilidad de declarar la responsabilidad solidaria en el pago de las pretensiones solicitadas.

Para resolver indicó que **INGEDUCTOS** solicitó la ratificación de los documentos provenientes de terceros, motivo por el cual no es posible valorar la prueba tercera relativa a certificaciones emitidas por terceros, de ahí que revisadas las demás pruebas no se acredita la intermediación o la existencia de un contrato realidad, además, respecto las comisiones, las mismas no fueron acordadas en el contrato de trabajo y otro si firmados con **INGETECHO** y si bien las testigos señalaron que si hubo comisiones, no existe prueba que permita determinar su monto al no ser posible determinar su valor, ya que las pruebas documentales indican que dependen de la matriz de cotización de cada negocio especifico, por lo que aun valorando la prueba tercera, no es posible determinar en juicio el valor de la comisión, por cuanto no se acredita que la **DEMANDANTE** haya realizado las ventas reclamadas, ni es posible tasar su monto. Finalmente, no se acreditaron las causales alegadas por la trabajadora al momento de presentar su renuncia, por lo cual no existe mérito para ordenar la indemnización por despido indirecto.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que a pesar de que no se valoró la prueba tercera, los demás elementos de prueba demuestran serias contradicciones entre los representantes legales de las **DEMANDADAS**, que **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**efectuó outsourcing de personal a favor de **INGEDUCTOS** y que dicha actividad fue la única fuente de ingresos, mientras que la sociedad beneficiaria del servicio

de los trabajadores se llevó todos los réditos económicos sin asumir ninguna responsabilidad laboral, todo lo cual demuestra que **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** actuó como simple intermediaria, confesando el representante de **INGEDUCTOS** que dicha sociedad no tiene empleados, además, los testigos indicaron que el representante legal de dicha sociedad, GUILLERMO VALDEZ, tomaba todas las decisiones de la empresa **INGETECHO** y ejerció la subordinación sobre sus trabajadores, siendo que el representante RICHAR GUATAQUIRA de **INGETECHO** no tenía ninguna injerencia en las decisiones de su compañía ni en el manejo y control de sus trabajadores, además, se demostró la relación de familiaridad entre los socios de ambas empresas, las cuales funcionan en el mismo domicilio, por ello, **INGETECHO** nunca desarrolló su objeto social ni actividad productiva, siendo una empresa fachada dedicada a suministrar personal, acreditada la intermediación laboral y por ello procede la responsabilidad solidaria. De otra parte, el pacto de comisiones no se acordó en el contrato de trabajo ni sus modificaciones, ya que la intención de las empresas era evadir el pago y por ello obligaron a los empleados de **INGETECHO** radicar cuentas de cobro a **INGEDUCTOS**, a pesar de no existir una relación comercial o laboral formal, conforme las políticas comerciales diseñadas por **INGEDUCTOS**, las cuales indican con claridad el monto y porcentajes de las comisiones, situación que no fue ponderada en el fallo a pesar de las pruebas que acreditan un salario variable, siendo posible determinar su monto y porcentaje.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó acceder a su recurso de apelación, toda vez que las certificaciones son testimonios y no documentos emanados de terceros, además, los demás elementos de prueba acreditan que entre las **DEMANDADAS** se configuró la relación de solidaridad del artículo 34 CST, en cuanto las comisiones, las testigos ratificaron el derecho de los asesores comerciales a recibir comisiones, por otra parte, se

presentaron cuentas de cobro por conceptos que encubrían que su objetivo real era el pago de las comisiones, correos electrónicos reclamado comisiones, certificados de clientes sobre las labores de venta, la **DEMANDADAS** no acreditaron el pago de las comisiones, ni controvirtieron que los contratos de las pruebas 8, 9, 10, 11 y 12 se efectuaron por gestión de la **DEMANDANTE**, quien certificó sus servicios como asesora comercial para el cierre de los mismos, por lo cual se adeuda $246.048.575 y proceden las pretensiones.

Por su parte, la apoderada de las **DEMANDADAS** solicitó confirmar el fallo e indicó que **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**fue la real empleadora de la **DEMANDANTE**, con un salario fijo, que le pago todos sus derechos laborales y las justas causas de renuncia no son ciertas; de otra parte, frente **INGEDUCTOS** señaló que la **DEMANDANTE** no cumplió la carga de ratificar los documentos expedidos por terceros ni demostró la integridad e inalterabilidad de mensajes de datos, de otra parte, se demostró que dicha sociedad nunca fue la empleador, no adeuda suma alguna a la **DEMANDANTE**, ni se demostraron los hechos que sustentan las pretensiones.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la **DEMANDANTE** a declarar como verdadero empleador a **INGEDUCTOS** y que **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** actuó como intermediario laboral, por tanto, declarar la responsabilidad solidaria de las **DEMANDADAS** al pago de las comisiones, reliquidación de acreencias laborales, pago de indemnizaciones laborales, incluyendo la de despido y demás pretensiones elevadas en la demanda, conforme lo alegado en el recurso

de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** el 19 de octubre de 2015 se suscribió contrato de trabajo a término fijo entre la demandante **LIZETH MARÍA BENÍTEZ VILLADIEGO** y la demandada **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** (Pág. 1 a 11 archivo "*013ContestacionDeDemanda*"); ***ii)*** el 06 de septiembre de 2018, la **DEMANDANTE** presentó carta de renuncia motivada a **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** (Pág. 194 a 195 archivo "*013ContestacionDeDemanda*").

Revisado el expediente, la *a quo* absolvió de todas las pretensiones y se abstuvo de condena en costas.

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que a pesar de no valorarse la prueba tercera, los demás elementos de prueba acreditan que **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.,** actuó como simple intermediaria de **INGEDUCTOS**, siendo la primera una sociedad fachada dedicada a suministrar personal para la segunda, por lo cual procede declarar la responsabilidad solidaria. De otra parte, se demuestran las comisiones y si no fueron señaladas en el contrato de trabajo lo fue con el ánimo de defraudar los derechos de los trabajadores, siendo posible determinar su monto y porcentaje, por lo cual si se acreditó el salario variable.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, conforme las siguientes consideraciones:

- **Sobre la intermediación laboral.**

La H. CSJ reconoce que la economía globalizada conllevó al uso de la tercerización laboral: ***i)*** como estrategia empresarial para focalizar el esfuerzo en las partes del negocio que constituyen la actividad

principal, descentralizando las labores básicas de apoyo, las cuales no generan intrínsecamente lucro empresarial; ***ii)*** para externalizar procesos a proveedores que por especialización y conocimiento técnico ofrecen costos reducidos y; ***iii)*** para exteriorizar actividades para obtener mayor flexibilidad de la empresa en entornos económicos fluctuantes y de demanda flexible.

En la sentencia SL4479 de 2020, la Alta Corporación reconoció que la tercerización laboral es un instrumento legítimo, siempre y cuando no se use para atentar contra los derechos de los trabajadores. En el análisis del uso correcto de la tercerización laboral, la H. CSJ ha adoptado la regla jurisprudencia de aplicar los "*indicios de determinación de la relación subordinada*" de la Recomendación 198 de la OIT para resolver los litigios en los cuales se solicita declarar la existencia de un contrato de trabajo y donde no es clara la existencia de una relación de subordinación conforme el artículo 23 CST.

De otra parte, la H. Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha identificado que existen otras hipótesis normativas, distintas al contrato realidad, en las cuales resulta necesario evaluar el correcto uso de la tercerización laboral, como ocurre en el uso de *contratistas independientes*, contratación con *cooperativas de trabajo asociado*, uso de trabajadores de *empresas de servicios temporales* o la figura del *simple intermediario*.

Respecto el *simple intermediario*, el artículo 35 CST consagra dos hipótesis en que se configura dicha figura, la primera, cuando una persona contrata servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador, la segunda, cuando un empresario independiente agrupa o coordina los servicios de determinados trabajadores para ejecutar trabajos en los que usen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador, para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherente o conexas del mismo. Advierte dicha norma que quien actúa como simple intermediario debe manifestar dicha calidad y el nombre del

empleador, de no hacerlo, responderá solidariamente con el empleador por las obligaciones respectivas.

Sobre el alcance de la figura del *simple intermediario*, la H. CSJ indicó en la sentencia SL3003 de 2020 que no produce efectos el acuerdo que hace un empleador con un tercero para modificar el contrato de trabajo al trasferir trabajadores con la exoneración de su responsabilidad frente las obligaciones que tiene para con el trabajador derivadas del contrato de trabajo, por cuanto en dicho caso el tercero resulta ser un simple intermediario frente al trabajador, a la vez que el artículo 32 CST señala como representantes del empleador a los intermediarios.

Por su parte, en la sentencia SL4755 de 2021 se indicó que la tercerización laboral, pese ser un mecanismo legítimo fundado en razones objetivas, técnicas y productivas, no puede usarse para fines contrarios a los derechos laborales, razón por la cual, si bien el artículo 34 CST permite el contratista independiente, si aquel no actúa como un genuino empresario con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos, pasará a ser considerado un simple intermediario proveedor de mano de obra a la empresa temporal, en los términos del artículo 35 CST, reiterando que en la sentencia SL4479 de 2020 reprochó que las empresas se desprendan de sus plantillas y las entreguen a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, sin importar la estructura jurídica adoptada para ello.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no existe ninguna discusión entre las partes de que el 19 de octubre de 2015 la **DEMANDANTE** suscribió contrato de trabajo con **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, sociedad a quien la trabajadora también le presentó su carta de renuncia motivada, hechos que cuentan con soporte documental y que fueron aceptados por dicha demandada (Pág. 1 a 11, 194 a 195 archivo "*013ContestacionDeDemanda*").

Desde un punto de vista formal, no hay duda de que la **DEMANDANTE** fue trabajadora de **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, así mismo, **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.** aportó certificado de su revisora fiscal, el cual señala que la **DEMANDANTE** no tuvo ningún vínculo con la compañía, la inexistencia de facturas por cuenta o a cargo de ella, ni ha sido proveedor ni contratista (Pág. 3 archivo "*020Prueba*").

En su recurso de apelación, el apoderado de la **DEMANDANTE** indicó que **INGETECHO** actuó como intermediario de **INGEDUCTOS** y afirmó que, incluso sin considerar la prueba tercera de la demanda, existen elementos de prueba suficientes para declarar su suplica.

Pasa la Sala a resolver este punto de inconformidad, advirtiendo que no considerará el argumento de dicho apoderado, elevado en sus alegatos de segunda instancia, de que la prueba tercera se puede valorar como interrogatorio, toda vez que dicho alegato no se incluyó al momento de sustentar el recurso de apelación y, por tanto, el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS impide a esta Corporación conocer temas que no hayan sido incluidos en la sustentación del recurso.

Realizada la anterior advertencia, resulta relevante considerar que al proceso se aportó copia del contrato de suministro de servicios vigente del 02 de enero de 2016 al 1° de enero de 2017 y el contrato de outsourcing vigente del 03 de enero de 2017 al 02 de enero de 2018 (Pág. 212 a 220 archivo "*013ContestacionDeDemanda*"). Dichos contratos tienen por objeto: ***i)*** que **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.,** suministre a **INGEDUCTOS** el servicio de ejecución de obras, asignando para el efecto y bajo su directa responsabilidad el personal idóneo que cumpla el perfil ocupacional definido para cada servicio; ***ii)*** que **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.,** disponga, bajo modalidad de outsourcing, todo el personal y servicios de obra civil para atender las necesidades de **INGEDUCTOS**.

Los anteriores contratos acreditan que **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.,** actuó como contratista independiente de **INGEDUCTOS**, suministrando servicio de ejecución de obras, para lo cual el proveedor se obligó a vincular, bajo su propia responsabilidad, al personal idóneo con el perfil ocupacional requerido para atender dicho servicio.

Conforme la posición de la H. CSJ, la tercerización laboral e sun instrumento legítimo, salvo cuando se usa para atentar contra los derechos de los trabajadores, tal y como indicó en las sentencias SL4479 de 2020, SL4755 de 2021, entre otras. En el presente caso, no puede pasar por alto la Sala que GUILLERMO FERNANDO VALDÉS BELTRÁN, representante legal de **INGEDUCTOS**, indicó en su interrogatorio que es el único trabajador de dicha compañía y que toda la actividad de dicha sociedad él la subcontrata (21:30 y 26:05 archivo "*22.1Audiencia*").

La precitada manifestación del representante legal de **INGEDUCTOS** concuerda con las pruebas documentales allegadas al proceso, como gastos de nómina y planilla de pago de aportes o la descripción de la composición accionaria de la sociedad, en la cual el único socio es GUILLERMO FERNANDO VALDÉS BELTRÁN (Pág. 31, 40 a 44 archivo "*011ContestacionDeDemanda*", 4 y 5 archivo "*020Prueba*").

Los anteriores medios de prueba acreditan que toda la estructura empresarial de **INGEDUCTOS**, en su componente de capital humano, el cual es necesario para el desarrollo de su objeto social y el logro de sus objetivos empresariales, ha sido en su totalidad tercerizada, al punto que dicha compañía, según su certificado de participación accionaria de 2019, reúne un capital superior a $1.100.000.000 y que se presenta al público como una sociedad con experiencia al haber suscrito trece (13) contratos públicos por valor de más de $1.020.000.000 y sesenta y ocho (68) contratos privados por valor de

más de $12.575.000.000, tiene apenas un solo trabajador, a saber, su representante legal (Pág. 71 a 92 archivo "*003Demanda*").

Ahora bien, el hecho de que una sociedad del tamaño económico de **INGEDUCTOS** esté totalmente tercerizada en su capital humano, *per se*, no es un hecho reprochable desde el derecho laboral y de la seguridad social, salvo cuando dicha acción se realiza para atentar contra los derechos de los trabajadores, conforme la jurisprudencia de la H. CSJ.

En el caso bajo estudio, no existe ninguna controversia entre las partes respecto el pago del salario y beneficios extralegales acordados a favor de la **DEMANDANTE** por **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, centrándose el litigio exclusivamente en el reclamo de comisiones.

En su recurso de apelación, el apoderado de la **DEMANDANTE** indicó que **INGETECHO** actuó como empresa fachada que se limitaba a suministrar personal a **INGEDUCTOS**, última sociedad que a través de su representante legal (y único trabajador) subordinó la actividad de la **DEMANDANTE** como asesora comercial.

Revisado el expediente, sea lo primero indicar que los dos contratos suscritos entre las **DEMANDADAS**, por los cuales **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.,** se obligó con **INGEDUCTOS** a suministrar el servicio de ejecución de obras asignando el personal necesario y a disponer bajo outsourcing todo el personal y servicios de obra civil, no precisan que dentro de los servicios contratados este el de asesoría comercial, cargo de la **DEMANDANTE** (Pág. 212 a 220 archivo "*013ContestacionDeDemanda*").

No obstante, no pasa por alto la Sala que el representante legal de **INGEDUCTOS** alegó en su interrogatorio que dicha sociedad solo tenía con **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** una relación

comercial de promoción de marca y en ocasiones el suministro de personal para la ejecución de obras, ya que **INGEDUCTOS** no tiene personal de obra (20:02 archivo "*22.1Audiencia*"). Así las cosas, a pesar de que no se aportó la fuente contractual de la relación de promoción de marca, dicha relación fue reconocida expresamente por el representante legal de **INGEDUCTOS**.

La anterior circunstancia es relevante, al permitir inferir razonablemente que la promoción comercial de las marcas INGEDUCTOS e INGETECHO, ambas de propiedad de la demandada **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.** conforme las certificaciones aportadas (Pag. 1 a 8 archivo "*011ContestacionDeDemanda*"), estaba a cargo del personal de **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, más aún cuando la propia **INGEDUCTOS** carece de personal comercial, ya que como ya se ha indicado, solo tiene un trabajador que no es otro que su representante comercial.

El anterior hecho fue reafirmado tanto por RICHAR JIOVANNY GUATAQUIRA MENESES, representante legal de **INGETECHO**, quien en interrogatorio indicó que la sociedad promociona las marcas INGEDUCTOS e INGETECHOS (08:02 archivo "*22.1Audiencia*"); así como por KATHERINE RIOS PORTILLA, gerente comercial de **INGETECHO** desde 2016, quien en su testimonio indicó que promocionan la marca INGEDUCTOS (01:39:18 archivo "*22.1Audiencia*").

La prestación del servicio de promoción comercial de las dos marcas propiedad de **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, por el personal de **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.,** se acredita con los documentos correspondientes a la prueba séptima de la demanda, que si bien corresponden a impresiones de correos electrónicos, lo cual impide valorar su integridad y confiabilidad como mensaje de datos conforme la Ley 527 de 1999, no es menos cierto que el artículo 247 CGP permite valorar la simple impresión en papel de

dichos mensajes con las reglas generales de los documentos, lo cual permite su apreciación como pruebas documentales.

En consecuencia, al revisar dichas impresiones en papel, llama la atención de la Sala que GUILLERMO FERNANDO VALDÉS BELTRÁN, representante legal de **INGEDUCTOS**, remitiera desde el correo gfvaldes@ingeductosing.com el 05 de julio de 2017 un correo dirigido a la que denominó "*División comercial Ingeductos*" a pesar de que dicho representante alegó en su interrogatorio que dicha compañía no tenía otros trabajadores distintos a él, correo que se envió al correo lizeth.benitez@ingeductosing.com, el cual aparece asignado a nombre de la **DEMANDANTE**, informando las políticas comerciales adoptadas desde el 1º de julio de 2017, incluyendo comisiones (Pág. 115 archivo "*003Demanda*").

De otra parte, también se allegó impresión en papel de otros correos electrónicos, todos enviados desde cuentas con el dominio **ingeductosing.com** hacia el correo lizeth.benitez@ingeductosing.com, indicando las políticas comerciales, incluyendo comisiones, adoptadas para mejorar el marketing empresarial de **INGEDUCTOS**, acciones que no concuerdan con el dicho del representante legal de la sociedad de que la compañía tiene un solo trabajador, a saber, él mismo, ya que de ser ello cierto implicaría que la empresa no habría tenido forma de enviar correos electrónicos porque aparte del representante legal no existirían otros destinatarios en la organización (Pág. 108 a 118 archivo "*003Demanda*").

En este punto, es relevante analizar el dicho de los testigos solicitados por la **DEMANDANTE**, los cuales permiten determinar las razones por las cuales **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, tenía varios destinatarios en los asuntos de su política comercial, a pesar de que formalmente tenía la compañía tenía un solo trabajador.

La señora ASTRID JULIANA CABEZAS GÓMEZ, quien se identificó como asistente contable de **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, señaló en su interrogatorio que **INGETECHO** e **INGEDUCTOS** eran empresas de un mismo grupo, que la primera sociedad solo prestaba servicios a la segunda y, respecto los agentes comerciales de **INGETECHO**, aseguró que recibían el pago de comisiones previa autorización de GUILLERMO VÁLDEZ, única persona que podía autorizar dichos pagos, además, la **DEMANDANTE** cobrara sus comisiones pasando cuentas de cobro por transporte (42:35 y 46:11 archivo "*22.1Audiencia*").

Por su parte, LENA PATRICIA HERNÁNDEZ RAMOS, quien se desempeñó como asesora comercial de **INGETECHOS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.,** desde julio de 2013 hasta junio de 2018 y que inclusive fungió como gerente comercial de la zona caribe, quien recibió correos al correo lena.hernandez@ingeductosing.com asignado a su nombre, indicó que a pesar de que fue contratada por **INGETECHOS**, toda la actividad de obra y ventas lo era para **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, lo cual también ocurrió en el caso de la **DEMANDANTE**, por lo cual recibían comisiones liquidas según el valor y condiciones de cada proyecto, monto que no se detallaba en los desprendibles de nómina, por lo que para reclamarlas debían hacer una solicitud de pago para que fueran consignadas a las cuentas bancarias de cada una (01:11:05 archivo "*22.1Audiencia*").

De otra parte, la testigo KATHERINE RIOS PORTILLA, quien se identificó como gerente comercial de **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.,** desde 2016, afirmó bajo juramento que la **DEMANDANTE** debía promocionar las marcar que la compañía maneja, entre ellas INGEDUCTOS y que por tla actividad no recibía ninguna suma adicional al salario, ya que ningún aesor comercial devenga comisiones y que no conoce ninguna política comercial de bonificaciones o comisiones en las **DEMANDADAS** (01:39:18 archivo "*22.1Audiencia*"), no obstante, llama la atención de la Sala no solo las

constantes voces que se escucharon durante el testimonio y que dan a pesar que la testigo estuvo preparada (01:46:00 archivo "*22.1Audiencia*"), sino que además desde el correo electrónico Katherine.rios@ingeductosing.com se enviaron correos a las cuentas asignadas a nombre de la **DEMANDANTE** relativos a políticas comerciales, incluyendo comisiones y la instrucción de usar un cuadro para llevar el control de aquellas (Pág. 113 a 114, 116 a 118 archivo "*003Demanda*").

La valoración de los precitados interrogatorios y testimonios, junto con la valoración como documento de la copia impresa de los correos, permite concluir que **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, a través de su representante legal y dicho sea el paso, único trabajador, implantó y reconoció una política comercial a favor de los asesores comerciales contratados formalmente por **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, la cual incluyó el reconocimiento de comisiones, no obstante que los contratos de servicios y outsourcing suscritos entre dichas sociedades no incluyeron expresamente la actividad comercial a favor de **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S**.

La precitada intermediación laboral resultó lesiva a los derechos laborales de la **DEMANDANTE**, a quien sus prestaciones sociales, aportes a seguridad social y demás acreencias laborales liquidadas sobre el valor del salario fueron calculadas sin incluir el valor de las comisiones obtenidas por su servicio personal subordinado como asesora comercial, tal y como se observa de la revisión de los desprendibles de nómina, liquidaciones de vacaciones y planillas de pago a seguridad social (Pág. 16 a 193 archivo "*003Demanda*").

A su vez, llama la atención de la Sala que **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, luego de allegar una certificación de su revisor fiscal indicando que la **DEMANDANTE** no ha sido ni su contratista ni proveedor y que no cuenta con facturas por cuenta o con cargo a ella (Pág. 3 archivo "*020Prueba*"), en su

interrogatorio de parte se contradice al manifestar que la **DEMANDANTE** si le pasó cuentas de cobro porque a veces los operarios no la pasaban y ella les hacía el favor (23:31 archivo "*22.1Audiencia*"), mientras que en el expediente obra prueba documental de cuentas de cobro radicadas por la **DEMANDANTE** a **INGEDUCTOS** por concepto de transporte, por un valor sumado de más de $21.000.000 (Pág. 123 a 125 archivo "*003Demanda*"), las cuales cuentan con sello de la empresa o la anotación de recibido por "*Juliana*", siendo que ASTRID JULIANA CABEZAS GÓMEZ en su testimonio reconoció dichas cuentas señalando que si las recibió cuando laboró en el área contable de **INGETECHO**, puesto desde el cual manejo la contabilidad de ambas sociedades (Pág. 46:11 y 52:10 archivo "*22.1Audiencia*").

Realizado el análisis de los medios de prueba, no hay duda de que le asiste razón al apoderado de la **DEMANDANTE** en su alegato de que los elementos de prueba recaudados en juicio, excluyendo la prueba tercera de la demanda, tienen la contundencia probatoria suficiente para determinar la existencia de una relación de intermediación laboral entre las **DEMANDADAS**. En efecto, **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, bajo la fachada de empresario independiente, agrupó y coordinó los servicios de la **DEMANDANTE** a favor de **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, quien por medio de su único trabajador y representante legal, GUILLERMO FERNANDO VALDÉS BELTRÁN, estableció las políticas comerciales de la **DEMANDANTE** y demás asesores comerciales de **INGETECHO**, al punto de denominarlos como "*División comercial ingeductos*", a la par que en el proceso no existe prueba alguna de que **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** haya contado sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos, por cuanto su representante legal RICHAR JIOVANNY GUATAQUIRA MENESES confesó en interrogatorio que en el año 2016 que la compañía percibió un solo ingreso en todo el año correspondiente al pago que le hizo **INGEDUCTOS** por el concepto de personal (10:02 archivo "*22.1Audiencia*"), a la vez que no

se allegó ninguna prueba que acredite que **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.,** prestaba servicios a otras sociedades.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar declarará como real empleador de la **DEMANDANTE** a **INGEDUCTOS**. No obstante, advierte que no accederá a las demás pretensiones, por las razones que pasan a explicarse.

Alegó el apoderado de la **DEMANDANTE** en su recurso de apelación que las pruebas permiten determinar, con claridad, el valor adeudado por comisiones, sin embargo, tal afirmación no es cierta.

En primer lugar, se reitera que no es viable acceder a su suplica de considerar la prueba tercera de la demanda como testimonios y no como pruebas documentales emanados de terceros, porque se trata de un alegato que no fue sustentado en el recurso de apelación sino con posterioridad, lo cual impide considerarlo en virtud del principio de consonancia, conforme el artículo 66A CPTSS.

En consecuencia, el apoderado de la **DEMANDANTE** debe asumir las consecuencias procesales de no haber atendido el requerimiento que la *a quo* le hizo de citar a los terceros a ratificar dichos documentos al momento del decreto de pruebas (05:31 archivo "*15.1Audiencia*"), omisión que conllevó a que no fuera valorada la prueba que oportunamente la parte **DEMANDADA** solicitó fuera ratificada.

En segundo lugar, la impresión simple de los correos electrónicos, valorada bajo las reglas generales de la prueba documental y no como mensaje de datos en virtud del artículo 247 CGP, demuestra que **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, estableció políticas comerciales de comisiones, cuya causación y monto dependía del cumplimiento de la meta mensual de contratos cerrados por el asesor comercial, considerando factores diferentes de

descuento en cada proyecto, siendo el porcentaje aplicable señalado en la matriz de cotización de cada negocio especifico y la cual podía aumentar en 1 punto por el cumplimiento en un 120% de la meta semestral y si se cumplía sin excepción la meta mensual se generaban bonos equivalentes a un básico (Pág. 108 a 118 archivo "*003Demanda*").

Así las cosas, para poder determinar el monto de las comisiones es necesario conocer el desempeñó mensual y trimestral de ventas de la **DEMANDANTE**, así como la matriz de cotización de cada negocio especificó y los factores diferentes de descuento de cada proyecto, datos que no fueron acreditados por la **DEMANDANTE**, lo que impide establecer el monto adeudado, lo cual es ratificado por la testigo LENA PATRICIA HERNÁNDEZ RAMOS, quien indicó que el valor de la comisión dependía del valor de cada proyecto y que cada uno de ellos tenía sus propias condiciones de pago (01:13:40 y 01:19:35 archivo "*22.1Audiencia*").

De otra parte, no es viable tener como valor de las comisiones el cobrado por la **DEMANDANTE** a **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, mediante los documentos equivalentes a facturas que sumas valores por más de $21.000.000, por la sencilla razón de que no hay ninguna prueba que acredite que la empresa aceptó reconocer dicho crédito porque solo se demostró su radicación más no su aceptación (Pág. 123 a 125 archivo "*003Demanda*"); del mismo modo, no se puede aceptar el valor de los pagos certificados en los recibidos de caja menor y cheque allegados con la demanda, por cuanto no hay prueba de que aquello hayan sido emitidos por **INGEDUCTOS** (126 a 130 archivo "*003Demanda*").

Así las cosas, ante la falencia probatoria de la parte **DEMANDANTE**, quien no acreditó, de forma específica, la prueba de la forma como se pactó la causación y el cálculo de las comisiones reclamadas, carga de la prueba a su cargo conforme la jurisprudencia de la H. CSJ adoptada en las sentencias SL5221 de 2021, SL0008 de

2022, SL1353 de 2022, entre otras, impide acceder a la condena al reconocimiento de comisiones y la subsecuente reliquidación de acreencias e imposición de indemnizaciones laborales.

Finalmente, la **DEMANDANTE** reclamó el pago de la indemnización por despido, alegando que el empleador incurrió en las justas causas para terminación del contrato de trabajo señaladas en la carta de renuncia motivada del 06 de septiembre de 2018 (Pág. 194 a 195 archivo "*013ContestacionDeDemanda*").

Al respecto, sea lo primero indicar que a lo largo de esta sentencia se han expresado las razones por las cuales los elementos de prueba practicados en este proceso permiten concluir que **INDGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, incurrió en tercerización laboral ilegal en perjuicio de los derechos laborales de la **DEMANDANTE**.

En efecto, se logró acreditar que **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, a través de su único trabajador, implemento una política comercial dirigida a los asesores comerciales de **INGETECHO**, en la cual incluyó el pago de comisiones y, a pesar de que no es posible fulminar condena por dicho concepto a favor de la **DEMANDANTE** por la falencia probatoria descrita en párrafos anteriores, motivo por el cual al no acreditarse un valor concreto adeudado por concepto de comisiones, no queda opción distinta que declarar no probada la primera justa causa alegada por la **DEMANDANTE** en su renuncia.

Del mismo modo, no se encuentran probadas las restantes justas causas contenidas en la carta de renuncia de la **DEMANDANTE**, a saber: la realización de conductas de acoso laboral, falta de cotización al sistema de seguridad social y demás entidades encargadas de administrar prestaciones sociales y falta de pago de viáticos y gastos de representación, por cuanto revisado el expediente, no existe prueba siquiera sumaria de que el representante legal de

INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S., sociedad que fungió como real empleador de la **DEMANDANTE**, hubiera incurrido en conductas catalogadas por la Ley 1010 de 2006 como generadoras de acoso laboral, del mismo modo, no se acreditó la causación de sumas por viáticos y gastos de representación y, finalmente, los aportes a seguridad social se liquidaron considerando el salario fijo de la trabajadora, quien, se reitera, no logró acreditar que causó las comisiones adoptadas en las políticas comerciales a las cuales estuvo supeditada.

Por lo anterior, no hay mérito para acceder a la indemnización por despido indirecto.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Resueltos todos los puntos de inconformidad del recurso de apelación de la **DEMANDANTE**, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar que entre la **DEMANDANTE** e **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.**, existió un contrato de trabajo, derivado de la calidad de simple intermediario por parte **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, conforme el artículo 35 CST.

De otra parte, se absolverá de las pretensiones condenatorias, toda vez que la parte **DEMANDANTE** no logró acreditar la causación de las comisiones adoptadas en las políticas comerciales a las cuales estuvo supeditada, ni las justas causas alegadas en su carta de renuncia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

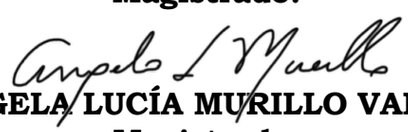
SEGUNDO: DECLARAR que entre la demandante **LIZETH MARÍA BENÍTEZ VILLADIEGO** como trabajadora e **INGEDUCTOS INGENIERÍA ESPECIALIZADA S.A.S.** como empleador, existió un contrato de trabajo de trabajo a término fijo entre el 19 de octubre de 2015 y el 06 de septiembre de 2018, en atención a la condición de simple intermediario de **INGETECHO Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, conforme la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: ABSOLVER a las **DEMANDADAS** de las demás pretensiones elevadas en su contra por la demandante **LIZETH MARÍA BENÍTEZ VILLADIEGO**.

CUARTO: COSTAS de primera instancia a cargo de las **DEMANDADAS** y deberán ser liquidadas por la *a* quo. **SIN COSTAS** en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada.
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 035 2016 00556 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de COLTABACO y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 3 de junio de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a COLTABACO S.A.S. a pagar el cálculo actuarial correspondiente por los aportes a pensión que omitió realizar al demandante, condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo el valor del cálculo actuarial, y ordenó a COLPENSIONES recibir dichos valores y actualizar la historia laboral del demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSE MIGUEL MEJIA CASTRO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare que tiene derecho al traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Como consecuencia de lo anterior, pide que se condene a COLFONDOS y COLPENSIONES a aceptar el traslado régimen pensional, y se ordene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez correspondiente, aplicando el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 9 de enero de 1952; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES desde el 5 de octubre de 1976 hasta el 13 de septiembre de 1998; que para el 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de cotizaciones; que el 14 de septiembre de 1998, momento para el cual contaba con 1.008 semanas de cotización al RPM; que el 8 de junio de 2011, solicitó a COLFONDOS su regreso al RPM y dicha entidad le informó que tal traslado no era procedente; que entre el 14 de septiembre de 1998 y el 9 de enero de 2012, cotizó al RAIS un total de 571 semanas; que en total cotizó 1.628 semanas entre el RPM y el RAIS; que dentro del tiempo cotizado al RPM con el empleador COLTABACO S.A., no le aparece como cotizado el periodo comprendido entre el 5 de octubre de 1976 y el 1° de marzo de 1977, y del 1° de enero de 1981 al 16 de marzo de 1981; que dicho tiempo se encuentra debidamente certificado por el empleador; que en varias oportunidades solicitó a COLPENSIONES la corrección de su historia laboral pero dicha entidad no resolvió de fondo la solicitud.

Posteriormente, el apoderado de la parte demandante presentó escrito de reforma a la demanda, en él incluyó como demandada a la COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A.S. y pidió que se condene a esta sociedad al pago de las cotizaciones dejadas de realizar durante la vigencia de la relación laboral a través de un cálculo actuarial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su afiliación inicial a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de imposibilidad de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida y pérdida de los beneficios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, prescripción, buena fe, improcedencia de intereses moratorios e indexación y compensación (Pdf. 1, fls. 131 a 149).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de imposibilidad legal para aceptar el traslado de régimen del demandante y buena fe (Pdf. 1, fls. 184 a 193).

La **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO – COLTABACO S.A.S.** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y la vinculación laboral del actor durante los extremos definidos en la demanda, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de cumplimiento de la obligación de afiliar al demandante y cotizar para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, confesión expresa realizada a través de apoderado judicial, pago y prescripción (Pdf. 1, fls. 286 a 303).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá

D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 3 de junio de 2020, condenó a COLTABACO S.A.S. a pagar el cálculo actuarial correspondiente por los aportes a pensión que omitió realizar al demandante, condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo el valor del cálculo actuarial, y ordenó a COLPENSIONES recibir dichos valores y actualizar la historia laboral del demandante. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: ORDENAR** a COLFONDOS a que determine el valor del cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 5 de octubre de 1976 al 1 de marzo de 1977 y del 01 de enero de 1981 al 16 de marzo de 1981, tomando como base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente para cada periodo conforme la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLTABACO S.A.S., a pagar a la AFP COLFONDOS el monto correspondiente al cálculo actuarial de los periodos comprendidos entre 5 de octubre de 1976 al 1 de marzo de 1977 y del 01 de enero de 1981 al 16 de marzo de 1981. **TERCERO: ORDENAR** a COLFONDOS, a que una vez cuente con el cálculo actuarial debidamente cancelado por la demandada deberá incluir y actualizar las semanas cotizadas del demandante el José Miguel Mejía Castro, el periodo correspondiente del 5 de octubre de 1976 al 1 de marzo de 1977 y del 01 de enero de 1981 al 16 de marzo de 1981. **CUARTO: ORDENAR** a COLFONDOS, a que una vez cuente con el cálculo actuarial debidamente cancelado por la demandada, trasladar todos los aportes efectuados por el señor José Miguel Mejía Castro, junto con sus rendimientos, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. **QUINTO: ORDENAR** a COLPENSIONES, a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida, actualizando su historia laboral conforme lo decidido en esta sentencia, es decir incluyendo los tiempos comprendidos entre el 5 de octubre de 1976 al 1° de marzo de 1977 y del 1° de enero de 1981 al 16 de marzo de 1981, de acuerdo a lo indicado en la parte considerativa de este fallo. **SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones planteadas por la*

demandada, acorde a lo motivado. ***SEPTIMO: CONDENAR*** *en costas a la demandada* ***COLTABACO S.A.*** *por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de $500.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas."*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si el demandante tiene derecho al traslado de régimen pensional por tener más de 15 años de servicios o cotizaciones a 1° de abril de 1994. Para resolverlo indicó que, según lo definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 15 años de servicio equivalen a 771 semanas de cotización, y esa es la densidad de semanas que se debe acreditar para el traslado de régimen de una persona que es beneficiaria del régimen de transición. Señaló que la historia laboral del demandante solo acredita 679.42 semanas a dicha fecha, pero al revisar de forma detallada tal documento, resulta pertinente sumar 72.93 semanas correspondientes al periodo transcurrido entre el 1° de julio de 1983 y el 30 de noviembre de 1984, que la entidad demandada no tuvo en cuenta y corresponde a una mora del empleador CONSTRUCCIONES ZANZ Y CIA COBE LTDA., que no fue cobrada por la entidad.

Sobre el periodo laborado para COLTABACO, definió que no existe duda de la existencia de la relación laboral, en los términos que señala el demandante y por ello al encontrar que la afiliación del actor al sistema de pensiones se realizó de forma tardía, condenó a dicha sociedad a pagar el cálculo actuarial, que para el efecto realice COLFONDOS sobre los tiempos no cotizados entre el 5 de octubre de 1976 y el 1° de marzo de 1977 y del 1° de enero de 1981 al 16 de marzo de 1981, que equivale a un total de 31.71 semanas. Después de este estudio concluyó que el demandante cuenta con más de 15 años de servicios cotizados a 1° de abril de 1994 y por ello es procedente ordenar su traslado al RPM.

Finalmente, sobre el reconocimiento del derecho pensional estimó que no es posible resolver tal pretensión en este momento, pues COLPENSIONES no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este derecho, teniendo en cuenta las condenas aquí dictadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLTABACO** interpuso recurso de apelación y solicita que se revoque la condena impuesta a dicha sociedad. Para sustentar el recurso aduce que el fundamento de la condena dictada por el juez es la falta de prueba del pago de las cotizaciones correspondientes al periodo transcurrido entre el 5 de octubre de 1976 y el 1° de marzo de 1977, y del 1° de enero de 1981 al 16 de marzo de 1981, señala que el juez se equivocó en la conclusión porque la sociedad si canceló las cotizaciones correspondientes a los lapsos referidos y ello se deduce de la confesión que realizó el apoderado de la parte demandante al indicar en la demanda que dicha sociedad siempre realizó los pagos correspondientes a pensión de manera oportuna, dice además que otras pruebas documentales que obran en el expediente corroboran los pagos realizados y que no existía mora por parte de la sociedad. Aclara que antes de 1994 el ISS expedía una factura al empleador para realizar el cobro de la totalidad de los trabajadores afiliados en un solo documento.

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación con el fin de que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada de las pretensiones incoadas en su contra. Para sustentarlo indicó que en un proceso anterior el demandante buscaba el traslado de régimen y reconocimiento de pensión, pretensiones que en su momento le fueron negadas. Señala que el actor perdió el beneficio de la transición al trasladarse del RPM al RAIS, y que dicho traslado obedeció a una decisión libre y voluntaria que no es susceptible de la nulidad solicitada en cuanto no se acreditó perjuicio alguno, ni la existencia de algún vicio del consentimiento.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLTABACO S.A.S. solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí es procedente condenar a COLTABACO S.A.S. al pago del cálculo actuarial por periodos que se aducen como no cotizados. También se debe definir si el demandante tiene derecho al traslado de régimen pensional que solicita.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 9 de enero de 1952 (Pdf. 1, fl.18); ***ii)*** que el demandante prestó servicios a COLTABACO S.A.S. entre el 5 de octubre de 1976 y el 16 de marzo de 1981 (Pdf. 1, fl. 22); ***iii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de marzo de 1977 y el 30 de septiembre de 1998, por un total de 903.29

semanas (carpeta 2); ***iv)*** que el 14 de septiembre de 1998, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS (fl. 198, pdf. 1); ***v)*** que el 13 de abril de 2016, solicitó a COLPENSIONES su traslado al RPM (fl. 96, Pdf. 1).

- **Sobre la mora del empleador en el pago de aportes al Sistema General de Pensiones**

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, determinó que el empleador es responsable del pago de su aporte y del que corresponde al trabajador a su servicio al Sistema de Seguridad Social, para lo cual está facultado para descontar del salario el valor del aporte y trasladar dichas sumas a la Administradora de pensiones respectiva. Dicha norma determinó que el empleador será responsable por la totalidad del aporte aun cuando no hubiere efectuado el descuento. De otra parte, el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, facultó a las Administradoras de cada régimen pensional para adelantar acciones de cobro por el incumplimiento de la obligación del empleador de pagar las cotizaciones, para lo cual indicó que las liquidaciones proferidas por dichas administradoras para determinar el valor adeudado prestarán mérito ejecutivo.

Atendiendo las facultades de cobro de las administradoras y la responsabilidad del empleador de realizar el pago de aportes, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido de forma reiterada y pacifica que el afiliado no está llamado a soportar las consecuencias negativas de la mora en el pago de aportes, por cuanto la administradora estará obligada a tener como válidos los periodos en mora como responsabilidad por no adelantar las gestiones de cobro siempre y cuando el trabajador hubiera sido válidamente afiliado, por cuanto el trabajador causa el derecho del aporte con la prestación del servicio y no es responsable en su pago, así lo reiteró la Corporación en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, entre otras.

Ahora bien, para aquellos casos en que el empleador omite realizar la afiliación al sistema de pensiones, o realiza la afiliación de forma tardía, el literal d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 6° de ese mismo artículo, disponen que dicho tiempo puede tenerse en cuenta para el cómputo de semanas, siempre y cuando el empleador traslade a la administradora de pensiones el valor del cálculo actuarial que corresponda a las cotizaciones que omitió realizar.

Una vez revisado el expediente, se advierte que el demandante prestó servicios en favor de COLTABACO S.A.S. entre el 5 de octubre de 1976 y el 16 de marzo de 1981 (Pdf. 1, fl. 22), y según la historia laboral que obra en el expediente y que fue aportada por COLPENSIONES (carpeta 2), dicho empleador afilió al demandante desde el 1° de marzo de 1977 hasta el 31 de diciembre de 1980.

De ello, se deduce que la afiliación por parte de COLTABACO fue tardía, y que con posterioridad dejó de pagar algunas cotizaciones a pensión. Recuerda la Sala, que dentro de este proceso no se controvirtió la existencia de la relación laboral entre el demandante y dicha sociedad, pues ésta fue aceptada desde la contestación a la demanda y por ello deberá ordenarse a esta sociedad pagar el cálculo actuarial correspondiente a los periodos transcurridos entre el 5 de octubre de 1976 y febrero de 1977, por la afiliación tardía al sistema de pensiones.

Sobre los periodos no cotizados entre el 1° de enero de 1981 y el 16 de marzo de 1981, correspondería darles un trato diferente en cuanto ya no se trata de omisión de afiliación sino de mora de aportes, luego en lugar de cálculo actuarial debería ordenarse el pago de los aportes junto con el interés que corresponda, no obstante, como la demandada COLTABACO no presentó oposición sobre esto último aspecto definido por el juez de primera instancia, se confirmará en lo pertinente la decisión.

Para resolver el argumento de apelación que plantea COLTABACO, en el sentido de indicar que la sociedad realizó el pago de los aportes por todo el tiempo laborado y que al efecto el apoderado de la parte demandante confesó dicha situación en la demanda, lo cierto es que el apoderado del actor no tiene la capacidad de confesar sobre un hecho de un tercero, pues si bien las cotizaciones corresponden a su poderdante, lo cierto es que la única que puede certificar los pagos o confesar que estos en efecto se realizaron, es la entidad de seguridad social facultada legalmente para recibirlos. Además de lo anterior dentro del expediente no obran pruebas que acrediten que en efecto dichos pagos se realizaron, razón por la cual no es procedente acoger el argumento para absolver a la demandada de esta pretensión.

En cuanto a la mora del empleador CONSTRUCCIONES ZANZ Y CIA COBE LTDA., se advierte del reporte de semanas cotizadas entre el año 1967 y 1994, que aportó COLPENSIONES en el expediente administrativo (carpeta 2, Pdf. 34), que en efecto dicho empleador registra una mora entre el 1° de julio de 1983 y el 30 de noviembre de 1984, fecha en la que se registró la novedad de retiro del actor por parte de dicho empleador. El lapso referido debe ser tenido en cuenta por la demandada COLPENSIONES, en cuanto no está acreditado que hubiere ejercido las acciones de cobro respectivas sobre tales periodos, más aún cuando ella misma los registra como mora y tiene establecida la fecha de retiro para determinar cuál era la última cotización que debía realizar este empleador.

- **Sobre el Traslado de Régimen Pensional**

Previo a resolver la controversia, precisa la Sala que en el caso bajo estudio se controvierte el derecho del actor para regresar al Régimen de Prima Media, bajo el entendido que es beneficiario del

régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con más de 15 años de cotizaciones a 1° de abril de 1994, y por ello tiene derecho a regresar en cualquier tiempo al RPM.

Para resolver lo pertinente, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, y el Decreto 3800 de 2003, disponen el derecho de los afiliados a escoger libremente el régimen pensional que prefieran, y a trasladarse entre uno y otro, bajo las siguientes reglas: ***i)*** el traslado solo se puede efectuar una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial; y, ***ii)*** después del 29 de enero de 2004, no procede el traslado si al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad necesaria para acceder a la pensión, salvo aquellas personas que habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones se hubiesen trasladado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, quienes conservan el derecho de regresar, en cualquier tiempo, al Régimen de Prima Media con prestación definida.

Estas normas fueron objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C-1024 de 2004, en la cual, la Corte Constitucional definió que las restricciones al traslado de régimen son razonables y proporcionadas a los objetivos perseguidos por ellas, consistentes en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y procurar equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Ahora bien, sobre este puntual aspecto, la Corte Constitucional mediante SU-130 de 2013, ratificó que los afiliados al Sistema General de Pensiones, solo podrán trasladarse de régimen en cualquier tiempo y conservar los beneficios del régimen

de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuando acrediten tener 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994 y para materializar dicho traslado deberá trasladarse la totalidad del ahorro que contiene la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, definió de igual forma que es procedente el traslado de régimen pensional en cualquier tiempo para los afiliados que a 1° de abril de 1994 acrediten 15 años o más de servicios cotizados, quienes además tienen derecho a conservar el régimen de transición. Sobre esto último ha precisado la Corte, que debe entenderse para el efecto, que 15 años de cotizaciones equivalen a 771.42 semanas, que corresponden a 5.400 días, teniendo en cuenta que para dicha Corporación, el cómputo anual o el año de servicios es de 360 días (Sentencias SL1342-2018, SL4314-2018, SL4795-2018 y SL015-2022).

En este orden de ideas, solo podrá ordenarse el traslado del actor al Régimen de Prima Media, si acredita 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994. Revisado el expediente se advierte que la historia laboral del demandante, aportada al proceso por COLPENSIONES (carpeta 2, Pdf. 46), reconoce como efectivamente cotizadas a esta fecha, 690.14 semanas, número al que deben sumarse 72.93 semanas equivalentes a la mora del empleador CONSTRUCCIONES ZANZ Y CIA COBE LTDA., que se estudiaron en precedencia, y 10.72 semanas que corresponden a la mora en que incurrió COLTABACO entre el 1° de enero de 1981 y el 16 de marzo de 1981, lo que arrojaría un total de 773.79 semanas cotizadas a 1° de abril de 1994.

Conviene precisar sobre lo anterior, que los tiempos correspondientes a la omisión de afiliación en que incurrió COLTABACO entre el 5 de octubre de 1976 y febrero de 1977, no es

posible computarlos en este momento, pues en aplicación del inciso 6° del Parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cómputo de estos tiempos solo es procedente cuando el empleador traslade a la administradora la suma correspondiente al cálculo actuarial.

Si bien, se sumó al número de semanas el tiempo transcurrido entre el 1° de enero de 1981 y el 16 de marzo de 1981, aun cuando el juez de primera instancia dispuso que el pago de estas semanas en mora debía realizarse a través de cálculo actuarial, lo cierto es que tal como se estudió en precedencia, este lapso no corresponde a una omisión de afiliación sino a una mora del empleador que bien podía cobrar la administradora de pensiones en su momento y que independientemente de que el juez, de forma equivocada definiera su pago mediante un cálculo actuarial y la sociedad COLTABACO no se opusiera a tal determinación, no puede en este caso trasladarse las consecuencias de dicha decisión al afiliado, pues en últimas se estaría relevando a la administradora de pensiones del cumplimiento de la obligación legal de cobro que la ley le asigna.

Por lo anterior, concluye la Sala que el demandante tiene derecho al traslado del RAIS al RPM en cualquier tiempo y con la consecuente conservación del régimen de transición del que es beneficiario, pues tenía más de 15 años de servicios cotizados al Sistema de Pensiones a 1° de abril de 1994 y por ello se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

Para responder el argumento de apelación de COLPENSIONES referido a que el demandante en un proceso anterior buscaba el traslado del RAIS al RPM y el reconocimiento de la pensión de vejez, la Sala dirá que si bien, en un proceso anterior que se tramitó ante el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá con el radicado N° 09 2013 00251 el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez (Pdf.1, fls. 353 a 363), no puede asignarse el efecto de cosa juzgada previsto en el artículo 303 del CGP, en cuanto en

dicha oportunidad no se vinculó como demandado al empleador COLTABACO para obtener el pago del cálculo actuarial por la afiliación tardía al sistema de pensiones, y porque en la demanda anterior no se solicitó el traslado de régimen de pensional, pues allí se hacía referencia a que el actor se encontraba afiliado al RPM y no al RAIS. Como el juez de primera instancia en dicha oportunidad encontró que el actor se encontraba afiliado al RAIS y no al RPM, negó las pretensiones con fundamento en que no era COLPENSIONES la entidad llamada a resolver sobre la eventual pensión de vejez del actor y que dicha entidad no se había pronunciado sobre el traslado de régimen.

Si bien, esta Corporación en sentencia del 27 de abril de 2016 (carpeta 4, audio), confirmó la decisión de primera instancia, al concluir que el actor no tenía derecho al traslado de régimen pensional por no contar con más de 15 años de cotizaciones a 1° de abril de 1994, lo cierto es que en ese momento no se vinculó al empleador COLTABACO y no se consideraron ni se adujo mora alguna en cabeza de dicho empleador.

Tampoco resulta atendible el argumento relacionado con la improcedencia del traslado porque no se acreditaron vicios en el consentimiento al momento de la suscripción del formulario de traslado de régimen, pues las razones que se aducen en el proceso para el traslado de régimen pensional no están relacionadas con una solicitud de nulidad por vicios en el consentimiento sino con el derecho al traslado en cualquier tiempo por cumplir con el requisitos de más de 15 años de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, como se estudió en procedencia.

Por ello, a juicio de la Sala no puede asignarse el efecto de cosa juzgada, pues existen hechos nuevos que ameritan el estudio de las pretensiones incoadas en este proceso.

Sin costas en esta instancia.

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

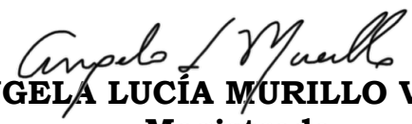
RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 035 2018 00341 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSE SAUL CABALLERO BARRETO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **RAMIRO SAUL GRANADOS PUERTO.** Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 11 de agosto de 2012 y el 30 de agosto de 2017; en consecuencia, se condene al demandado al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización por despido injusto, aportes al sistema de seguridad social en pensiones y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que desde el 11 de agosto de 2012, prestó servicios en favor del demandado mediante contrato de trabajo verbal; que desempeñaba el cargo de conductor de tractomula; que el horario siempre dependía de los viajes que realizaba a diferentes partes del país; que devengaba como salario en promedio la suma mensual de $2.000.000, equivalente al 10% de la carga; que el 30 de agosto de 2017, el demandado lo despidió sin que mediera justa causa y no le fueron pagadas las prestaciones sociales correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

RAMIRO SAUL GRANADOS PUERTO contestó la demanda a través de curador *ad litem*. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad. Propuso como excepciones las de prescripción, nulidad relativa y la genérica (Pdf. 1, fls. 78 a 82).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de febrero de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> "***PRIMERO: ABSOLVER*** *al demandado Ramiro Saúl Granados Puerto de las pretensiones incoadas por José Saúl Caballero Barreto de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.* ***SEGUNDO: CONDENA*** *a los gastos de curaduría, incluyendo la suma de $100.000, a cargo de la parte demandante.* ***TERCERO: Consúltese*** *en los términos del artículo 69 del C.P.T y S.S., en caso de no ser apelada la presente sentencia."*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo. Para resolverlo indicó que no se

probaron los elementos constitutivos de un contrato y ni siquiera está probada la prestación personal del servicio, por lo que negó las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACION

La parte demandante interpuso recurso de apelación y al efecto pide que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se declare la existencia del contrato y se condene al pago de las acreencias adeudadas. Para sustentar el recurso aduce que el juez no realizó una valoración adecuada de las pruebas documentales aportadas al expediente, pues estima que éstas acreditan la prestación personal del servicio, en cuanto mencionan de manera clara que el demandante era el conductor del vehículo propiedad del demandado. Agrega que los manifiestos de transporte presentados también acreditan los extremos de la relación laboral y por ello debe declararse la existencia del contrato de trabajo entre las partes.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el demandante demostró haber prestado servicios personales subordinados en favor de la sociedad demandada.

VII. CONSIDERACIONES

- **Sobre la existencia de la relación laboral.**

Para resolver lo pertinente, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral. Por su parte el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*". Más adelante el artículo 23 del mismo estatuto establece como elementos esenciales constitutivos de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, como una contraprestación directa del servicio prestado.

Una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al efecto, el artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una presunción legal, en virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019 y SL2608 de 2019, entre otras.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda al advertir que, revisado el escaso material probatorio allegado al expediente, se concluye que el demandante no demostró haber prestado servicios personales a favor del demandado, razón por la cual no opera la presunción legal.

Para llegar a la anterior conclusión se observa que al expediente no se aportó prueba alguna que resulte útil al efecto. De los documentos obrantes a folios 14 a 42, nada se obtiene, pues corresponden a copias de manifiestos de carga de diferentes meses del año 2017, donde se establece que el demandante es conductor del vehículo de placas SSW432, y quien figura como poseedor o tenedor de tal vehículo es el demandado RAMIRO SAUL GRANADOS PUERTO, y en los manifiestos de folios 22, 25, 28 y 36 figura como poseedor o tenedor MAIKOL DAZA SANCHEZ. A juicio de la Sala, de estos documentos no se deduce la prestación personal del servicio del demandante en favor del demandado, pues no se establece si quiera que el demandado fuera propietario del automotor ni mucho menos se deduce las condiciones en que el actor se desempeñaba como conductor. Del solo manifiesto de carga que denomina al demandante como conductor y al demandado como poseedor o tenedor, en algunos de ellos, no se establece que el actor prestara servicios en favor del demandado.

Precisa la Sala, que en los términos del artículo 167 del CGP le correspondía a la parte demandante probar de manera clara y sin lugar a duda, por lo menos respecto de la prestación personal del servicio, único elemento del que ha debido ocuparse dicha parte para que operara la presunción legal a su favor. Si JOSE SAUL CABALLERO BARRETO pretendía que se declarara la existencia de un contrato de trabajo, por lo menos ha debido aportar las pruebas documentales o testimoniales que sustentaran su dicho, no obstante, ninguna prueba útil aportó para probar sus afirmaciones.

Así las cosas y dado que de las pruebas aportadas al expediente no se establece que JOSE SAUL CABALLERO BARRETO hubiera prestado servicios en favor de la sociedad demandada, se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 035 2018 00341 01

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 036 2019 00339 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 14 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de una pensión de vejez.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

GILMO REAL GONZALEZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo pensional reconocido en la Resolución SUB 230110 del 30 de agosto de 2018 y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 3 de julio de 1951; que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que la demandada debía reconocer su pensión de vejez a partir del 3 de julio de 2011; que de manera injustificada COLPENSIONES se negó a actualizar su historia laboral incluyendo los aportes correspondientes a diciembre de 1997, diciembre de 1998 y enero de 2000, que figuraban mora del empleador; que la demandada solo requirió al empleador en mora hasta el año 2018, seis años después de que realizara diversas solicitudes para que se corrigiera su historia laboral; que durante seis años COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión con el argumento que el empleador debía realizar el pago de las cotizaciones para el reconocimiento de dichos periodos; que esta Corporación ordenó a la demandada la corrección de la historia laboral al encontrar acreditado el pago de las cotizaciones correspondientes a diciembre de 1997, diciembre de 1998 y enero de 2000; que el 30 de marzo de 2012, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez; que mediante Resolución N° 111009 del 20 de junio de 2012, la demandada resolvió de manera desfavorable la solicitud con fundamento en que no acredita los requisitos para acceder a la prestación; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior decisión, los cuales fueron resueltos de forma negativa mediante Resoluciones GNR 092629 del 12 de mayo de 2013, GNR 211727 del 23 de agosto de 2013 y VPB 5480 del 18 de septiembre de 2013.

Aduce que mediante comunicación del 8 de mayo de 2015, COLPENSIONES requirió al empleador por no encontrar registro del pago de las cotizaciones correspondientes a diciembre de 1997, diciembre de 1998, enero de 2000, febrero de 2001, enero de 2004 y mayo de 2005; que el 3 de junio de 2015, su empleador GABRIEL ZARATE MARROQUIN, radicó ante COLPENSIONES respuesta al requerimiento realizado, informó y aportó los soportes de pago de

los aportes efectuados; que el 23 de septiembre de 2015, reiteró la solicitud de reconocimiento de la pensión y la entidad nuevamente niega el reconocimiento mediante Resolución GNR 50583 del 17 de febrero del año 2016, que ante la negativa reiterada de la entidad, su empleador GABRIEL ZARATE MARROQUIN interpuso acción de tutela en contra de la demandada para que actualizara su historia laboral, incluyendo los pagos que acreditó haber realizado en su favor; que mediante sentencia de tutela emitida el 29 de noviembre de 2017 por esta Corporación se ordenó a COLPENSIONES actualizar la historia laboral e incluir los periodos que corresponden a diciembre de 1997, diciembre de 1998 y enero de 2000; que con fundamento en esta decisión y teniendo en cuenta que con dichas cotizaciones acreditaba las 750 semanas que establece el Acto Legislativo 01 de 2005 para conservar el beneficio del régimen de transición, el 20 de febrero de 2018, solicitó nuevamente el reconocimiento de la pensión, que también fue negada mediante Resolución SUB 73931 del 20 de marzo de 2018.

Señala que finalmente mediante Resolución SUB 230110 del 30 de agosto de 2018, la demandada define que es beneficiario del régimen de transición y reconoce una reliquidación de la pensión de vejez, sin siquiera haber reconocido la prestación con anterioridad; que dicha prestación fue reconocida a partir del 3 de julio de 2011 y se negó el reconocimiento de intereses moratorios; que presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior decisión, con el fin de que se reconocieran los intereses moratorios pero la entidad mediante Resoluciones SUB 246586 del 17 de septiembre de 2018 y DIR 17871 del 4 de octubre de 2018, negó dicho estipendio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones,

aceptó los hechos relacionados con la edad del demandante y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción e inexistencia de intereses moratorios (carpeta 1, Pdf. 1, fls. 143 a 151).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de abril de 2021, condenó a la demandada a reconocer y pagar intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de la pensión de vejez. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar al señor GILMO REAL GONZÁLEZ los intereses moratorios, del 22 de abril de 2016 al 30 de septiembre de 2018, respecto de las mesadas pensionales causadas del 1º de agosto de 2012 al 30 de septiembre de 2018, los cuales ascienden a la suma de $30.274.733,75. **TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** a la encartada. En la liquidación debe incluirse la suma de $3.000.000 por concepto de agencias en derecho. **CUARTO: CONSÚLTESE** la presente decisión en favor de COLPENSIONES, por haber resultado vencida."*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si la entidad demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del actor. Para resolverlo indicó que al revisar las pruebas del expediente se observa que COLPENSIONES no otorgó en tiempo la pensión del actor con fundamento en que no acreditaba 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto

Legislativo 01 de 2005, que la entidad definió tal situación omitiendo sumar las semanas que figuraban en mora del empleador sin advertir que con fundamento en la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en dichos casos la mora no puede cargarse al afiliado para desconocer el derecho a la pensión. Dice además que la entidad tampoco tuvo en cuenta que el empleador del demandante, demostró haber realizado el pago de las cotizaciones en tiempo y por ello incurrió en mora para reconocer la pensión de vejez al demandante, lo que genera el derecho al reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los intereses causados con anterioridad al 22 de abril de 2016, es decir, tres años antes de la presentación de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que los intereses moratorios definidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 solo proceden para las pensiones reconocidas con fundamento en esta norma, que si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia cambio su criterio para establecer que también proceden para las pensiones reconocidas con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, lo cierto es que tal decisión atenta contra la seguridad jurídica y no es aplicable al caso bajo estudio, en cuanto corresponde a un pronunciamiento posterior al de la fecha de presentación de la demanda. Agrega que la mora de la entidad se justifica en los periodos en mora que tenía el actor y sobre los cuales no se podía validar el pago para incluirlos como semanas efectivamente cotizadas en su historia laboral, que el actuar de la

entidad siempre de buena fe y por ello tampoco procedería la condena impuesta.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

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

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios por la mora en el pago de las mesadas pensionales reconocidas al demandante mediante Resolución SUB 230110 del 30 de agosto de 2018 y en dado caso definir su valor.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia: ***i)*** que el demandante GILMO REAL GONZALEZ nació el 3 de julio de 1951 (carpeta 1, Pdf. 1, fl. 102); ***ii)*** que el 30 de marzo de 2012, el demandante solicitó al ISS hoy COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez (carpeta 1, Pdf. 1, fl. 15); ***iii)*** que mediante Resolución N° 111009 del 20 de junio de 2012, el ISS hoy

COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión al demandante (carpeta 1, carpeta Exp. Advo., Pdf. 1); ***iv)*** que mediante Resoluciones GNR 092629 del 12 de mayo de 2013 y VPB 5480 del 18 de septiembre de 2013, la demandada resolvió de manera desfavorable los recursos interpuestos contra la decisión que negó el reconocimiento de la pensión (carpeta 1, carpeta Exp. Advo., Pdf.); ***v)*** que mediante Resolución SUB230110 del 30 de agosto de 2018, la demandada reconoció pensión de vejez al demandante con fundamento en lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 1° de agosto de 2012 en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente (carpeta 1, carpeta Exp. Advo., Pdf.).

- **Sobre el reconocimiento de los intereses moratorios**

Al efecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece el pago de intereses moratorios a cargo de las entidades del Sistema de pensiones, por la mora en el pago de las mesadas pensionales a sus afiliados. Por su parte, el artículo 9[1] de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994[2], establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho.

Sobre este derecho y para resolver el argumento expuesto por la parte demandada en su recurso y en los alegatos de conclusión, conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, definió la integración normativa del Acuerdo

[1] "Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte"

[2] Artículo 19.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 con la ley 100 de 1993 para efectos del interés moratorio (sentencia del 28 de marzo de 2006, radicación 26223), razón por la cual es procedente el reconocimiento de este estipendio en pensiones reconocidas bajo el amparo de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 758 de 1990.

Así las cosas, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que el demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión desde el 30 de marzo de 2012 (carpeta 1, Pdf. 1, fl. 15), y que éste tenía causado su derecho a la pensión desde el 3 de julio de 2011, así lo reconoce la entidad en la Resolución SUB 230110 del 30 de agosto de 2018 (carpeta 1, Pdf. 1, fl. 71). Corren entonces intereses desde el 1° de agosto de 2012, pues la demandada inició el pago de la prestación y realizó el pago del retroactivo en la nómina de septiembre de 2018, según consta en la Resolución SUB 230110 del 30 de agosto de 2018.

Ahora bien, precisa la Sala que en virtud de lo definido en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, operó la excepción de prescripción sobre los intereses moratorios causados con anterioridad al 22 de abril de 2016, es decir tres años antes de la presentación de la demanda (carpeta 1, Pdf. 1, fl. 132), pues la demandante solicitó el reconocimiento del derecho el 30 de marzo de 2012 y la entidad mediante Resolución N° 111009 del 20 de junio de 2012 negó el reconocimiento de la pensión y posteriormente mediante Resoluciones GNR 092629 del 12 de mayo de 2013 y VPB 5480 del 18 de septiembre de 2013 (carpeta 1, carpeta Exp. Advo., Pdf.) confirmó la decisión anterior, por ello y dado que el actor no reclamó dentro de los tres años siguientes, operó de manera parcial esta excepción.

Así las cosas, procede el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales causadas entre el 1° de agosto de 2012 y el 30 de agosto de 2018, los cuales corren desde el 22 de

abril de 2016 y hasta el 30 de septiembre de 2018, fecha en que se canceló al actor el retroactivo adeudado (carpeta 1, Pdf. 1, fl. 72).

Precisa la Sala, para responder el argumento de apelación de la parte demandada, que no es posible justificar la mora de la entidad para el reconocimiento de la pensión del actor, en la mora del empleador GABRIEL ZARATE MARROQUIN, pues de los documentos obrantes en el expediente administrativo aportado al proceso por COPPENSIONES, se deduce de manera clara que la entidad contaba con el registro de los pagos realizados por el empleador durante los periodos correspondientes a diciembre de 1997, diciembre de 1998 y enero de 2000, antes de que el actor solicitara el reconocimiento de la pensión, y ello es así en cuanto la certificación de pagos aparece con fecha de elaboración 2 de junio de 2011 (carpeta 1, carpeta expediente administrativo, Pdf. GEN-ANX-CI-2013_7606615-20140517151932) y aun así la entidad negó el reconocimiento del derecho y adujo que no podía computar tales periodos porque correspondían a una mora del empleador.

Debe agregar la Sala, que contrario a lo que aduce el apoderado de la parte demandada en el recurso, no tiene ninguna relevancia en el caso bajo estudio el actuar de buena fe de la entidad, pues la norma no condiciona el reconocimiento de este estipendio a que exista buena o mala fe en la entidad deudora, pues el interés moratorio no impone una sanción al deudor, sino que busca reparar o resarcir el daño que ha causado con su demora, asunto que no requiere prueba de la mala fe.

El Tribunal efectúo las operaciones aritméticas pertinentes para definir el valor de los intereses moratorios, las cuales constan en el cuadro siguiente. De dichas operaciones se obtiene que la demandada debe pagar al demandante la suma de **$28.396.488** por este concepto y en este sentido se modificará la decisión de primera instancia que definió los intereses en una suma superior.

Año	Mes	Mesada	Interés Efectivo Corriente Anual	Interés Nominal Moratorio Mensual	Interés Nominal Moratorio Diario	Días en Mora	Vr/ interés Moratorio
2012	Agosto	$ 566.700	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 367.155
	Septiembre	$ 566.700	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 367.155
	Octubre	$ 566.700	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 367.155
	Noviembre	$ 566.700	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 367.155
	Diciembre + mesada adicional	$ 1.133.400	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 734.310
2013	Enero	$ 589.500	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 381.927
	Febrero	$ 589.500	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 381.927
	Marzo	$ 589.500	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 381.927
	Abril	$ 589.500	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 381.927
	Mayo	$ 589.500	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 381.927
	Junio + mesada adicional	$ 1.179.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 763.853
	Julio	$ 589.500	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 381.927
	Agosto	$ 589.500	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 381.927
	Septiembre	$ 589.500	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 381.927
	Octubre	$ 589.500	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 381.927
	Noviembre	$ 589.500	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 381.927
	Diciembre + mesada adicional	$ 1.179.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 763.853
2014	Enero	$ 616.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 399.095
	Febrero	$ 616.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 399.095
	Marzo	$ 616.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 399.095
	Abril	$ 616.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 399.095
	Mayo	$ 616.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 399.095
	Junio + mesada adicional	$ 1.232.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 798.191
	Julio	$ 616.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 399.095
	Agosto	$ 616.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 399.095
	Septiembre	$ 616.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 399.095
	Octubre	$ 616.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 399.095
	Noviembre	$ 616.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 399.095
	Diciembre + mesada adicional	$ 1.232.000	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 798.191
2015	Enero	$ 644.350	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 417.463
	Febrero	$ 644.350	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 417.463
	Marzo	$ 644.350	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 417.463
	Abril	$ 644.350	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 417.463
	Mayo	$ 644.350	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 417.463
	Junio + mesada adicional	$ 1.288.700	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 834.926
	Julio	$ 644.350	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 417.463
	Agosto	$ 644.350	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 417.463
	Septiembre	$ 644.350	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 417.463
	Octubre	$ 644.350	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 417.463
	Noviembre	$ 644.350	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 417.463
	Diciembre + mesada adicional	$ 1.288.700	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 834.926

2016	Enero	$ 689.455	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 446.686
	Febrero	$ 689.455	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 446.686
	Marzo	$ 689.455	30,05000	0,0221372	0,000738	878	$ 446.686
	Abril	$ 689.455	30,05000	0,0221372	0,000738	870	$ 442.616
	Mayo	$ 689.455	30,05000	0,0221372	0,000738	840	$ 427.353
	Junio + mesada adicional	$ 1.378.910	30,05000	0,0221372	0,000738	810	$ 824.181
	Julio	$ 689.455	30,05000	0,0221372	0,000738	780	$ 396.828
	Agosto	$ 689.455	30,05000	0,0221372	0,000738	750	$ 381.565
	Septiembre	$ 689.455	30,05000	0,0221372	0,000738	720	$ 366.303
	Octubre	$ 689.455	30,05000	0,0221372	0,000738	690	$ 351.040
	Noviembre	$ 689.455	30,05000	0,0221372	0,000738	660	$ 335.777
	Diciembre + mesada adicional	$ 1.378.910	30,05000	0,0221372	0,000738	630	$ 641.029
2017	Enero	$ 737.717	30,05000	0,0221372	0,000738	600	$ 326.620
	Febrero	$ 737.717	30,05000	0,0221372	0,000738	570	$ 310.289
	Marzo	$ 737.717	30,05000	0,0221372	0,000738	540	$ 293.958
	Abril	$ 737.717	30,05000	0,0221372	0,000738	510	$ 277.627
	Mayo	$ 737.717	30,05000	0,0221372	0,000738	480	$ 261.296
	Junio + mesada adicional	$ 1.475.434	30,05000	0,0221372	0,000738	450	$ 489.930
	Julio	$ 737.717	30,05000	0,0221372	0,000738	420	$ 228.634
	Agosto	$ 737.717	30,05000	0,0221372	0,000738	390	$ 212.303
	Septiembre	$ 737.717	30,05000	0,0221372	0,000738	360	$ 195.972
	Octubre	$ 737.717	30,05000	0,0221372	0,000738	330	$ 179.641
	Noviembre	$ 737.717	30,05000	0,0221372	0,000738	300	$ 163.310
	Diciembre + mesada adicional	$ 1.475.434	30,05000	0,0221372	0,000738	270	$ 293.958
2018	Enero	$ 781.242	30,05000	0,0221372	0,000738	240	$ 138.356
	Febrero	$ 781.242	30,05000	0,0221372	0,000738	210	$ 121.062
	Marzo	$ 781.242	30,05000	0,0221372	0,000738	180	$ 103.767
	Abril	$ 781.242	30,05000	0,0221372	0,000738	150	$ 86.473
	Mayo	$ 781.242	30,05000	0,0221372	0,000738	120	$ 69.178
	Junio	$ 1.562.484	30,05000	0,0221372	0,000738	90	$ 103.767
	Julio	$ 781.242	30,05000	0,0221372	0,000738	60	$ 34.589
	Agosto	$ 781.242	30,05000	0,0221372	0,000738	30	$ 17.295
	TOTAL						**$ 28.396.488**

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en cual quedará así: **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, a

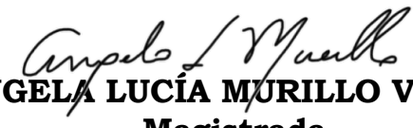
reconocer y pagar al señor GILMO REAL GONZÁLEZ los intereses moratorios por valor de $28.396.488, causados entre el 22 de abril de 2016 y el 30 de septiembre de 2018, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 037 2019 000417 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 7 de mayo de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

GUSTAVO CORREA ASSMUS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM. Pide además que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 11 de junio de 1955; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de agosto de 1981 y el 31 de diciembre de 1999, y cotizó a dicha entidad un total de 957,29 semanas; que el 21 de diciembre de 1999, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que el 1° de agosto de 2000 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 28 de abril de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación inicial de la actora a dicha entidad y las cotizaciones realizadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 58 a 66).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación del actor a dicho, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso la prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 92 a 110).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 7 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de traslado que efectuó el demandante señor GUSTAVO CORREA ASSMUS del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 21 de diciembre de 1999, por las razones expuestas en la parte motiva; en consecuencia, ESTABLECER que la afiliación válida de la demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros, e igualmente costos cobrados por administración, de conformidad con la parte motiva de la decisión. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del señor GUSTAVO CORREA ASSMUS, y a aceptar los valores que remita la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos anteriormente expuestos en el numeral segundo de la decisión. **CUARTO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante señor GUSTAVO CORREA ASSMUS, pensión de vejez bajo la luz de la Ley 797 de 2003, a partir del 10 de mayo de 2019; para efectos de establecer el monto de la mesada pensional, deberá tenerse en cuenta las reglas contenidas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 34 ibídem, de conformidad con los*

argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia. ***QUINTO: DECLARAR*** *NO PROBADAS las excepciones propuestas.* ***SEXTO: CONDENAR*** *a la demandada PORVENIR en costas a favor del demandante, por secretaría tásense, para tal efecto se fijan como agendas en derecho la suma equivalente a un SMMLV.* ***SEPTIMO:*** *Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

Señaló que el actor cumple los requisitos definidos en la Ley 797 de 2003 y por ello condenó a COLPENSIONES al reconocimiento de esta prestación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el demandante no acreditó la existencia de vicio en el consentimiento alguno que vicie el acto de traslado que se materializó con la firma del formulario, dice además que de lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte se deduce que éste tenía conocimiento de algunas características del RAIS, luego tenía la información suficiente para tomar una decisión responsable sobre su derecho pensional. Agrega, que debe tenerse en cuenta que este tipo de

decisiones atentan contra la sostenibilidad financiera del sistema y generan una afectación grave al RPM.

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento que se efectuó el traslado de régimen del actor, la única obligación que existía para materializar un traslado era la suscripción del formulario de afiliación, que con anterioridad las normas no contenían obligación alguna relacionada con una directriz especifica respecto del cumplimiento del deber de información y por ello en este momento no se puede exigir en este momento el cumplimiento de una obligación que era inexistente en la época. Agrega, que el demandante es economista y por su profesión tiene conocimiento del funcionamiento de los fondos privados, por lo que no puede aducir el desconocimiento del funcionamiento del RAIS. Finalmente refiere que es improcedente la devolución de los gastos de administración, pues este descuento está debidamente autorizado en la ley, y corresponde a la labor de administración que realiza la AFP y se refleja en los rendimientos que generó la cuenta del actor, que éstos dineros no están destinados a financiar la prestación y por ello frente a estos valores operó la excepción de prescripción.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones y solicita que se revoque la decisión de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento del deber de información definido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como la procedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración al RPM. También se estudiará si es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez en favor del actor.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 11 de junio de 1955 (fl. 23); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de agosto de 1981 y el 31 de diciembre de 1999, por un total de 957,29 semanas (fl. 148); ***iii)*** que el 21 de diciembre de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 113); ***iv)*** que el 1° de agosto de 2000, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP

HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 111) ***v)*** que el 28 de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 44).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el

afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar

suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor GUSTAVO CORREA ASSMUS se trasladó a la AFP PORVENIR el 21 de diciembre de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 3, audio 1, min. 25:10), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado

trabajaba en una Universidad y en dicho lugar se hizo presente un representante de PORVENIR, quien paso por los puestos de trabajo y les ofreció el portafolio de la entidad, que básicamente le dijeron que ISS se iba acabar y por ello era mejor pasarse al régimen privado, donde tendría mayores beneficios y aseguraría la pensión, que además le dijeron que podría retirar el dinero de la cuenta en el momento en que eligiera.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se

rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta al reconocimiento pensional del demandante, conforme lo establece el inciso 2° del Parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la Sala modificará el numeral

cuarto de la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que el reconocimiento de la prestación solo procede, una vez se efectué el traslado de las sumas ordenadas a PORVENIR S.A., momento a partir del cual COLPENSIONES procederá a determinar los aspectos determinantes de la pensión de vejez a la que tiene derecho el demandante en virtud de la Ley 797 de 2003, tales como el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL y fecha de disfrute de la pensión.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deben ser indexados y que

debe asumir con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que el reconocimiento de la prestación solo procede, una vez se efectué el traslado de las sumas ordenadas a PORVENIR S.A., momento a partir del cual COLPENSIONES procederá a determinar los aspectos determinantes de la pensión de vejez a la que tiene derecho el demandante en virtud de la Ley 797 de 2003, tales como el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL y fecha de disfrute de la pensión.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GUSTAVO CORREA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2019 00417 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la 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, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 037 2020 00438 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 15 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUZ DARY CANTE CASAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 4 de abril de 1966; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de julio de 1991 y el 30 de septiembre de 1997, y cotizó a dicha entidad un total de 255.57 semanas; que el 25 de agosto de 1997, se trasladó al RAIS administrado por la AFP ING hoy PROTECCIÓN. Señaló; que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que en septiembre de 2020, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de que el error de un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica. (Pdf. 7).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación de la actora a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y

reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP (Pdf. 1 fl 250).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 15 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

"PRIMERO: DECLARAR *LA INEFICACIA del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora LUZ DARY CANTE CASAS del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por ING hoy PROTECCIÓN S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 25 de agosto de 1997, por las razones expuestas en la parte motiva, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida de la demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros, de conformidad con la parte motiva de la decisión.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la señora LUZ DARY CANTE CASAS, y a ACEPTAR los valores que remita la sociedad PORVENIR S.A. en los términos anteriormente expuestos en el numeral segundo de la decisión.* ***CUARTO: DECLARAR*** *NO PROBADAS las excepciones propuestas.* ***QUINTO:*** *Sin costas.* ***SEXTO****: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión."*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de la demandante al RAIS obedeció a una decisión libre y voluntaria que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación. Dice que la demandante ratificó su decisión de permanecer a este régimen cuando dejó vencer el término para regresar al RPM. Señala, que la única razón que aduce la demandante para su regreso al RPM, es el valor de la mesada pensional y ello no constituye o configura un engaño o vicio del consentimiento.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones y solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan las condiciones previstas en la jurisprudencia para declarar la ineficacia de traslado de régimen.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP ING hoy PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 4 de abril de 1966 (fl. 19, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de julio de 1991 y el 30 de septiembre de 1997, por un total de 255.57 semanas (fl. 82, Pdf. 1); ***iii)*** que el 25 de agosto de 1997, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP ING hoy PROTECCIÓN (fl. 69, Pdf. 9); ***iv)*** que solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y dicha entidad mediante comunicación del 14 de septiembre de 2020, resolvió de manera desfavorable tal solicitud (fl.70, Pdf. 1).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional,

cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora LUZ DARY CANTE CASSAS se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCIÓN el 25 de agosto de 1997, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1 min. 26:48), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en el IGA, Ingenieros Asociados, que fueron reunidos en un salón con asesores de ING durante aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que ante dicha información decidió trasladarse.

Tampoco se deduce nada al efecto, del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de PROTECCIÓN (audio 1, min. 22:00), pues al efecto solo manifestó que no estuvo presente en el momento en que se realizó la diligencia de traslado de la actora y que no existe prueba documental de la información que recibió porque para ese momento no existía obligación legal de documentar tal actuación.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones ING hoy PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025

de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

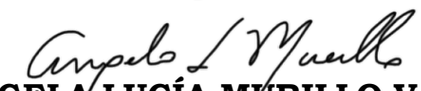
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ DARY CANTE CASAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2020 00438 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la 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, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 038 2016 00272 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 21 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JUAN CARLOS MURCIA PECHENE, MARIA FERNANDO FRAILE FRAILE, quien actúa en nombre propio y en representación de los menores **ENMANUEL MURCIA FRAILE** y **ISABELA MURCIA FRAILE,** presentaron demanda ordinaria laboral en contra de **MONICA BAQUERO MEDINA**, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre JUAN CARLOS MURCIA y la demandada, vigente entre el 25 de enero de 2009 y el 18 de marzo de 2015. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la demandada a cubrir los costos del tratamiento médico quirúrgico

integral para restaurar el daño de la piel que sufrió el demandante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 161 de la ley 100 de 1993, el artículo 91 del Decreto 1295 de 1994 y el artículo 216 del CST; que se condene al pago de los perjuicios materiales correspondientes al lucro cesante consolidado y futuro a partir del 18 de marzo de 2015, calculado con el salario devengado por el actor que corresponde a la suma de $1.200.000; que se condene al pago de los perjuicios morales sufridos por los demandantes en el monto máximo definido por la jurisprudencia; perjuicios por daño a la vida en relación; auxilio de incapacidad por un mes; pide además que se condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, indemnización moratoria y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que JUAN CARLOS MURCIA y la demandada celebraron un contrato de trabajo de forma verbal el 25 de enero de 2009; que fue contratado para desempeñar el cargo de mecánico dentro del establecimiento de comercio denominado ALINEACIONES Y LLANTAS MONICA, propiedad de la demandada; que prestó su servicio de manera personal y bajo la subordinación de la demandada debiendo cumplir un horario de lunes a sábado de nueve de la mañana a seis de la tarde; que devengaba como salario la suma mensual de $1.200.000; que el día 31 de enero de 2015, se disponía a rectificar el rin de una llanta como era habitual y al accionar el equipo de calentamiento soplete, que su empleador tenía a su disposición para calentar los rines, se produjo una explosión; que fue llevado al Hospital San José por la secretaria Yolanda Medina y allí recibió atención médica como beneficiario de su compañera permanente.

Señaló que el 1° de febrero de 2015, fue trasladado al Hospital Simón Bolívar por haber sufrido quemaduras de segundo grado en el 9% de su cuerpo (cara, manos, muslos, rodillas) y de tercer grado en el antebrazo izquierdo; que allí permaneció hospitalizado hasta el 18

de febrero de 2015, y le dieron una incapacidad funcional por un mes; que al finalizar la incapacidad el contrato de trabajo finalizó. Aduce que la demandada no lo tenía afiliado al sistema de salud, ni riesgos profesionales; que no le pago subsidio por incapacidad; y que el accidente ocurrió porque la demandada no aplica las normas de seguridad industrial y laboral en el establecimiento de comercio para minimizar los factores de riesgo; que no recibió atención psicológica para tratar los problemas emocionales que le generó la deformidad ocasionada por las quemaduras; que desde entonces padece de ansiedad, depresión, sentimiento de fracaso y deseos de suicidio. Agregó que convive con MARIA FERNANDA FRAILE, con quien tiene dos hijos; que el accidente de trabajo le generó cambios de conducta que han afectado directamente su relación familiar y ha incidido de forma negativa en su esposa e hijos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MONICA BAQUERO MEDINA Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con los vínculos familiares del demandante y frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Precisó que el actor nunca prestó servicios en su favor, que es hijo de su ex esposo y durante un tiempo trabajo con su padre, en el establecimiento de comercio TECNICENTRO ALKASERES, que quedaba ubicado en el mismo lugar que LLANTAS MONICA, que además el lugar donde funcionaban los establecimientos son propiedad del padre del demandante y allí también tiene su vivienda, pero nunca prestó servicios en su favor. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción, falta de causa y título del demandante, mala fe del demandante e inexistencia del contrato de trabajo (Pdf. 1, fls. 69 a 100).

Durante la audiencia celebrada el 6 de abril de 2018, el juzgado dispuso vincular en calidad de litisconsorcio necesario a EMILIO MURCIA PACHON (audio 3, Pdf. 1, fl. 176).

EMILIO MURCIA PACHON No se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó que son ciertos en su totalidad. No propuso excepciones (Pdf. 1, fls. 197 a 202).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 21 de abril de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada MONICA BAQUERO MEDINA de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por JUAN CARLOS MURCIA PECHENE y MARIA FERNANDA FRAILER, quien actúa en nombre propio y en representación de MANUEL MURCIA FRAILER e ISABELA MURCIA FRAILER, lo anterior específicamente por lo anotado en la parte motiva de la presente sentencia. **SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas. **TERCERO: COSTAS.** Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $500.000. A favor de la accionada. **CUARTO**: **ABTENERSE** de imponer alguna carga al litisconsorte necesario. **QUINTO**: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR"*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes dentro de los extremos planteados en la demanda y en dado caso definir la existencia de culpa del empleador en el accidente sufrido por el actor. Para resolverlo indicó que las pruebas del expediente no acreditan de manera clara la prestación personal del servicio del demandante en favor de la demandada, pues aun cuando los testigos manifiestan que

el demandante trabajaba en el establecimiento de comercio, propiedad de la demandada, no es posible establecer las condiciones en que el demandante trabajaba en dicho lugar, pues el establecimiento de comercio propiedad del papá del actor y ex esposo de la demandada, estaba ubicado en el mismo lugar, lo que impide deducir una prestación personal del servicio en favor de la demandada. Agregó, que de las pruebas no se deduce nada más allá del desempeño de una actividad familiar en un negocio familiar.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que de la prueba testimonial practicada se deduce de manera clara que el actor prestó servicios en el establecimiento de comercio de propiedad de la demandada, que si bien en el mismo lugar funcionaban dos establecimientos distintos, los testigos fueron claros en manifestar que el actor prestaba servicios en el lugar, que laboraba para dichos establecimientos y que para la fecha del accidente aun prestaba servicios en los dos establecimientos de comercio, con las herramientas que habían en el lugar y que estaban destinadas al fin que él desarrollaba. Agregó, que dentro del proceso se probaron los elementos constitutivos del contrato de trabajo y los extremos temporales en que se ejecutó tal relación, además que quedó claro que el establecimiento, propiedad de la demandada, no cumplía las normas mínimas de seguridad para la ejecución de la labor que desempeñaba el actor.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si las pruebas del expediente acreditan la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. En dado caso se establecerá si existió culpa de la demandada en el accidente sufrido por el demandante.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** la demandada MONICA BAQUERO MEDINA es propietaria del establecimiento de comercio denominado ALINEACION Y LLANTAS MONICA que funciona en la Calle 72 N° 28-11 (Pdf. 1, fl. 56); ***ii)*** que EMILIO MURCIA PACHON, quien actúa en calidad de litisconsorte necesario, es propietario del establecimiento de comercio denominado CARS FRENOS RINES Y RUEDAS, registrado el 11 de diciembre de 2012 y de TECNICENTRO LOS ALCAZARES, registrado el 6 de septiembre de 2004 y cancelado el 22 de enero de 2010, que ambos establecimientos funcionaban en la calle 72 N° 28-11 y en marzo del año 2015 se registró como dirección comercial Calle 17 N° 108-46 (Pdf. 1, fls. 106, 163 y 165).

- **Sobre la existencia del contrato de trabajo**

Para definir sobre la existencia de la relación laboral que se pide en este proceso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral. Por su parte el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural*

o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración". Más adelante el artículo 23 del mismo estatuto establece como elementos esenciales constitutivos de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, como una contraprestación directa del servicio prestado.

Una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al efecto, el artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una presunción legal, en virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019 y SL2608 de 2019, entre otras.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda al advertir que, revisado el material probatorio allegado al expediente, se concluye que el demandante no demostró de manera clara y haber prestado servicios personales a favor de la demandada, razón por la cual no opera la presunción legal.

Para llegar a la anterior conclusión se advierte que las pruebas aportadas al expediente no son suficientes para definir la existencia de la prestación personal del servicio del demandante en favor de la demandada MONICA BAQUERO MEDINA. Sobre el particular conviene precisar que si bien los testigos OSCAR IVAN MESA BARRERA (audio 3, hora 01:02:43 y audio 5) y CRISTIAN CAMILO TORRES HERNANDEZ (audio 3, hora 01:14:53 y audio 5), manifestaron haber sido compañeros de trabajo del actor cuando trabajaban al servicio de la demandada, lo cierto es que las afirmaciones realizadas por estas personas resultan insuficientes para concluir en la existencia de una prestación personal del servicio en favor de MONICA BAUQERO, pues al efecto, el primero de ellos dijo que habían trabajado en el establecimiento los Alcázares, y el segundo no precisó el nombre del establecimiento, solo refirieron que fue la demandada quien los contrató y quien les daba órdenes, que además era ella quien les cancelaba el salario de manera quincenal, el cual correspondía a un 30% de los trabajos realizados en la quincena y que los equipos eran del negocio sin precisar la persona de quien eran propiedad. El primero de los testigos señaló haber trabajado para la señora Mónica entre el año 2010 o 2011 y el año 2014, y el segundo dijo haber trabajado unos meses en el año 2012 y unos meses en el año 2014. Dijeron además que solo se entendían con la demandada porque era quien mandaba, que el papá del demandante en ocasiones estaba en el lugar, pero se veía como un trabajador más.

A juicio de la Sala, el dicho de los testigos referidos resulta insuficiente para determinar de manera clara que JUAN CARLOS MURCIA PECHENE prestó servicios personales subordinados en favor de MONICA BAQUERO MEDINA, pues las manifestaciones realizados no resultan muy precisas y además son contradictorias con lo manifestado por el mismo demandante en diligencia de interrogatorio de parte (audio 3, min. 35:48), donde aceptó que en el mismo lugar funcionaban dos establecimientos de comercio uno denominado ALINEACION Y LLANTAS MONICA, propiedad de la demandada y otro denominado TECNICENTRO LOS ALCAZARES, propiedad de su padre. Contrario a lo manifestado por los testigos el demandante adujo que tenía un salario asignado que inicialmente fue el mínimo, al paso que los testigos afirmaron que el salario correspondía a un 30% de lo que cada uno trabajaba en la quincena. Además, los testigos refirieron que siempre se entendieron con la demandada y solo ella tenía a cargo el negocio, pero el demandante dijo que cuando desarrollaba su labor no podía diferenciar cuales clientes correspondían al negocio de su padre y cuales, al negocio de la demandada, pues todos eran atendidos y él no conocía como se realizaban las cuentas entre ellos y agregó que las maquinas con que realizaba la labor eran de propiedad de su padre y la demandada.

Aunado a lo anterior, la testigo MARIA YOLANDA MEDINA (audio 3, min. 47:03), quien dijo haberse desempeñado como secretaria en los establecimientos de comercio referidos, refirió que nunca había visto que la demandada MONICA BAQUERO diera órdenes al demandante, que él era autónomo en el desempeño de su labor y que él era mecánico y ayudaba a administrar el negocio del papá, que simplemente cuando entraba un carro el demandante atendía el cliente, revisaba y hacía el trabajo que requería el vehículo, sin que nadie le diera instrucciones. Agregó, que la demandada y EMILIO MURCIA (padre del demandante) eran esposos, y el demandante por ser su hijo ayudaba en el negocio.

Valoradas en conjunto las pruebas referidas, y aun cuando no es objeto de controversia que la demandada MONICA BAQUERO era propietaria del establecimiento de comercio ALINEACION Y LLANTAS MONICA, donde el actor afirma haber prestado servicios subordinados, lo cierto es que los testigos estudiados en precedencia no ofrecen certeza a la Sala sobre dicha prestación del servicio, pues además de que no son coincidentes, ni siquiera con lo manifestado por el mismo demandante, tampoco es posible deducir con claridad que la demandada fungiera como empleadora del actor, en cuanto en el mismo lugar funcionaban dos establecimientos de comercio diferentes, respecto de los cuales no se puede establecer en que ocasión los servicios eran prestados en favor de uno u otro y tampoco es posible deducir si las máquinas usadas por el demandante dentro del taller, eran propiedad de la demandada o del padre del actor y quién y cómo le realizaban el pago, pues en tal aspecto tampoco fueron congruentes los testigos.

Precisa la Sala, que en los términos del artículo 167 del CGP le correspondía a la parte demandante probar de manera clara y sin lugar a dudas por lo menos la prestación personal del servicio, único elemento del que ha debido ocuparse dicha parte para que operara la presunción legal a su favor. Si JUAN CARLOS MURCIA PECHENE pretendía que se declarara la existencia de un contrato de trabajo, por lo menos ha debido aportar las pruebas documentales o testimoniales que sustentaran su dicho, no obstante, ninguna de las pruebas aportadas resultó suficiente para probar sus afirmaciones.

Tampoco puede deducirse nada distinto de lo manifestado por la demandada en el interrogatorio de parte (audio 3, min. 18:03), pues dentro de sus afirmaciones nunca se dio una confesión de los hechos debatidos, por lo que su dicho resulta irrelevante para definir la controversia. Aunado a ello, lo manifestado por EMILIO MURCIA padre del demandante y vinculado al proceso en calidad de

litisconsorcio necesario, tampoco resulta útil, pues aunque acepta cada uno de los hechos de la demanda y refiere que su hijo prestó servicios a favor de la demandada, lo cierto es que sus afirmaciones no resultan útiles al efecto, en cuanto no puede realizar una confesión respecto de hechos de un tercero, menos aún sin que obre prueba alguna que fundamente sus afirmaciones.

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que llegó a igual conclusión.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 038 2019 00228 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al pago de una pensión de sobrevivientes.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

NELSON DE JESUS OROZCO SANCHEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge ELSY DEL SOCORRO GALEANO DE OROZCO. Pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su favor a partir del 28 de abril de 2003, junto con las mesadas

adicionales correspondientes, retroactivo pensional, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el 25 de marzo de 1972 contrajo matrimonio con la causante ELSY DEL SOCORRO GALEANO DE OROZCO; que de esa unión fueron concebidos tres hijos, todos mayores de edad hoy en día; que la causante falleció el 28 de abril de 2003 en la ciudad de Medellín; que con ocasión del fallecimiento de su esposa, ELIAS FERNANDO AGUDELO BEDOYA, se presentó a reclamar la pensión de sobrevivientes en condición de compañero permanente; que mediante Resolución GNR 344254 del 6 de diciembre de 2013, COLPENSIONES reconoció pensión de sobrevivientes al citado señor en calidad de compañero permanente; que su hijo mayor JHON JAVIER OROZCO GALEANO, al saber del reconocimiento de la prestación en favor de esta persona, presentó denuncia penal por el presunto delito de falso testimonio en contra de ELIAS FERNANDO AGUDELO BEDOYA, NORA ELENA GALEANO ZULETA y LUIS EDUARDO CALLE; en la denuncia presentada se manifestó que las personas citadas se pusieron de acuerdo para presentar ante la entidad demandada, declaraciones extra proceso falsas con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; NORA ELENA GALEANO, es hermana de la causante y brinda asesoría en temas de seguridad social y acordaron que ELIAS FERNANDO, que es un amigo de la familia, se haría pasar por compañero de la causante y se quedaría con el valor de la mesada pensional y NORA ELENA se quedaría con el valor del retroactivo pensional.

Señaló, que el 24 de abril de 2014, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a COLPENSIONES en calidad de cónyuge supérstite; que mediante Resolución GNR 273850 del 27 de febrero de 2015, la demandada negó el reconocimiento de la prestación y solicitó al señor ELIAS FERNANDO AGUDELO, autorización para la revocatoria de la resolución mediante la cual

se le otorgó el derecho pensional; que presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra dicho acto administrativo y éstos fueron resueltos de manera negativa; que el 18 de agosto de 2016, mediante derecho de petición solicitó el desarchivo y nuevo estudio del derecho reclamado, pero la entidad nuevamente resolvió de forma desfavorable su solicitud mediante Resolución GNR 325915 del 31 de octubre de 2016.

Aduce que mediante comunicación del 8 de noviembre de 2017, la demandada le informó que resolvió abrir investigación administrativa especial en la Gerencia de Prevención de Fraude; que el día 20 de marzo de 2019, la demandada le informó que como resultado de la investigación se determinó que la causante no convivió con ELIAS FERNANDO AGUDELO y que en ese caso podrían configurarse los delitos de estafa agravada, fraude procesal y falsedad en documento público.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con las solicitudes presentadas, los actos administrativos expedidos y la investigación administrativa realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (Pdf. 1, fls. 126 a 137).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de agosto de 2020, condenó al pago de una pensión de sobrevivientes. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que al señor NELSON DE JESÚS OROZCO SÁNCHEZ, en su calidad de conyugue supérstite de la señora ELCY DEL SOCORRO GALEANO ZULETA, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia ante el deceso de la afiliada, a partir del 27 de abril de 2003. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que le pague al señor NELSON DE JESÚS OROZCO SÁNCHEZ, en su calidad de conyugue supérstite de la señora ELCY DEL SOCORRO GALEANO ZULETA, las mesadas pensionales causadas en su favor a partir del mes de marzo de 2016, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente que corresponde. Teniendo en cuenta que procede el reconocimiento de mesadas pensionales a partir del mes de marzo de 2016 a favor del accionante, las mesadas respectivas deberán ser indexadas. **TERCERO: AUTORIZAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que del retroactivo de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho el señor NELSON DE JESÚS OROZCO SÁNCHEZ, descuente, en la proporción que en derecho corresponde, los aportes pertinentes, con destino al sistema de seguridad social en salud. **CUARTO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara probada la excepción de prescripción respecto de mesadas pensionales causadas a favor de NELSON DE JESÚS OROZCO SÁNCHEZ, entre el 27 de abril de 2003 y el mes de febrero de 2016; no probadas las propuestas respecto a las determinaciones adoptadas y se considera relevado del estudio de las planteadas, frente a las absoluciones producidas. **QUINTO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de las pretensiones de la demanda relacionadas con el reconocimiento de intereses moratorios y de intereses comerciales. **SEXTO: COSTAS.** Lo serán a cargo del demandado. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1.500.000. A favor del demandante. **SÉPTIMO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el SUPERIOR".*

El problema jurídico establecido por el *a quo* consistió en determinar si el demandante acreditó la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes que reclama. Para resolverlo indicó que según lo define la Ley 100 de 1993, cuando la solicitud de pensión se da por la muerte de un afiliado, su cónyuge solo debe acreditar dicha calidad, pues la norma no define la obligación de haber convivido con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento en estos casos y así lo ha aceptado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Definió que el demandante acreditó que para el momento del deceso de la causante tenía la condición de cónyuge y por ello es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en su favor.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 exige que el cónyuge acredite por los menos 5 años de convivencia en cualquier tiempo, y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia define que adicionalmente debe probarse que se mantuvo el socorro y ayuda mutua entre los cónyuges, situación que estima, no se evidencia dentro del caso bajo estudio en cuanto el demandante vivía en la ciudad de Bogotá y la causante en Medellín, cada uno tenía un medio de subsistencia propio y no estuvieron juntos en la enfermedad de la causante.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se acreditaron los requisitos que exige la ley y la jurisprudencia para que se otorgue el derecho a la pensión reclamada.

El apoderado de COLPENSIONES solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si el demandante NELSON DE JESUS OROZCO SANCHEZ acreditó la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes que reclama.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que ELSY DEL SOCORRO GALEANO DE OROZCO falleció el día 27 de abril de 2003 (Pdf. 1, fl. 31); ***ii)*** que el demandante y la causante contrajeron matrimonio el día 25 de marzo de 1972 (Pdf. 1, fl. 28); ***iii)*** que el 27 de abril de 2013, el demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (Pdf. 1, fl.40); ***iv)*** que mediante Resolución GNR 344254 del 6 de diciembre de 2013, la demandada concluyó que ELSY DEL SOCORRO GALEANO DE OROZCO dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes por cumplir los requisitos previstos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 der la Ley 100 de 1993 y la reconoció en favor de ELIAS FERNANDO AGUDELO BEDOYA, quien adujo su condición de compañero permanente (Pdf. 1, fl. 40); ***v)*** que mediante Resoluciones GNR 273850 del 1° de agosto de 2014, GNR 58798 del 27 de febrero de 2015 y SUB 13414 del 17 de enero de 2018, la

demandada negó el reconocimiento de la pensión al demandante (Pdf. 1, fls. 55, 62 y 90); ***vi)*** que mediante auto N° 424 del 11 de marzo de 2019, el gerente prevención del fraude de la demandada COLPENSIONES, dispuso compulsar copias del trámite administrativo de reconocimiento de la pensión a ELIAS FERNANDO AGUDELO BEDOYA, por presunto fraude (Pdf. 1, fl. 99).

- **De la Pensión de Sobrevivientes**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la normatividad aplicable a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la causante falleció el 27 de abril de 2003, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso.

Sobre el requisito de convivencia que define la citada norma para el cónyuge o compañero supérstite del pensionado, es pertinente aclarar que en sentencia SU 149 de 2021, la Corte

Constitucional definió que esta disposición es aplicable por igual tanto al grupo familiar del afiliado como del pensionado y por ello en casos en que se resuelve el derecho a la pensión de sobrevivientes, indistintamente de que se trate de un afiliado o pensionado, deberá verificarse el cumplimiento de esta exigencia en quien aduzca la condición de compañera o cónyuge del causante. Dijo la Corte en dicha providencia, que este requisito es el medio adecuado previsto por el legislador, para garantizar que esta prestación se reconozca a quienes integran de manera cierta el grupo familiar del afiliado y no a personas que de manera ilegítima o artificiosa reclaman el reconocimiento de este derecho.

Así mismo, conviene precisar sobre este aspecto, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que tratándose del cónyuge supérstite con el vínculo legalmente vigente, los cinco años de convivencia pueden acreditarse en cualquier tiempo y no necesariamente a la fecha del fallecimiento del causante. Al efecto, esa alta Corporación en la sentencia de radicado 24445 del 10 mayo de 2005, reiterada en providencia SL 3747-2018 dijo:

> "*Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que*

es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención".

Bajo las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que definió la existencia del derecho en favor de NELSON DE JESUS OROZCO SANCHEZ, pues se encuentra acreditado que si bien ELSY DEL SOCORRO GALEANO DE OROZCO y NELSON DE JESUS OROZCO SANCHEZ, no convivían bajo el mismo techo al momento del fallecimiento, éstos tenían una relación de apoyo mutuo, además de haber acreditado convivencia por más de 5 años en cualquier tiempo, como lo señala la jurisprudencia referida.

Al efecto, es pertinente señalar que NELSON DE JESUS OROZCO SANCHEZ y la causante, contrajeron matrimonio el día 25 de mayo de 1972 (Pdf. 1, fl. 28), vínculo que se mantuvo vigente hasta el fallecimiento de ELSY DEL SOCORRO GALEANO DE OROZCO.

También resulta relevante lo manifestado por CLAUDIA MARCELA OSORIO GALEANO (audio 2, min. 8:17) y JHON JAVIER OROZCO GALEANO (audio 2, min. 36:42) hijos de la pareja, quienes de manera coincidente señalaron que su mamá y su papá convivieron desde la fecha del matrimonio hasta aproximadamente el año 1990, pues en dicha fecha su papá se vino a vivir a Bogotá por razones de trabajo, y ellos se quedaron viviendo en Medellín, que desde ese entonces su papá continuó estando con ellos, los visitaba y salían de paseo como familia, que siguió atendiendo las necesidades económicas de la familia junto con su mamá, que también trabajaba. Señalaron que la pareja siempre mantuvo contacto, cuando ellos crecieron y su papá iba a Medellín visitaba a su mamá y en ocasiones se quedaban juntos y seguían haciendo paseos familiares. Afirmaron que cuando su mamá enfermó de

cáncer, su papá estaba pendiente de ella, la visitó unas tres veces, llamaba a diario a preguntar y colaboraba con las vueltas de exámenes que se debían enviar para estudio a Bogotá. Refirieron que al final la relación ya no era tan de pareja porque permanecían mucho tiempo distanciados, porque el papá debía quedarse atendiendo la empresa de fumigaciones que logró abrir en Bogotá, pero que siempre mantuvieron contacto y se ayudaban y apoyaban.

De las anteriores declaraciones, es posible establecer que la pareja conformada por la causante y NELSON DE JESUS OROZCO SANCHEZ, convivió por lo menos desde el momento del matrimonio, esto es desde el 25 de marzo de 1972, hasta el año 1990, es decir, durante aproximadamente dieciocho años, y que pese a que la convivencia cesó, mantuvieron una relación de ayuda y apoyo, lo que a juicio de la Sala otorga la condición de beneficiario de la prestación reclamada al demandante.

En este orden de ideas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que definió la existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes que se reclama en favor de NELSON DE JESUS OROZCO SANCHEZ, y la reconoció a partir del 28 de abril de 2003, fecha de fallecimiento de la causante, en catorce mesadas anuales, por haberse causado con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; y autorizó los descuentos relacionados con los aportes al sistema de seguridad social en salud.

Precisa la Sala sobre este último aspecto, que la entidad demandada mediante Resolución GNR 344254 del 6 de diciembre de 2013, definió que ELSY DEL SOCORRO GALEANO DE OROZCO dejó causada la prestación por cumplir los requisitos previstos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Hecho que se corrobora con el texto de la misma Resolución, donde consta, según la relación de semanas cotizadas, que dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, esto es, entre

el 27 de abril de 2000 y el 27 de abril de 2003, cotizó un total de 137.14 semanas.

- **De la excepción de prescripción**

Al efecto, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS disponen que las acciones para reclamar derechos laborales prescriben en tres años, contados desde la fecha en que se causa el derecho, lo que en pensiones de sobrevivientes ocurre con la muerte del afiliado o pensionado.

Teniendo en cuenta los anteriores referentes, se advierte que el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión el día 27 de febrero de 2013 (Pdf. 1, fl. 32), dicha solicitud se resolvió de manera definitiva mediante Resolución VPB 31189 del 9 de abril de 2015 (Pdf. 1, fls. 66 a 71), y la demanda fue presentada el 22 de marzo de 2019 (Pdf. 1, fl. 109). Como ya habían transcurrido más de tres años desde la fecha en que se resolvió de manera definitiva la solicitud y aquella en que se presentó la demanda, se concluye que operó la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de marzo de 2016.

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en establecer la prescripción a partir de la fecha referida, se modificará en lo pertinente el numeral cuarto de la sentencia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia para definir que la excepción de prescripción opera sobre las mesadas causadas con anterioridad al 22 de marzo de 2016, por las razones anteriormente expuestas.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 039 2019 00184 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de OLD MUTUAL, PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 12 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

TERESA ARBELAEZ CARDONA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 24 de diciembre de 1959; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 13 de febrero de 1991 y el 30 de noviembre de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 167 semanas; que en marzo de 1998, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen, ni que podría regresar antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 10 de junio de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación inicial de la actora a dicha entidad y las cotizaciones realizadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Pdf. 3, fls. 46 a 80).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la actora dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no

debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pdf. 5, fls. 8 a 30).

Mediante auto del 29 de abril de 2021, la juez dispuso la vinculación al proceso de la AFP SKANDIA (Pdf. 9).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (carpeta 13, Pdf.).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que el traslado que hizo la demandante TERESA ARBELAEZ CARDONA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A., con efectividad a partir del 1° de julio de 1996 al 1° de marzo de 1998 y posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 1° de abril de 1998, son ineficaz y, por ende, no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media. **SEGUNDO: CONDENAR** a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas),*

durante el tiempo que estuvo afiliada la actora y sin que le sea dable descontar suma por seguros provisionales, esto es, por pensión de invalidez, de sobrevivientes y para la garantía de la pensión mínima, todo con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. ***TERCERO: CONDENAR*** *a PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que ha estado afiliada la actora y sin que le sea dable descontar suma por seguros provisionales, esto es, por pensión de invalidez, de sobrevivientes y para la garantía de la pensión mínima, todo con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.* ***CUARTO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.* ***QUINTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.* ***SEXTO: INFORMAR*** *a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles en contra de OLD MUTUAL y PORVENIR S.A., para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz.* ***SÉPTIMO: CONDENAR*** *a OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de $1.890.000, costas que deben ser pagadas por partes iguales.* ***OCTAVO: ORDENAR*** *la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES".*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el

deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento que se efectuó el traslado de régimen de la actora, no existía obligación legal relacionada con la documentación de la información que se brindaba al afiliado, o que ésta debiera tener o cumplir unas condiciones específicas, pues para dicho momento la única exigencia era la suscripción del formulario de afiliación. Señala que en el caso bajo estudio, no se acreditó la existencia de lesión o perjuicio alguno al demandante lo que torna improcedente la declaratoria de ineficacia del traslado. Agrega que en caso de confirmarse la decisión, debe revocarse lo atinente a la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, pues frente a estos valores operó la excepción de prescripción y porque estos descuentos se encuentran debidamente autorizados por la ley.

El apoderado de la demandada **AFP SKANDIA** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente la condena a devolución de los gastos de administración, en cuanto estos descuentos están debidamente autorizados por la ley y corresponden a la labor de administración que realizó el fondo y que se ve reflejada en los rendimientos que obtuvo la cuenta de la demandante. Señala que de todas formas los dineros correspondientes a los seguros previsionales no se encuentran en su poder, pues a éstos se les dio la destinación correspondiente en su momento.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que

el traslado de la demandante obedeció a una decisión libre y voluntaria, pues no se acreditó dentro del expediente la existencia de vicio en el consentimiento alguno, que además la decisión de permanecer en el RAIS fue voluntaria y contaba con los elementos de juicio necesarios para definir su permanencia en el RAIS y por ello no resulta procedente declarar la ineficacia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones y solicita que se revoque la decisión de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento del deber de información definido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

La AFP SKANDIA solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como la procedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 24 de diciembre de 1959 (Pdf. 1, fl. 65); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 13 de febrero de 1991 y el 30 de noviembre de 1994, por un total de 167 semanas (carpeta 4, Pdf. 1); ***iii)*** que el 13 de mayo de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA (Pdf. 5, fl. 32); ***iv)*** que el 25 de febrero de 1998, se trasladó a la AFP PORVENIR (Pdf. 5, fl. 50); ***v)*** que el 10 de junio de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (Pdf. 3, fl. 10).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar

sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***

	pensiones a dar información	
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que

el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la

ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora TERESA ARBELAEZ CARDONA se trasladó a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA el 13 de mayo de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 10: 34), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la Universidad del Rosario, que allí se reunió con un asesor de OLD MUTUAL por aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que ante dicha información decidió trasladarse por temor. Agregó, que posteriormente en el año 2019, se acercó a las oficinas de PORVENIR donde le dieron información sobre su condición pensional y le dijeron que en ese momento ya no podía regresar al RPM porque tenía una restricción por la edad.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones OLD MUTUAL hoy SKANDIA en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias

antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima,

primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la sentencia de primera instancia se confirmará en lo pertinente.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP OLD MUTUTAL hoy SKANDIA S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. Como así lo dispuso la juez de primera instancia, se confirmará en lo pertinente su decisión.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: TERESA ARBELAEZ CARDONA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2019 00184 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la 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, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 00-2021-00638-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo 1° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, así como el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **DIAN** contra la sentencia S2020-000169 del 10 de febrero de 2020, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, que negó las pretensiones (fl. 78 a 80).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 1 a 2).**

El 30 de agosto de 2017, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN** demandó a COLSANITAS EPS y solicitó condenar al reconocimiento y pago de $16.075.447 por incapacidades por enfermedad común y a los intereses moratorios desde la fecha de generación de la incapacidad y hasta su desembolso, conforme el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

Como fundamento fáctico indicó que JHON TAIRO ROMERO BECERRA, identificado con CC 79.213.463, presta sus servicios a la **DIAN** desde el 04 de junio de 2013, quien está afiliado a COLSANITAS

EPS. Señaló que COLSANITAS expidió al servidor las siguientes incapacidades por enfermedad general: ***i)*** del 23 de julio de 2014 al 21 de agosto de 2014, por 30 días; ***ii)*** del 1º de septiembre de 2014 al 30 de septiembre de 2014, por 30 días; ***iii)*** del 11 de noviembre de 2014 al 18 de noviembre de 2014, por 08 días; por su parte, la **DIAN**, a través de las Resoluciones 007301 del 02 de septiembre de 2014 y 000315 del 27 de enero de 2015 le reconoció al servidor las licencias por enfermedad, las cuales canceló el 31 de octubre de 2014 y el 28 de febrero de 2015. Afirmó que radicó las incapacidades al grupo empresarial SANITAS EPSP a través del oficio 100214309-755-2016 del 24 de mayo de 2016, solicitando su pago, sin recibir respuesta.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (cd fl. 69).**

La **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que COLSANITAS expidió incapacidades al servidor público. Indicó que JHON TAIRO ROMERO BECERRA no puede estar afiliado a COLSANITAS, porque dicha entidad no funge como EPS, en consecuencia, estaba afiliado a **E.P.S. SANITAS S.A.** como trabajador dependiente de la **DIAN**. De otra parte, indicó que pagó las incapacidades reclamadas así: ***i)*** la incapacidad 55166808 de 30 días que inició el 23 de julio de 2017, es una prórroga de la incapacidad 54270691 de 10 días del 07 de julio de 2014 al 16 de julio de 2017, la cual se liquidó con el IBC del mes calendario de cotización anterior al inicio de la incapacidad (mayo de 2014) de $8.461.000, siendo el valor reconocido de $5.640.949; ***ii)*** la incapacidad 55166823 del 20 de agosto de 2014 al 29 de agosto de 2014 por 10 días también es prórroga de la incapacidad 54270691, siendo liquidados 08 días porque los dos primeros se cruzaban con la fecha final de la incapacidad 55166808, siendo el valor reconocido de $1.504.253; ***iii)*** la incapacidad 55166854 del 1º de septiembre de 2014 al 30 de septiembre de 2014 por 30 días fue prórroga de la incapacidad 54270691 y se reconoció por $5.640.949; ***iv)*** la incapacidad 55166877 del 11 de noviembre de 2014 al 18 de noviembre de 2014 por 08 días es una incapacidad inicial, por lo cual se liquidó con el IBC de octubre de 2014 de $8.461.000 y el valor

reconocido fue $1.128.190. Aseguró que todas las incapacidades fueron pagadas el 05 de enero de 2018, a través del sistema SEBRA por directriz del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Señaló que las incapacidades fueron radicadas el 21 de octubre de 2014 y el 05 de octubre de 2015, siendo devueltas porque el empleador no validó el periodo sin incapacidad que existió entre las incapacidades, siendo interrumpida la prescripción mediante reclamó del 20 de mayo de 2016. Interpuso las excepciones de improcedencia del requerimiento por carencia de objeto y hecho superado, improcedencia de la petición por ausencia de vulneración de derechos fundamentales ni negación de servicios conforme la Ley y las demás que se encuentren probadas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl.).

la sentencia S2020-000169 del 10 de febrero de 2020, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, tiene el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: RECONOCER PERSONERÍA JURIDICA*** *a la doctora OLGA VIVIANA BERMÚDEZ PERDOMO, IDENTIFICADA CON CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 1.022.342.195 de Bogotá y portadora de la tarjeta profesional No. 208.089 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar como apoderada judicial de la DEMANDADA.* ***SEGUNDO: NEGAR*** *las pretensiones de la demanda por CARENCIA ACTUAL DE OBJETO por HECHO SUPERADO.* ***TERCERO: ADVERTIR*** *que la presente Sentencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA LABORAL – CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.* ***CUARTO: NOTIFICAR*** *la presente sentencia, enviando copia de la misma al DEMANDANTE al correo electrónico notificacionesjudiciales@dian.gov.co al DEMANDADO en la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.* ***PARÁGRAFO 1:*** *Para efectos procesales la notificación se considerará surtida en la fecha que aparece en la constancia de entrega del presente auto, que emita la empresa de correos, cuando esta sea enviada por correo certificado. Cuando la notificación se haga a un correo electrónico, ésta se*

considerará surtida en la fecha en que el sistema emita el reporte de entrega. ***PARÁGRAFO 2:*** *Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse al demandante, por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables a este Despacho, la providencia se publicará en la página web de la entidad. (…)*"

La *a quo* resolvió el litigio indicando que el 31 de enero de 2020 requirió al **DEMANDANTE** certificar el pago alegado por la EPS, quien mediante correo electrónico de ese mismo día señaló que las incapacidades fueron pagadas por la **DEMANDADA**, por lo cual declaró un hecho superado, porque durante el trámite procesal ocurrieron hechos que conllevan a la carencia de objeto del proceso porque al **DEMANDANTE** le pagaron las incapacidades reclamadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN (fl. 85 a 88).

La **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y en su lugar condenar al pago de las incapacidades con el IBC reportado, junto con sus intereses moratorios. Indicó que no se consideró que el pago de las incapacidades se efectuó hasta el 19 de enero de 2018, además, no fueron liquidados con el salario del mes inmediatamente anterior al otorgamiento de la incapacidad, que era junio de 2014 y en el cual el IBC fue de $11.323.000, además, los desprendibles de nómina acreditan que el valor que la **DIAN** reconoció al servidor público por incapacidad fue $7.548.666 en las nómina de octubre de 2014 y febrero de 2015, por lo cual existe una diferencia que no ha sido pagada por la **DEMANDADA**, así mismo, el artículo 9° del Decreto 1848 de 1969, aplicable a los servidores públicos, indica que la incapacidad se pagara con base en el salario devengado, mientras que el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016 indica que el valor de los aportes a salud será el valor de la nómina pagada en el mes calendario anterior, por lo cual se debe tomar el IBC cancelado en junio de 2014 y no el valor señalado en el fallo.

IV. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al **DEMANDANTE** al reconocimiento y pago del auxilio de incapacidad, liquidado sobre el IBC reclamado por dicha parte, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VI. CONSIDERACIONES

En el presente asunto, la *a quo* negó todas las pretensiones al declarar la carencia actual de objeto por hecho superado.

El apoderado de la demandada **DIAN** interpuso recurso de apelación, solicitó revocar el fallo y en su lugar condenar al pago de las incapacidades con el IBC reportado y a los intereses moratorios. Indicó que las incapacidades deben liquidarse con el IBC del mes inmediatamente anterior al otorgamiento de la incapacidad, el cual para junio de 2014 fue $11.323.000, por ello la **DIAN** pagó $7.548.666 al servidor en las nóminas de octubre de 2014 y febrero de 2015, existiendo una diferencia que no ha reconocido la **EPS**.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación conforme las siguientes consideraciones:

- **Sobre el auxilio de incapacidad por enfermedad general.**

El artículo 227 CST consagró un auxilio por incapacidad general de hasta 180 días a favor del trabajador y a cargo del empleador, obligación que fue subrogada por el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el cual consagró dicho auxilio a favor de los afiliados cotizantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para el caso de los servidores públicos, el artículo 70 del Decreto 1950 de 1973, compilado en el artículo 2.2.5.5.10 del Decreto 1083 de 2015 y modificado por el artículo 1º del Decreto 648 de 2017, establece que la licencia por enfermedad, prestación equiparable al auxilio de incapacidad, se regirá por las normas del régimen de seguridad social, en los términos de la Ley 100 de 1993, Ley 755 de 2002, Ley 1822 de 2017 y demás normas que las reglamenten, modifiquen, adiciones o sustituyan.

Respecto del pago, el Decreto 2943 de 2013, estableció que los dos (2) primeros días está a cargo del empleador y del día 3 a 180 a cargo de la EPS, por su parte, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, obliga a la EPS a emitir concepto de rehabilitación antes del día 120 y notificarlo a la administradora de pensiones antes del día 150, a fin de que dicha Administradora asuma el pago del auxilio desde el día 181 y hasta por 360 días adicionales.

Respecto las incapacidades superiores al día 540, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, establece su pago a cargo de la EPS, sin perjuicio del recobro ante la **ADRES**, norma respecto de la cual la H. Corte Constitucional indicó en la sentencia T-144 de 2016 que es de aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad material, aspecto que reiteró la Alta Corporación en la sentencia C-200 de 2019.

Por su parte, el artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 780 de 2016, adicionado en virtud del Decreto 1333 de 2018, establece que la incapacidad se prorroga cuando se expiden nuevas incapacidades por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con esta, así tengan un código diferente, siempre y cuando entre una y otra no exista una interrupción mayor a treinta (30) días calendario.

La obligación del pago de la incapacidad se genera cuando se cumple el periodo mínimo de carencia establecido en el artículo 81 del Decreto 2353 de 2015, compilado en el artículo 2.1.13.4 del Decreto

780 de 2016, que exige para el reconocimiento que el afiliado cotizante hubiera efectuado aportes por mínimo 4 semanas.

- **Sobre la liquidación del auxilio de incapacidad general conforme el Ingreso Base de Cotización - IBC del afiliado cotizante.**

No son pocas las ocasiones en que se discute el valor considerado para determinar el monto del auxilio de incapacidad. Conforme el artículo 227 CST, el valor di dicho auxilio corresponde a una parte del salario.

Posteriormente, el literal d) del artículo 9 del Decreto 770 de 1975 indicó que para determinar el valor del subsidio de incapacidad se tendría en cuenta el salario base del asegurado correspondiente al mes calendario de cotización anterior al de la iniciación de la incapacidad. Respecto la vigencia de la anterior norma, en el concepto 201511600678821 del 21 de abril de 2015 el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL indicó que el artículo 236 de la Ley 100 de 1993 trasformó el extinto ISS en EPS, por lo cual la reglamentación del Decreto 770 de 1975 fue reemplazada por las disposiciones de la Ley 100 de 1993, entre ellas los artículos 206 y 207, que regulan el pago del auxilio por incapacidad y licencia de maternidad conforme las normas del Régimen Contributivo del SGSSS.

Así las cosas, como quiera que el pago del auxilio de incapacidad se somete a la regulación adoptada en el régimen Contributivo del SGSSS, resulta necesario remitirse a los artículos 18 y 22 de la Ley 100 de 1993, que determina que la base para liquidar el valor de la cotización a pensión es el salario mensual, toda vez que el numeral 2 del artículo 161 y el parágrafo 1 del artículo 204 de dicha Ley establecen que las cotizaciones a salud se calculan sobre la misma base usada para el sistema de pensiones.

El medio que permite el pago de los aportes del Sistema General de Seguridad Social Integral es la Planilla Integrada de Liquidación de

Aportes (PILA), conforme el Decreto 3667 de 2004, compilado en el Decreto 780 de 2016, así como los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1406 de 1999, compilados en la misma norma. Dichas normas establecen el término "*cotización base*" o "*ingreso base de cotización*" para referirse al valor que sirve de base para liquidar los aportes y sobre el cual se pueden aplicar las diferentes novedades que afectan el valor del aporte.

En el caso específico de los aportes a salud, el artículo 9° del Decreto 1406 de 1990, adicionado por el artículo 1° del Decreto 2236 de 1999 y compilado en el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, indica que el SG-SSS cubre el riesgo mediante el pago anticipado de los aportes, por tanto, se tomará como base para el cálculo de los aportes el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso.

De otra parte, durante la incapacidad de origen general hay lugar al pago de los aportes a los sistemas de pensión y salud, los cuales se liquidan tomando como base el valor de la incapacidad, tal y como establecen los artículos 70 del Decreto 806 de 1998 y 40 del Decreto 1406 de 1999, compilados en los artículos 3.2.1.10 y 3.2.5.1 del Decreto 780 de 2016.

CASO CONCRETO

Efectuadas las anteriores consideraciones, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que la demandada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.** reconoció que expidió las siguientes incapacidades al servidor JHON JAIRO ROMERO BECERRA, identificado con CC 79.213.463 (cd fl. 69):

#	Incapacidad	Desde	Hasta	Días
1	54270691	07/07/2014	16/07/2014	10
2	55166808	23/07/2014	21/08/2014	30
3	55166823	20/08/2014	29/08/2014	10
4	55166854	1/09/2014	30/09/2014	30
5	55166877	11/11/20114	18/11/2014	08

Ahora bien, la **DEMANDANTE** solicita el pago de las incapacidades relacionadas en las filas 2, 4 y 5 antes señaladas (fl. 1

a 2), alegando que el valor reconocido por la EPS no se ajusta a derecho.

Conforme el numeral 2 del artículo 161 y el Parágrafo 1° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el valor para determinar la cotización al SGSSS es igual al usado para pensión, a saber, el salario mensual. A su vez, el artículo 9° del Decreto 1406 de 1990, adicionado por el artículo 1º del Decreto 2236 de 1999 y compilado en el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, determina que el riesgo a cargo del SGSSS se cubre mediante el pago anticipado de los aportes, para lo cual se toma el valor de la nómina pagada en el mes anterior al que se busca cubrir.

Aplicando las precitadas normas, en el caso bajo estudio la **DEMANDADA** indicó que las incapacidades relacionadas en las filas 2 y 4 del cuadro anterior, son prorrogas de la primera incapacidad 54270691, la cual se expidió el 07 de julio de 2014. El riesgo en salud para cubrir la precitada incapacidad general, generada en julio de 2017, se cubrió con el pago anticipado que efectuó la **DIAN** de dicho periodo el 07 de julio de 2014, a través de la planilla 26247507, sobre un IBC de $11.323.000, conforme los certificados de aportes allegados con la demanda (fl. 21, 32, 44 y 57).

En consecuencia, no le asiste razón a la **DEMANDADA** en su alegato de que la segunda incapacidad, radicado 55166808, debía liquidarse sobre el IBC del mes anterior a su expedición, a saber, el IBC de junio de 2014 de $8.461.000, por cuanto la norma que citó para sustentar dicha posición, a saber, el artículo 9 del Decreto 770 de 1975, carece de vigencia, por cuanto se trató de una regulación del ISS, entidad que en su momento se trasformó a EPS en virtud del artículo 236 de la Ley 100 de 1993, por lo cual la reglamentación del Decreto 770 de 1975 fue reemplazada por las disposiciones de la Ley 100 de 1993, entre ellas los artículos 206 y 207, que regulan el pago del auxilio por incapacidad y licencia de maternidad conforme las normas del Régimen Contributivo del SGSSS.

En consecuencia, el valor de la segunda incapacidad 55166808 debía liquidarse sobre el IBC de julio de 2014, el cual ascendió a $11.323.000. Como quiera que tal incapacidad se trataba de una prórroga de la incapacidad 54270691, la cual no superó los 90 días, debía pagarse sobre las dos terceras partes del salario, que corresponde a $7.549.044.

No sucede lo mismo con la cuarta incapacidad 55166854, de 30 días expedida del 1º de septiembre de 2014 al 30 de septiembre de 2014, por cuanto al tratarse de una prórroga de la incapacidad 54270691, el pago del aporte al SGSSS de septiembre de 2014 se efectuó tomando como base el valor de la incapacidad, tal y como lo establecen los artículos 70 del Decreto 806 de 1998 y 40 del Decreto 1406 de 1999, compilados en los artículos 3.2.1.10 y 3.2.5.1 del Decreto 780 de 2016.

Así las cosas, como el IBC pagado para septiembre de 2014 a través de la planilla 26618176 del 05 de septiembre de 2014 fue $8.461.000, el valor a reconocer por la incapacidad 55166854, la cual no superó los 90 días de incapacidad, también era de las dos terceras partes del salario, es decir $5.640.949, el cual corresponde al cancelado por la **DEMANDADA**, por lo cual no existe ninguna diferencia pendiente de pago.

Advierte en este punto la Sala que no es correcta la posición del **DEMANDANTE** de liquidar la precitada incapacidad considerando el IBC de junio de 2014, por cuanto, al igual que se le indicó a la **DEMANDADA**, el artículo 9° del Decreto 770 de 1975, carece de vigencia, por tanto, el auxilio de incapacidad debe ser liquidado conforme el salario del periodo en el cual se causó la misma.

De otra parte, llama la atención de esta Sala que el **DEMANDANTE**, en su recurso de apelación, reclama la presunta diferencia generada sobre la incapacidad expedida del 22 de agosto de

2014 al 29 de agosto de 2014, **incapacidad que no fue incluida en las pretensiones de la demanda**, lo cual impide a esta Sala realizar cualquier pronunciamiento al respecto, ya que se trata de una incapacidad ajena al litigio planteado por la **DIAN** y, que por tanto, no hace parte del problema jurídico ni del fallo de primera instancia, sin que sea válido que el apoderado de la **DEMANDANTE** pueda incluir pretensiones adicionales a las de la demanda en el recurso de apelación, el cual no es el momento procesal oportuno para ello.

Por las anteriores consideraciones, la Sala accederá parcialmente al recurso de apelación y, como quiera que el valor del auxilio por la incapacidad 55166808, de 30 días comprendidos del 23 de julio de 2014 al 21 de agosto de 2014, corresponde a $7.549.044, de los cuales la **DEMANDADA** ya canceló $5.640.949 el 19 de enero de 2018, condenará al pago de la diferencia por $1.908.095.

Respecto los intereses moratorios, el artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016 consagró el trámite para el pago del auxilio de incapacidad, estableciendo que la revisión y liquidación de la prestación económica por parte de la EPS se efectuará en los 15 días hábiles siguientes a la solicitud del aportante y que el pago se realizará en un plazo no mayor a 05 días hábiles a partir de la autorización de la prestación económica, advirtiendo la norma que el incumplimiento del plazo generara intereses moratorios a favor del aportante, conforme el artículo 4° del Decreto Ley 1281 de 2002.

Por su parte, la **DEMANDADA** reconoció en su contestación de la demanda, que el pago del auxilio por la incapacidad 55166808 fue requerido por la **DIAN** el 21 de octubre de 2014, el cual devolvió la EPS porque la empresa no validó el periodo sin incapacidad del 17 de julio de 2014 al 22 de julio de 2014.

Para la Sala, la anterior justificación constituye una barrera administrativa en el reconocimiento de la prestación económica, por cuanto el artículo 2.2.3.11 del Decreto 780 de 2016 no estableció que

para el pago de la incapacidad económica, el reclamante este obligado a validar los periodos sin incapacidad, exigencia que no está consagrada en ninguna norma del SGSSS, por ende, impondrá condena al pago de intereses moratorios.

Los precitados intereses serán calculados a partir del vencimiento de los términos señalados en el artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016 para la revisión, liquidación y pago de la prestación económica, es decir, luego de vencidos los 20 días hábiles siguientes a la presentación de la reclamación, la cual se efectuó el 21 de octubre de 2014, plazo que venció el 20 de noviembre de 2014, por ello, se generan los intereses a partir del 21 de noviembre de 2014.

Los intereses moratorios deberán ser calculados sobre el valor insoluto de la prestación económica, el cual ascendió a $7.549.044 entre el 21 de noviembre de 2014 y el 18 de enero de 2018 y, a partir del 19 de enero de 2018, considerando el pago parcial que efectuó la EPS, la base para liquidar los intereses será de $1.908.095, advirtiendo que se seguirán causando hasta el pago efectivo de dicho saldo.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la a sentencia S2020-000169 del 10 de febrero de 2020, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.** a pagar a la demandante

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, las siguientes sumas:

a) $1.908.095 por concepto de saldo insoluto de la incapacidad 55166808, expedida a favor del servidor público JHON TAIRO ROMERO BECERRA, identificado con CC 79.213.463, por 30 días contados del 23 de julio de 2014 al 21 de agosto de 2014.

b) Por los intereses moratorios del artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016, liquidados a partir del 21 de noviembre de 2014 sobre el saldo de la incapacidad 55166808, el cual ascendió a $7.549.044 entre el 21 de noviembre de 2014 y el 18 de enero de 2018 y, a partir del 19 de enero de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago, sobre el monto de $1.908.095.

TERCERO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas en contra de la **DEMANDADA**.

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada.
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 000-2022-00163-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, así como el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** contra la sentencia S2021-1938 del 31 de diciembre de 2021, que ordenó a la EPS realizar los trámites administrativos para diligenciar la plataforma MIPRES, autorizar servicios complementarios de salud de silla de ruedas y la entrega material y efectiva de ella (carpeta "*Sentencia*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (carpetas "*Demanda*" y "*J-2021-1282 subsanacion*").**

VÍCTOR VALERO MURILLO demandó la cobertura de tecnologías en salud incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, ya que su negativa pone en riesgo o amenaza su salud, por cuanto sufre *ataxia de friedreich* y ello le impide la marcha y postura bípeda. Allegó formula médica del 08 de noviembre de 2021 que ordenó silla de ruedas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo "*J-2021-1282 CONTESTACIÓN*").**

E.P.S. FAMISANAR S.A.S. se opuso a las pretensiones. Indicó que no ha vulnerado los derechos del **DEMANDANTE**, por cuanto la EPS cumple su deber de garantizar los servicios de salud financiados con la UPC, ya que la Resolución 2481 de 2020 actualizó los servicios financiados con la UPC y determinó que la silla de ruedas es una ayuda técnica no financiada con dicha unidad, además, no esta codificada en el MIPRES y por ello los profesionales de la salud no pueden reportar su prescripción como tecnología no financiada con la UPC, por tratarse de un servicio complementario con otra fuente de financiación, a saber, con el Banco de Ayudas Técnicas de las oficina de Planeación de las Alcaldía de la Localidad, que ejecutan las políticas públicas de atención a las personas discapacitadas con cargo al ente Territorial correspondiente en virtud de las competencias que la Ley 715 de 2001 les asignó para atender a su población vulnerable. Interpuso las excepciones de inexistencia de vulneración al derecho fundamental a la salud, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl.).

La sentencia S2021-1938 del 31 de diciembre de 2021 de la Superintendencia Nacional de Salud, tiene el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: RECONOCER*** *personería jurídica para actuar al abogado* ***JAIRO ANTONIO MORENO MONSALVE****, identificado con cédula de ciudadanía No79.599.250, portador de la Tarjeta Profesional No156.625 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado general de* ***FAMISANAR EPS SAS****.* ***SEGUNDO: ACCEDER*** *a las pretensiones formuladas por el señor El señor (Sic)* ***VICTOR VALERO MURILLO*** *identificado con cédula de ciudadanía No 80.374.413, en los términos expuestos en la presente decisión.* ***TERCERO: ORDENAR*** *a* ***FAMISANAR EPS SAS****, para que una vez notificada de la presente providencia, proceda a:* ***1.*** *En un* ***término menor a cuarenta y ocho (48) horas*** *realice todos los trámites administrativos con la IPS anteriormente descrita para el diligenciamiento en la plataforma tecnología "Mi Prescripción" "MIPRES", que es el aplicativo dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social, para así cumplir con los*

requerimientos legales dispuestos que tienen la finalidad de facilitar los servicios de salud requeridos por la parte actora. ***2.*** *En un* ***término menor a cuarenta y ocho (48) horas*** *realice la autorización de servicios complementarios de salud para SILLA DE RUEDAS en acero, descansa brazos y descansa pies removibles, ruedas traseras de 24 pulgadas con aro impulsores, ruedas delanteras de 8 pulgadas. Espaldar y asiento en lona conforme le fue prescrita por el médico especialista fisiatra tratante Dr. Octavio Silva Caicedo. Medico fisiatra Registro Médico 19.176.488 el día 4/11/2021.* ***3.*** *En un* ***término no mayor a veinte (20) días****, realice la entrega material y efectiva de la SILLA DE RUEDAS en acero, descansa brazos y descansa pies removibles, ruedas traseras de 24 pulgadas con aro impulsores, ruedas delanteras de 8 pulgadas. Espaldar y asiento en lona conforme le fue prescrita por el médico especialista fisiatra tratante Dr. Octavio Silva Caicedo. Medico fisiatra Registro Médico 19.176.488 el día 4/11/2021 al señor VÍCTOR VALERO MURILLO, identificado con cédula de ciudadanía No 80.374.413.* ***CUARTO: ADVERTIR*** *que la presente Sentencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL - SALA LABORAL - CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.* ***QUINTO: NOTIFICAR*** *la presente providencia al* ***DEMANDANTE*** *a la dirección de correo electrónico: victorvalero2@hotmail.com y al DEMANDADO en la dirección de notificación judicial: notificaciones@famisanar.com.co (…)*"

La *a quo* resolvió el litigio considerando que la existencia de tecnologías no financiadas con la UPC no permite afirmar que en ningún caso la entidad aseguradora (EPS) deba asegurar su suministro, más aún cuando es necesario para proteger la salud o vida del paciente, lo cual reconoce la Resolución 1885 de 2018. En el caso bajo estudio, el **DEMANDANTE** es cabeza de familia del régimen subsidiado afiliada a la **DEMANDADA**, sin que la tecnología en salud fuera excluida del SGSSS por la Resolución 224 de 2019 y la Resolución 593 de 2021 permitió los recursos necesarios a las EPS para garantizar dichos servicios, por su parte, la verificación técnica del médico HERNANDO ENRIQUE QUEVEDO MARTÍNEZ consideró que las múltiples enfermedades y comorbilidades conllevaron a que se

ordenara la silla de ruedas, mientras que la sentencia SU508 de 2020 indicó que la sillas técnicas, como ayuda técnica que complementa o mejora la capacidad fisiológica de un órgano o sistema afectado, no requiere agotar el requisito de incapacidad económica. Así las cosas, concluyó que la **DEMANDADA** ha incumplido sus obligaciones como asegurador del servicio de salud, negando una ayuda imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente, insustituible por lo cubierto en el PBS y prescrita por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente.

III. RECURSO DE APELACIÓN (archivo "*J-2021-1282 APELACION*").

La **DEMANDADA** solicitó revocar el fallo. Indicó que el fallo impone una obligación desproporcionada a la EPS, al obligarla a suministrar una ayuda técnica que no financiada por el SGSSS, sin vincular al ente territorial para informar las medidas adoptadas conforme la Ley 1618 de 2013 que fija fuentes de financiación especificas a la población discapacitadas distintas a la UPC, más cuando la Resolución 586 de 2021 definió que el presupuesto máximo para servicios de salud no financiados con la UPC no incluye aquellos expresamente excluidos por el Ministerio de Salud y las sillas de ruedas no tienen la finalidad de promover la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad, por ello, los recurso del SGSSS, con destinación específica no se pueden usar para fines diferentes a ella, por lo cual no es viable acatar lo que ordenó la sentencia.

IV. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al **DEMANDANTE** al suministró de la silla de ruedas por la **DEMANDADA** como tecnología en salud no financiada por la UPC, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VI. CONSIDERACIONES

En el presente asunto, la *a quo* ordenó a la EPS realizar los trámites administrativos para diligenciar la plataforma MIPRES, autorizar servicios complementarios de salud de silla de ruedas y la entrega material y efectiva de ella.

El apoderado de la demandada **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que es desproporcionado obligar a la EPS a entregar una ayuda técnica no financiada por el SGSSS, sin vincular a la entidad territorial responsable de las medidas de atención a la población discapacitada con cargo a fuentes de financiamiento diferentes a la UPC, más aún cuando no se puede financiar con el presupuesto máximo la silla de ruedas porque aquella no tiene por finalidad de promover la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad, obligando el fallo a dar destinación distinta a los recursos de la salud.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación conforme las siguientes consideraciones:

- **Sobre la prestación de servicios y tecnologías en salud no financiadas con la Unidad de Pago por Capitación (UPC) del Plan de Beneficios en Salud (PBS).**

Los artículos 48 y 49 constitucionales consagran la obligación de la Nación de garantizar la prestación del servicio público de seguridad social y la atención en salud, a través de los medios preventivos o las tecnologías que permitan su protección y recuperación. A fin de materializar dichos propósitos, el artículo 152 de la Ley 100 de 1993,

definió el Sistema General de Seguridad Social en Salud (**SGSSS**) como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos útiles para regular el servicio público esencial de salud y promover el acceso universal de la población al mismo.

Por su parte, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, creó tanto el Régimen Contributivo como el Régimen Subsidiado de Salud y consagró que los afiliados de ambos regímenes tienen el derecho a acceder a los beneficios consagrados en el Capítulo III del Título I del Libro II de dicha Ley, a saber: Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**), financiado con la Unidad de Pago por Capitación (**UPC**), conforme lo dispuesto en el literal *c)* del artículo 156; numeral 1° artículo 159 y el artículo 162 *ibídem*. Así mismo, la ley dispuso la creación de las Entidades Promotoras de Salud (**EPS**) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (**IPS**), siendo responsables las primeras de la afiliación, registro y recaudo de cotizaciones y garantizar la prestación del PBS a través de la red de IPS contratada para atender su población afiliada (artículos 177, 178, 179, 181, 183, 185 *ibídem*).

La responsabilidad de la EPS se limita, en principio, a garantizar que la red de IPS contratadas preste el PBS en los términos señalados en los artículos 177, 179 y 182 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, Plan que se actualiza periódicamente por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social, en cumplimiento del Parágrafo 2° del artículo 162 *ibídem* y atendiendo las facultades otorgadas en el Decreto 2562 de 2012. No obstante, es relevante considerar que el PBS **no incluye todos los servicios y tecnologías de salud**, por tanto, hay insumos, medicamentos y procedimientos no cubiertos, algunos de los cuales son financiados con los recursos públicos de la salud.

Así las cosas, desde la Resolución 5261 de 1994, se indicó que toda intervención que no pretenda el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad o que tenga fines cosméticos, estéticos

y suntuarios no son financiadas con los recursos públicos de la salud, exclusión que fue reiterada en el artículo 6 del Acuerdo 28 de 2011, el artículo 49 del Acuerdo 29 de 2011, expedidos por la extinta Comisión de Regulación en Salud – CRES y finalmente en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el cual definió un total de seis criterios de exclusión, a partir de los cuales el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL ha emitido varias Resoluciones con el listado de intervenciones no financiadas con recursos públicos de la salud (Resolución 330 de 2017, 5267 de 2017, 687 de 2018, 244 de 2019, 956 de 2020, 2273 de 2021).

De otra parte, hay servicios y tecnologías en salud NO PBS que si son financiadas con los recursos públicos de la Salud, por cuanto el ejercicio de la autonomía médica y el avance tecnológico conlleva que intervenciones no reconocidas expresamente en las resoluciones que actualizan el PBS, pero con evidencia científica de su efectividad para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad sea ordenadas, caso en el cual tales servicios y tecnologías en salud pasan a ser financiadas por la Nación, para los afiliados al régimen contributivo, o por los departamentos en tratándose de los beneficiarios del régimen subsidiado, conforme el artículo 43.2.2. de la Ley 715 de 2001.

La posibilidad de financiamiento con recursos públicos de la salud de intervenciones NO PBS obedece a que de forma paralela al mecanismo de protección colectiva (PBS financiado con la UPC), existe otro mecanismo de protección individual para los servicios y tecnologías no cubiertas por la UPC, siempre y cuando no estén excluidas de financiamiento público.

Este mecanismo de protección individual fue reafirmado por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, donde reiteró que el derecho fundamental a la salud conlleva la garantía de acceso a los servicios que se requieran, sin importar si están o no en el plan de salud. En consecuencia, la Alta Corporación indicó expresamente que

a pesar que el mecanismo de protección individual no fue regulado en la Ley 100 de 1993 y que el Acuerdo 008 de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS, el Decreto 1938 de 1994 y la Resolución 5261 de 1994 fijaron que las EPS no podían autorizar ningún servicio por fuera del plan, tal situación conllevó a la interposición masiva de tutelas por quienes no podían sufragar de forma individual dichos servicios excluidos, siendo proferida la sentencia SU-480 de 1997, la que conllevó a la expedición del Acuerdo 083 de 1997 de la CNSS, que en su artículo 8º estableció la posibilidad de ordenar medicamentos NO POS por los Comités Técnico Científicos (CTC) de la IPS, pero guardó silencio frente tecnologías diferentes a los medicamentos, barrera de acceso que encontró la Corte y por ello en la sentencia T-760 de 2008, ordenó a la CRES regular el trámite para que el médico tratante pueda ordenar servicios NO POS distintos a medicamentos y mientras se expedía dicha regulación ordenó a las EPS someter a consideración de los CTC la aprobación de dichas intervenciones.

En la misma providencia, la H. Corte Constitucional señaló que los servicios NO POS podrían ser recobrados, en el marco de las medidas adoptadas en la Ley 1122 de 2007, para garantizar el flujo oportuno de recursos a las IPS y sentencia C-260 de 2008, afirmando que las EPS **tienen un derecho constitucional al recobro de los gastos no financiados con la UPS**, tal y como reconoció en su momento la sentencia SU-480 de 1997, aclarando que la afectación de recursos públicos procede siempre y cuando se acredite que el afiliado no tiene capacidad económica para asumir el aseguramiento individual, ya que los recursos públicos se destinan únicamente a los pacientes que no pueden acceder por sí mismos al servicio NO POS.

Para garantizar el flujo de recursos por recobros, la Corte Constitucional ordenó extender el procedimiento de la Resolución 2933 de 2006 (anteriormente por las Resoluciones 2948 y 2949 de 2003, 3797 de 2004) no solo a medicamentos sino a todas las intervenciones NO POS, requiriendo la adopción de medidas como: ***i)***

permitir a la EPS iniciar el recobro cuando la decisión de tutela o Comité Técnico Científico esté en firme, ***ii)*** no condicionar el recobro a que la tutela lo autorice porque basta demostrar que la EPS no está obligada a asumir la intervención conforme el POS, ***iii)*** limitar el reembolso a la diferencia entre la denominación genérica y de marca, cuando éste último medicamento sea ordenado cumpliendo los requisitos de calidad, seguridad, eficacia y comodidad del usuario.

Cumpliendo las órdenes dadas por la H. Corte Constitucional y buscando racionalizar el procedimiento de recobro de los servicios y tecnologías no financiados con la UPC, el Ministerio de Salud y Protección Social ha expedido las Resoluciones 2948 y 2949 de 2003, 3797 de 2004, 2933 de 2006, 3099 de 2008, 3754 de 2008, 5033 de 2008, 4377 de 2010, 1089 de 2011, 1383 de 2011, 2064 de 2011, 2256 de 2011, 28 de 2012, 2851 de 2012, 3408 de 2012, 3086 de 2012, 458 de 2013, 803 de 2013, 2482 de 2013, 2729 de 2013, 5073 de 2013, 5395 de 2013, 1479 de 2015, 1328 de 2016, 2158 de 2016, 3951 de 2016, 5884 de 2016, 532 de 2017, 1885 de 2018, 2438 de 2018, 3055 de 2018, 5871 de 2018, 848 de 2019, 1343 de 2019, 2966 de 2019, 3514 de 2019, 894 de 2020.

- **Garantía del acceso a sillas de ruedas por parte de las EPS.**

Con la expedición de la Ley Estatutaria de Salud (1751 de 2015), se adoptó un nuevo modelo de inclusiones implícitas por el cual toda tecnología en salud, inclusive aquellas no financiadas con la UPS, se entienden financiadas con los recursos públicos de salud, salvo aquellas expresamente excluidas.

Las normas del SGSSS que determinan las tecnologías excluidas de financiamiento público, no han señalado a las sillas de ruedas en el listado de exclusiones. Así las cosas, a pesar de que la Resolución 2481 de 2020 determinó en el Parágrafo 2° de su artículo 60 que las sillas de ruedas no se financian con cargo a la UPC, ello no implica que no se trate de una tecnología financiada con recursos públicos de la Salud.

La anterior conclusión fue ratificada por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU508 de 2020, en la cual determinó que las sillas de ruedas, al no ser expresamente excluidas de financiamiento público de salud, se tratan de una ayuda técnica que permite complementar o mejorar la capacidad fisiológica o física de un sistema u órgano afectado, sirviendo de apoyo en los problemas de desplazamiento generados por enfermedad, a la vez que garantiza que la postración o limitación de movilidad por afectación de salud o dolo no haga indigna la vida del paciente.

Así las cosas, en la precitada providencia se indicó que la silla de ruedas, por no ser excluida del financiamiento público en salud, hace parte del catálogo de servicios cubiertos por el Estado y, por tanto, la EPS no debe anteponer ningún tipo de barrera para el acceso efectivo a dicha tecnología cuando es ordenada con la correspondiente prescripción médica.

CASO CONCRETO

Efectuadas las anteriores consideraciones, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante señalar que no hay ninguna discusión de que la silla de ruedas se trata de una ayuda técnica no financiada con la UPC, al punto que para el año 2021, fecha en la cual se efectuó la prescripción médica de la misma al **DEMANDANTE**, la norma vigente para ese año que reguló los servicios financiados con la UPC excluyó expresamente a las sillas de ruedas en su Parágrafo 2° del artículo 60 (Resolución 2481 de 2020).

No obstante, la falta de financiamiento de la silla de ruedas por parte de la UPC no implica que se trate de una tecnología expresamente excluida de financiamiento con cargo a los recursos públicos de salud, porque conforme el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, solo las tecnologías en salud que son expresamente excluidas al cumplir cualquiera de los seis criterios señalados en dicha norma dejan de tener financiamiento público.

Así las cosas, ninguna de las normas adoptadas por el MINISTERIO DE SALUD para definir expresamente las intervenciones no financiadas con recursos públicos de la salud incluyó la silla de ruedas (Resolución 330 de 2017, 5267 de 2017, 687 de 2018, 244 de 2019, 956 de 2020, 2273 de 2021).

En consecuencia, en el presente asunto, llama la atención que conforme la extensa historia clínica allegada por el **DEMANDANTE**, no queda duda alguna de que la silla de ruedas fue ordenada por el médico tratante de la EPS, como apoyo técnico que permita disminuir las afectaciones que en su salud y en su vida cotidiana generan las múltiples enfermedades que padece, entre ellas, la *ataxia cerebelosa de friederich* con compromiso de miembros inferiores, anomalías en la marcha y movilidad, proceso neurodegenerativo incurable, discopatía tumbar y desgarro parcial del ligamento cruzado anterior de rodilla, dolencias que le dificultan la posición y marcha bípeda (carpetas "*Demanda*" y "*J-2021-1282 subsanacion*").

De otra parte, el apoderado de la **DEMANDADA** alegó que corresponde a la entidad territorial el suministro de la silla de rueda con ocasión de las competencias asignadas en la Ley 1618 de 2013 y 715 de 2001, sin embargo, en el presente asunto, observa la Sala que la silla de ruedas no se ordenó como parte de una política pública de integración y superación de barreras de la población discapacitada, sino como una orden concreta, especifica, clara y expresa del médico tratante de la EPS, para paliar las consecuencias que las afectaciones de salud generan en las partes anatómicas responsables de la posición y marcha bípedas, por ende, no puede la **DEMANDADA** pasar por alto que la orden de la ayuda técnica se efectuó con causa y con ocasión de la garantía del derecho a la salud y, como tal, debe ser asumida con cargo a los recursos públicos de la salud y no por otros rubros, máxime cuando se reitera que la silla de ruedas no ha sido excluida expresamente de dicho financiamiento.

Por todas las anteriores consideraciones, la Sala confirmará el fallo bajo estudio. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia S2021-1938 del 31 de diciembre de 2021, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada.
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 002 2017 00737 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida el 27 de abril de 2021 por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, cálculo actuarial por cotizaciones a pensión.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

RAFAEL ANDRES SEGURA SANTANA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de NEXUS GESTION INTELIGENTE DE PROYECTOS S.A.S., con el fin de que se condene al pago de la liquidación final de prestaciones sociales, salarios insolutos, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que inició a prestar servicios en favor de la sociedad demandada el 1° de agosto de 2013, mediante contrato de trabajo a término indefinido; que desempeñaba el cargo de formulador de proyectos y devengaba la suma mensual de $2.888.000; que el día 10 de enero de 2016, presentó renuncia y en dicha fecha finalizó la relación laboral; que la demandada no le pago los últimos 40 días de salario ni las prestaciones a la terminación del contrato.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NEXUS GESTION INTELIGENTE DE PROYECTOS S.A.S. a través de curador *ad litem* dio contestación a la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad. Propuso como excepciones las de prueba inexistente del contrato, carencia de causa y objeto ilícito, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y prescripción (fls. 60 a 64).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de abril de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo y condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, cálculo actuarial por cotizaciones a pensión. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor RAFAEL ANDRES SEGURA SANTANA identificado con CC. N° 80.738.351 y NEXUS GESTIÓN INTELIGENTE DE PROYECTOS S.A.S. representada legalmente por Angello Lucían Gallego Ortiz o quien haga sus veces existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2013 y el 10 de enero de 2016, conforme a la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO:***

CONDENAR *a la demandada NEXUS GESTION INTELIGENTE DE PROYECTOS S.A.S. representada legalmente por Angello Lucían Gallego Ortiz o quien haga sus veces a pagar al demandante señor RAFAEL ANDRES SEGURA SANATANA identificado CC. N° 80.738.351, las siguientes sumas de dinero conforme a la parte motiva de esta sentencia.* ***a)*** *5.111.111 por concepto de cesantías;* ***b)*** *$150.231 por concepto de intereses a las cesantías;* ***c)*** *$1.319.444 por concepto de prima de servicios;* ***d)*** *$1.284.722 por concepto de compensación en dinero de las vacaciones, suma de que deberá cancelar debidamente indexada al momento de su pago;* ***e)*** *$150.231 por concepto de sanción por no pago de los intereses a las cesantías;* ***f)*** *$3.333.320 por concepto de 40 días de salarios adeudados.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada NEXUS GESTION INTELIGENTE DE PROYECTOS S.A.S. representada legalmente por Angello Lucían Gallego Ortiz o quien haga sus veces a pagar al demandante señor RAFAEL ANDRES SEGURA SANTANA identificado con la CC. N° 80.738.351, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. la cual se concreta en un día de salario por cada día de retardo, por valor de $83.333 a partir del 11 de enero de 2016 y hasta el 11 de enero de 2018 para un total de $60.000.000 y partir del 12 de enero de 2018 al 30 de marzo de 2021 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, la cual asciende a la suma de $5.210.435, sin perjuicio de los causen al momento efectivo de su pago, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.* ***CUARTO: CONDENAR*** *a la demandada NEXUS GESTION INTELIGENTE DE PROYECTOS S.A.S. representada legalmente por Angello Lucían Gallego Ortiz o quien haga sus veces a pagar al demandante señor RAFAEL ANDRES SEGURA SANTANA identificado con la CC. N° 80.738.351, la suma de $34.666.667 por concepto de sanción por no consignación al fondo de cesantías, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.* ***QUINTO: CONDENAR*** *a la demandada NEXUS GESTION INTELIGENTE DE PROYECTOS S.A.S. representada legalmente por Angello Lucían Gallego Ortiz o quien haga sus veces a que traslade con destino a la Administradora de Pensiones en que se encuentre afiliado el*

señor RAFAEL ANDRES SEGURA SANTANA identificado con la CC. N° 80.738.351, el valor del cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones dejadas de pagar durante la relación laboral que existió entre las partes por el período comprendido entre el 1° de agosto de 2013 y el 10 de enero de 2016, esto es por los meses de agosto y septiembre del año 2013, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2015 y 10 días del mes de enero de 2016, teniendo en cuenta que el salario devengado por el actor para dichas anualidades era de $2.500.000. ***SEXTO: DECLARAR*** *parcialmente probada la excepción de prescripción, con relación a las acreencias laborales causadas con anterioridad al 15 de noviembre de 2014. Declarar no probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada NEXUS GESTION INTELIGENTE DE PROYECTOS S.A.S. representada legalmente por el señor Angello Lucían Gallego Ortiz o quien haga sus veces, el Despacho se releva del estudio de los demás medios exceptivos, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.* ***SEPTIMO: CONDENAR*** *en COSTAS a la parte demandada NEXUS GESTION INTELIGENTE DE PROYECTOS S.A.S. representada legalmente por el señor Angello Lucían Gallego Ortiz o quien haga sus veces, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.* ***OCTAVO: NEGAR*** *la solicitud relacionada con la fijación de una suma económica a cargo del demandante por concepto de gastos de proceso"*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes dentro de los extremos planteados en la demanda y si es procedente la condena al pago de las prestaciones reclamadas. Para resolverlo indicó que las pruebas aportadas al expediente acreditan que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1° de agosto de 2013 y el 10 de enero de 2016. Señaló que la demandada no acreditó haber realizado el pago de los emolumentos reclamados por el actor y por ello condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en pensiones,

definió además la procedencia de la indemnización moratoria y de la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, teniendo en cuenta que la sociedad nada acreditó ni adujo si quiera razones que justificaran su incumplimiento. De otra parte, negó el reconocimiento de una suma económica en favor del curador ad litem de la demandada por los gastos de curaduría.

III. RECURSO DE APELACION

El curador *ad litem* de la parte demandada interpuso recurso de apelación. La Sala se remite al contenido literal de la manifestación realizada "*Si doctora, empezando que yo asumí el cargo de curador ad litem sin ser auxiliar de la justicia, yo no estoy dentro del listado de auxiliares de la justicia, me parece absurdo que después de haber efectuado gastos de mi propio peculio, gastos que no tengo que soportar y ahora se me niega en forma tajante esos gastos, entonces veo que existe injusticia por parte del despacho frente a mi situación porque yo soy una persona de la tercera edad, no estoy trabajando, básicamente estoy sacando los últimos procesos y fuera de eso tengo una situación de salud bastante precaria, no tengo recursos, no tengo bienes, no tengo absolutamente ningún tipo de sueldo, ni mucho menos pensión*"

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente la asignación de gastos de curaduría al curador *ad litem* que representa la parte demandada.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** entre el demandante y la sociedad demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 1° de agosto de 2013 y el 10 de enero de 2016 (hecho definido por el juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso); ***ii)*** tampoco se controvirtió en esta instancia la procedencia de las condenas impuestas en la sentencia de primera instancia.

- **Sobre los gastos de curaduría**

Para resolver lo pertinente, tratándose de la designación de un curador *ad litem*, el numeral 7° del artículo 48 del CGP, norma aplicable al procedimiento laboral por remisión expresa del artículo 145 del CPT y SS, dispone al efecto lo siguiente:

> "*La designación del curador ad litem recaerá en un abogado que ejerza habitualmente la profesión, quien desempeñará el cargo en forma gratuita como defensor de oficio. El nombramiento es de forzosa aceptación, salvo que el designado acredite estar actuando en más de cinco (5) procesos como defensor de oficio. En consecuencia, el designado deberá concurrir inmediatamente a asumir el cargo, so pena de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar, para lo cual se compulsaran copias a la autoridad competente*"

Sobre la expresión contenida en esta norma, referida a que el cargo se ejercerá de forma gratuita, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-083 del 12 de febrero de 2014, declaró su exequibilidad, al considerar que dicha disposición no vulnera el

derecho a la igualdad y trabajo de aquellos abogados que son designados como curador *ad litem,* en calidad de defensores de oficio, pues aunque deben prestar sus servicios de manera gratuita, a diferencia del resto de auxiliares de la justicia, dicha diferenciación tiene fundamento en un criterio objetivo y razonable, como lo es el goce efectivo del acceso a la administración de justicia. Dice la Corte además, que no se trata de una carga desproporcionada, pues es una labor de colaboración en garantía del acceso a la justicia atendiendo al principio de solidaridad.

Teniendo en cuenta el anterior fundamento normativo y jurisprudencial se advierte que la labor desempeñada por un curador *ad litem* se desarrolla a título gratuito y por ello no resulta procedente la fijación de honorarios por el cumplimiento de tal mandato legal. A juicio de la Sala, solo podría ordenarse en favor de un curador *ad litem*, el pago de los valores que eventualmente haya tenido que asumir para cumplir la labor encomendada y para ello debe acreditar en el expediente dichos gastos.

En el caso bajo estudio, no se advierte que quien funge en el proceso como curador *ad litem* de la demandada NEXUS GESTION INTELIGENTE DE PROYECTOS, haya acreditado los gastos en que incurrió en razón de la curaduría que ejerce, o si quiera hubiera manifestado ante el juzgado cuales eran dichos gastos, que aduce en el recurso, debió asumir de su peculio. Por ello., no resulta procedente el reconocimiento de suma alguna en su favor, tal como lo definió la juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente será confirmada.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 003 2017 00535 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada UGPP contra la sentencia proferida el 6 de mayo de 2021 por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada a reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes a la demandante en proporción del 50%.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

SARAY DEL CARMEN ROJAS MONTIEL, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP Y LOS HEREDEROS INDETERMINADOS DE MARINA ISABEL BEDOYA DE CARABALLO**, con el fin de que se declare que tiene derecho al

reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente ALVARO ANTONIO CARABALLO LAMBRAÑO. Pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su favor a partir del 26 de octubre de 2007 en proporción del 50%, junto con las mesadas adicionales correspondientes, retroactivo pensional y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el causante ALVARO ANTONIO CARABALLO LAMBRAÑO estuvo casado con la señora MARINA ISABEL BEDOYA DE CARABALLO, quien desde aproximadamente el año 1980 se radicó en la ciudad de Medellín; que inició su vida marital con el causante a partir del año 1989 en Cantaclaro Montería, la cual se extendió hasta el 26 de octubre de 2007, fecha en que falleció el causante. Señaló que de la unión procrearon cuatro hijos, todos mayores de edad hoy en día; que mediante Resolución N° 19365 del 21 de septiembre de 2004, CAJANAL le reconoció una pensión de vejez al causante; que mediante Resolución UGM 007890 del 13 de septiembre de 2011, CAJANAL le reconoció y pago el 50% de la pensión de sobrevivientes en favor de sus 4 hijos, que eran menores de edad, el 50% restante lo dejo en suspenso teniendo en cuenta que su cónyuge también se presentó como beneficiaria de la prestación.

Afirmó que una de sus hijas, SARAY DEL CARMEN CARABALLO ROJAS, sufre de trastorno mental, razón por la cual el Juzgado Primero de Familia de Montería mediante sentencia del 11 de septiembre de 2015, la declaró interdicta y la nombró como su representante legal; que así mismo la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, declaró a su hija incapacitada laboralmente y por ello la UGPP, mediante Resolución DRP 014597 del 6 de abril de 2017 le otorgó a su hija, en condición de hija invalida el 50% de la pensión. Refiere que insistió ante la entidad para que el 50% restante de la pensión le fuera reconocido en

calidad de compañera permanente pero la entidad adujo que aun cuando la cónyuge del causante había fallecido, los herederos de quien decía ser beneficiaria, podían comparecer a reclamar las mesadas que eventualmente les correspondían.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la condición de pensionado del causante la fecha de fallecimiento y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, buena fe y cobro de lo no debido (fls. 144 a 149).

Mediante auto del 15 de noviembre de 2017, el Juzgado dispuso vincular al proceso en calidad de litisconsorcio necesario a los herederos determinados e indeterminados de MARINA ISABEL BEDOYA DE CARABALLO (fl. 56).

Los herederos determinados e indeterminados de MARINA ISABEL BEDOYA DE CARABALLO, dieron contestación a la demanda a través de curador *ad litem*, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos manifestó que no le constan. Como excepción de fondo propuso la innominada o genérica (fls. 153 a 157).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 6 de mayo de 2021, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes en proporción

del 50%. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP a reconocer a la demandante SARAY DEL CARMEN ROJAS MONTIEL la sustitución pensional en calidad de compañera permanente supérstite del pensionado fallecido ALVARO ANTONIO CARABALLO LAMBREÑO correspondiente al 50% de la mesada pensional que venía percibiendo aquel, a partir del 27 de octubre de 2007, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre y los incrementos legales, con efectos fiscales, es decir pago efectivo a partir del 4 de septiembre de 2014, todo conforme a la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 3 de septiembre de 2014, todo conforme la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: AUTORIZAR** a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en salud, y transferirlos a la EPS a la cual se encuentra afiliada la demandante. **CUARTO: DECLARAR** que en la presente actuación no se demostró la convivencia de la señora MARINA ISABEL BEDOYA con el pensionado fallecido ALVARO ANTONIO CARABALLO LAMBREÑA por espacio de cinco años para acceder al derecho pensional, y como consecuencia se deberá ABSOLVER a la demandada UGPP respecto de esta Litis consorte necesario, conforme la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: CONDENAR** en costas, incluidas las agencias en derecho a la parte demandada, las que se tasan en la suma de $1.800.000. **SEXTO: REMITIR** el presente proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que conozca en el grado jurisdiccional de consulta respecto de la litisconsorte necesario MARINA ISABEL BEDOYA, en su condición de cónyuge supérstite. **SEPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente providencia por la*

demandada UGPP, remítase al superior para que conozca en el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del CPT y SS."

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante o la litisconsorte necesario, acreditaron la condición de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes que reclaman. Para resolverlo indicó que la demandante, acreditó el cumplimiento de los requisitos que exige la norma para acceder a la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente supérstite, en tanto demostró haber convivido con el causante, por lo menos dentro de los 5 años anteriores a su fallecimiento. Señaló que no se demostró por parte de los herederos de la cónyuge del actor, hoy fallecida, que ésta hubiere convivido con el causante, por lo menos 5 años en cualquier tiempo. Por ello, definió la existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes en proporción del 50%, en favor de SARAY DEL CARMEN ROJAS MONTIEL. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 3 de septiembre de 2014.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación parcial. Para sustentar el recurso aduce que el juez de primera instancia, en uso de las facultades ultra y extra *petita* ha debido reconocer a la actora la pensión de sobrevivientes en proporción del 100%, teniendo en cuenta que la cónyuge no acreditó convivencia con el causante y por ello la única beneficiaria sería la compañera permanente supérstite.

El apoderado de la demandada UGPP interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto condena en costas a la entidad, teniendo en cuenta que este proceso se originó porque existía controversia entre la cónyuge y

compañera permanente del causante y por ello la entidad debía esperar a que la justicia ordinaria resolviera tal conflicto para proceder al reconocimiento en los términos que definiera la sentencia, por ello, estima que no procede la condena en costas impuesta.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada UGPP solicita en sus alegaciones que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante desistió del recurso de apelación interpuesto y dicho desistimiento se aceptó mediante auto del 10 de febrero de 2022.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si la demandante y el litisconsorcio necesario, acreditaron la condición de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes que reclaman.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que ALVARO ANTONIO CARABALLO falleció el día 26 de octubre de 2007 (Cd. 1, Pdf. 41); ***ii)*** que mediante Resolución N° 19365 del 21 de septiembre de 2004, CAJANAL reconoció al causante una pensión de vejez a partir del 18 de enero de 2003, en cuantía inicial de $614.368,22 (fls. 11 a 16); ***iii)*** que el causante y la demandante procrearon cuatro hijos (fls. 37 a 39 y Cd. 1, Pdf. 50); ***iv)*** que el causante se encontraba casado con MARINA ISABEL BEDOYA CHICA desde el 28 de diciembre de 1969 (Cd. 1, Pdf. 78); ***v)*** que mediante Resolución UGM 007890 del 13 de septiembre de 2011, CAJANAL reconoció la pensión de sobrevivientes en favor de los cuatro hijos del causante, en proporción total del 50% y dejó en suspenso el 50% restante por el conflicto entre la cónyuge y compañera permanente (fls. 17 a 22); ***vi)*** que mediante Resolución RDP 014597 del 6 de abril de 2017, la UGPP modificó la Resolución N° UGM 007890 del 13 de septiembre de 2011, para aclarar que el reconocimiento de la prestación en favor de SARAY DEL CARMEN CARABALLO ROJAS, se realiza en condición de hija inválida del causante (fls. 31 a 35); ***vii)*** que MARINA ISABEL BEDOYA DE CARABALLO, cónyuge del causante, falleció el 8 de septiembre de 2016 (fl. 40).

- **De la Pensión de Sobrevivientes**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido,

así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el causante falleció el 26 de octubre de 2007, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso.

Sobre el requisito de convivencia que define la citada norma para el cónyuge o compañero supérstite del pensionado, es pertinente aclarar que en sentencia SU 149 de 2021, la Corte Constitucional definió que esta disposición es aplicable por igual tanto al grupo familiar del afiliado como del pensionado y por ello en casos en que se resuelve el derecho a la pensión de sobrevivientes, indistintamente de que se trate de un afiliado o pensionado, deberá verificarse el cumplimiento de esta exigencia en quien aduzca la condición de compañera o cónyuge del causante. Dijo la Corte en dicha providencia, que este requisito es el medio adecuado previsto por el legislador, para garantizar que esta prestación se reconozca a quienes integran de manera cierta el grupo familiar del afiliado y no a personas que de manera ilegítima o artificiosa reclaman el reconocimiento de este derecho.

Así mismo, conviene precisar sobre este aspecto, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que tratándose de la cónyuge supérstite con el vínculo legalmente vigente, los cinco años de convivencia pueden acreditarse en cualquier tiempo y no necesariamente a la fecha del fallecimiento del causante. Al efecto, esa alta Corporación en la sentencia de

radicado 24445 del 10 mayo de 2005, reiterada en providencia SL 3747-2018 dijo: "*Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención".*

Bajo las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó la pensión de sobrevivientes en favor de MARINA ISABEL BEDOYA DE CARABALLO (Q.E.P.D., representada en el proceso por sus herederos) y definió la existencia del derecho en favor de SARAY DEL CARMEN ROJAS MONTIEL.

Para llegar a la anterior conclusión, se advierte que los herederos de MARINA ISABEL BEDOYA DE CARABALLO (Q.E.P.D.), no acreditaron que ésta tuviera conformado un núcleo familiar estable y con vocación de permanencia con el causante, para la fecha de su fallecimiento. Si bien, la prueba documental allegada al proceso acredita que la pareja se encontraba casada desde el 28 de diciembre de 1969 (Cd. 1, Pdf. 78), ninguna prueba adicional se aportó para acreditar el requisito de los 5 años de convivencia en cualquier tiempo y por ello no puede la Sala entender probados los

requisitos que define la norma para reconocer el derecho en favor de MARINA ISABEL BEDOYA DE CARABALLO (Q.E.P.D.)

Ahora, sobre el derecho de la demandante en su condición de compañera permanente del causante, la Sala encuentra acreditado que ésta convivió con ALVARO ANTONIO CARABALLO dentro de los 5 años anteriores a su deceso.

Al efecto se encuentra acreditado que la pareja tuvo cuatro hijos, VICTOR MIGUEL CARABALLO ROJAS (nació el 28 de octubre de 1990, fl. 37), SARAY DEL CARMEN CARABALLO ROJAS (nació el 20 de febrero de 1992, Cd. 1, Pdf. 50), ALVARO JAVIER CARABALLO ROJAS (nació el 25 de junio de 1993, fl. 38) y LUZ PATRICIA CARABALLO ROJAS (nació el 10 de octubre de 1994, fl. 39).

Sobre el particular aspecto de la convivencia, ANTONIA DEL CARMEN GUERRERO PUCHE (Cd. 2, audio 1, min. 19:06), SILVIA DEL CARMNEN GUERRERO PUCHE (Cd. 2, audio 2) y MATILDE DEL SOCORRO GUERRERO PUCHE (Cd. 3, min. 05:16); manifestaron que conocieron a la pareja aproximadamente en el año 1990, cuando llegaron a vivir al barrio Cantaclaro de la ciudad de Montería, con un bebe de brazos, refirieron que desde entonces eran vecinos y les consta que la pareja vivió en dicho lugar hasta el momento del fallecimiento del causante, dijeron que ALVARO ANTONIO y la demandante tuvieron cuatro hijos y siempre los vieron juntos como familia, que el causante trabajaba como conductor de maquinaria pesada y SARAY DEL CARMEN siempre estuvo en el hogar, que en la enfermedad del causante la demandante fue quien cuidó de él y estuvo pendiente de su tratamiento, que no sabían de la existencia de otra familia y que de todas formas siempre los vieron convivir en la misma casa. Señalaron además que como vecinos solían compartir en varias ocasiones, y siempre vieron la pareja unida.

Así mismo, obra declaración extraproceso rendida por NIDIA MERCEDES ESTEBANA ORTEGA MORENO el 10 de noviembre de 2007 (Cd. 1, Pdf. 48), quien, de forma coincidente con el dicho de las testigos referidas, manifestó que la pareja conformada por el causante y la demandante, tuvo 4 hijos y convivió por aproximadamente 18 años que se extendieron hasta el momento del fallecimiento del causante.

De las anteriores declaraciones, es posible establecer que la pareja conformada por el causante y SARAY DEL CARMEN ROJAS MONTIEL, convivió por lo menos desde el año 1990 hasta el fallecimiento del causante, pues las testigos referidas ofrecen credibilidad a la Sala en cuanto fueron coincidentes y espontáneas en su dicho y además les consta de manera directa lo manifestado en cuanto eran vecinos de la pareja.

En este orden de ideas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que definió la existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes que se reclama en favor de SARAY DEL CARMEN ROJAS MONTIEL en proporción del 50%, y la reconoció a partir del 27 de octubre de 2007, fecha de fallecimiento del causante, y autorizó los descuentos relacionados con los aportes al sistema de seguridad social en salud. También se confirmará en cuanto reconoce la prestación por 14 mesadas anuales, pues si bien para la fecha de fallecimiento del causante ya se encontraba vigente el Acto Legislativo 01 de 2005, lo cierto es que la mesada pensional que recibía el causante era inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes (fl. 15), y en virtud de lo definido en el parágrafo transitorio 6° del artículo 1° de dicha enmienda constitucional, es procedente el reconocimiento de 14 mesadas en estos casos, siempre que la prestación se cause con anterioridad al 31 de julio de 2011, como ocurre en este proceso.

Ahora bien, sobre la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, se advierte que la demandante SARAY DEL CARMEN ROJAS MONTIEL, solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 7 de diciembre de 2007 (fl. 17), dicha solicitud fue resuelta mediante Resolución UGM 007890 del 13 de septiembre de 2011 (fl. 17), y notificada a la demandante el 3 de octubre de 2011 (fl. 23). Contra tal decisión no se interpusieron recursos y solo hasta el 4 de septiembre de 2017 (fl. 1), cuando ya había transcurrido el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, la demandante presentó la demanda. Por ello, operó la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 4 de septiembre de 2014, tal como lo definió el juez de primera instancia, en decisión que en lo pertinente será confirmada.

Finalmente, y para responder el argumento de apelación de la UGPP referido a que no procede la condena en costas impuesta en su contra, la Sala concluye que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, procedía la condena en costas impuesta, pues la entidad en la contestación de la demanda, se opuso a las pretensiones por considerar que la demandante no reunía los requisitos definidos en la norma para causar el derecho, y finalmente resultó vencida en sus argumentos.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONFIRMAR SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 006 2017 00429 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida el 6 de mayo de 2021 por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

AMELIA ASCENCIO NUÑEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de MARCAS VITALES BMV S.A.S., con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, vigente entre el 1° de enero de 2010 y el 1° de octubre de 2014. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene al demandado al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, indemnización moratoria y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que inició a prestar servicios en favor de la sociedad demandada el 1° de enero de 2010, mediante contrato de trabajo escrito; que desempeñaba labores de promoción, difusión, y todas las relacionadas con el área de mercadeo; que devengaba la suma mensual de $1.200.000; que la demandada dio por terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa el 1° de octubre de 2014 y no le cancelaron las prestaciones adeudadas a la fecha de terminación de la relación laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MARCAS VITALES BMV S.A.S. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos en su totalidad. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación contractual laboral, inexistencia de la obligación, falta de fuente de la obligación, enriquecimiento sin causa, prueba inexistente del contrato, carencia de causa y objeto ilícito, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y buena fe (fls. 48 a 54).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 6 de mayo de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo y condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la sociedad accionada BMV S.A.S. a reconocer y pagar a la demandante señora AMELIA ASCENCIO NUÑEZ las siguientes sumas y conceptos, a saber: a) la suma de $5.733.333 por concepto de auxilio de cesantía; b) la suma de $108.000 por concepto de intereses sobre la cesantía; c) la suma de $933.333 por concepto de prima de servicios; d) la suma de $1.066.666 por concepto de vacaciones; e) un día de salario por*

cada día de mora hasta por 24 meses a razón diaria de $40.000 calculado desde la terminación del contrato de trabajo 1° de octubre de 2014, y a partir del mes 25 contado desde la misma ocasión se ha de fulminar condena por los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hoy Financiera. ***SEGUNDO: COSTAS*** *de primera instancia a cargo de la demandada vencida en el proceso. Se fija la suma de $3.000.000 por concepto de agencias en derecho"*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes dentro de los extremos planteados en la demanda. Para resolverlo indicó que el contrato de prestación de servicios suscrito por las partes acredita la prestación personal del servicio de la demandante en favor de la sociedad demandada. Señaló que es procedente aplicar la presunción de la existencia del elemento subordinación, en tanto la parte demandada no aportó prueba suficiente para desvirtuarla. Por ello, condenó al pago de las prestaciones causadas y la indemnización moratoria.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no se realizó una debida valoración probatoria de los interrogatorios de parte y de los testigos escuchados. Señaló que la testigo DIANA MARCELA JIMENEZ no refirió cuales habían sido los extremos de la relación porque no tenía conocimiento de ello, que además dijo que la demandante prestaba los servicios desde su casa, no tenía horario y no le constaba si tenía un jefe directo. Dice que la sociedad desvirtuó la existencia del elemento subordinación de manera suficiente, que quedó evidenciado que la relación que ató a las partes fue de carácter comercial y que la actora en realidad era contratista y no estaba

sometida a ningún tipo de subordinación y por ello no puede deducirse que entre las partes haya existido un contrato de trabajo.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** la demandante estuvo vinculada al servicio de la sociedad demandada mediante contrato de prestación de servicios vigente entre el 1° de enero de 2010 y el 1° de octubre de 2014 (fls. 15 a 20).

- **Sobre la existencia del contrato de trabajo**

Para definir sobre la existencia de la relación laboral que se pide en este proceso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral. Por su parte el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural*

o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración". Más adelante el artículo 23 del mismo estatuto establece como elementos esenciales constitutivos de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, como una contraprestación directa del servicio prestado.

Una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al efecto, el artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una presunción legal, en virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019 y SL2608 de 2019, entre otras.

Definido lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que no fue objeto de la controversia la prestación personal del servicio de la demandante a la sociedad demandada MARCAS VITALES BMV S.A.S., la cual se acredita con el contrato de prestación de servicios allegado al proceso en folios 16 a 20. Según dicho documento la demandante prestaba servicios de asesoría profesional e integral en áreas de mercadeo, sin que la convocada a juicio desvirtuara la presunción legal que pesa en su contra.

Al efecto, la parte demandada no aportó prueba alguna para desvirtuar la presunción de subordinación que pesa en su contra, la escasa actividad probatoria de la sociedad demandada en este sentido, impide a la Sala realizar una valoración sobre la posible autonomía e independencia de la demandante para desarrollar la labor encomendada. No resulta útil al efecto, lo manifestado por la representante legal de la misma sociedad en la diligencia de interrogatorio de parte (CD. 2, audio 2, min. 5:55 y CD. 3, min. 02:23), donde refirió que la labor de la demandante era esporádica y que ella solo les ayudaba cuando debían cubrir eventos en Barranquilla y algunas partes de la Costa, que la ayuda de la demandante dependía de que contara con la logística o los requerimientos que tenían para los eventos, y en casos en que la actora no podía atenderlos por no cumplir los requerimientos, llamaban a otra de las personas que les ayudaba en la Costa.

Si bien el apoderado de la parte demandada refiere en el recurso, que el elemento subordinación se desvirtuó con lo manifestado por la representante legal y la testigo DIANA MARCELA JIMENEZ PEÑA (Cd. 2 audio 4, min. 01:08), lo cierto es que como se dijo en precedencia, las manifestaciones de la representante legal no pueden tenerse en cuenta para su propio beneficio, y contrario a lo que indica el apoderado, la testigo referida, reafirma la existencia del elemento subordinación en la relación que ató a las partes, pues

indica de manera clara que la demandante cumplía un horario en las oficinas que tenía la demandada en la ciudad de Barranquilla, que era quien coordinaba los eventos, dirigía las personas que trabajaban en esa oficina, y recibía las directrices de lo que debía realizar por parte de la representante legal y otros coordinadores de la empresa.

Dichas manifestaciones, a juicio de la Sala, no están relacionadas con la exclusión del elemento subordinación, pues la testigo nada refirió sobre la posible autonomía o independencia de la demandante en el ejercicio de sus labores. Aunado a ello, y al no encontrarse otros medios de prueba destinados a desvirtuar el elemento subordinación, la única conclusión a la que puede llegar la Sala, es que entre las partes existió realmente una relación laboral, pues se acreditó la prestación personal de un servicio remunerado en favor de la sociedad demandada y la demandada no logró desvirtuar el elemento subordinación.

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, advirtiendo, que no se revisaran las condenas impuestas, pues éstas no fueron objeto del recurso que presentó la parte demandada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 008 2019 00406 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2020 por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUCIA RONDEROS BARRIGA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo a partir del 3 de julio de 2018, junto con el retroactivo pensional causado a partir de esta fecha, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que su hijo RICARDO CADENA RONDEROS nació el 16 de noviembre de 1962; que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES 1.213 semanas; realizó su último aporte el mes de febrero del año 2018 como trabajador independiente y falleció el 3 de julio de 2018. Adujo que pese a que viajó por varias temporadas a Lima – Perú, siempre que estaba en Colombia residía en el mismo apartamento con su hijo, ya que éste no contrajo matrimonio, tampoco estableció unión marital de hecho, ni procreó hijos y por esta misma razón era quien se encargaba de su manutención, del pago de su alimentación, el alquiler de la vivienda y la solvencia de los servicios públicos al no contar con recursos para cubrirlos, pues no labora, no devenga ninguna prestación económica o salario, ni percibe ningún tipo de auxilio ya que se dedica a hacer trabajo social con adultos mayores en una academia de tango. Sostuvo que cuando estaba fuera del país su hijo la visitaba y le llevaba dinero o le giraba recursos a través de Western Unión o le enviaba con sus hermanos.

Expuso que, tras el deceso de su hijo, se vio obligada a entregar el apartamento que tenía arrendado en Lima – Perú al no contar con dinero para cubrir el canon. Refirió que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandada, la cual fue negada mediante Resolución SUB 247582 del 19 de septiembre de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la fecha de fallecimiento del causante y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y prescripción (fls. 168 a 173).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 3 de septiembre de 2020, condenó a la demandada al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

"***PRIMERO:*** *DECLARAR que la señora LUCIA RONDEROS es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo Ricardo Cadena a partir del 3 de julio de 2018.* ***SEGUNDO****: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes a partir del 3 de julio de 2018, ordenando a la demandada el pago del 80% del monto que le hubiere correspondido en una pensión de vejez con sus respectivos incrementos decretados por el gobierno nacional para cada una de las anualidades, valores que deberán ser indexados desde el momento de la causación de cada una de las mesadas y hasta el momento efectivo de su pago autorizando desde ya a la demandada COLPENSIONES para que efectué los respectivos descuentos dirigidos al sistema de seguridad social en salud.* ***TERCERA:*** *DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, relevándose el despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos dadas las resultas del proceso.* ***CUARTO:*** *ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.* ***QUINTO:*** *Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, liquídense por secretaria y fijándose como agencias en derecho la suma de $500.000.* ***SEXTO:*** *para señalar que como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, las diligencias se remitirán en grado jurisdiccional de consulta al Tribunal Superior para que se surta en favor de COLPENSIONES".*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante tenía la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama como madre del causante. Para resolverlo indicó la demandante logró acreditar que su sustento dependía principalmente de los recursos que le proporcionaba el causante y que las ayudas que sus otros hijos le proporcionan no

le son suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen su subsistencia y vida digna, dado que son inferiores a sus gastos mensuales y debido a su edad no le es dable conseguir un trabajo estable que le permita cubrir sus gastos mínimos. Determinó que no es procedente reconocer intereses moratorios como quiera que se presentó un debate razonable sobre la existencia del derecho y sólo con la sentencia se concluye que la accionante tiene derecho al reconocimiento de la prestación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso adujo que la accionante no acredita el requisito de dependencia económica respecto de su hijo, pues las dos primeras testigos son de oídas, jamás visitaron a la demandante en Lima por lo que no saben más allá de lo que le hayan comentado a que actividades se dedicaba la accionante, tampoco presenciaron de manera directa que el causante asumiera los gastos de manutención de su señora madre. Señaló que aunque tratándose de los padres no es necesario acreditar la convivencia, es relevante tomar en consideración que aunque en la demanda se dijo que la demandante residía en Bogotá con su hijo, ello no es cierto, pues, con los registros de entrada y salida del país se puede verificar que ella permanecía más tiempo en Lima que en Bogotá, con lo cual se puede concluir que los US$200 a US$500 que le proporcionaba el afiliado no eran suficientes para su manutención de lo cual se puede concluir que la señora Lucía recibía algún tipo de auxilio o ingreso de parte de sus actividades económicas y culturales, del sector privado o gubernamental o el apoyo de sus otros hijos, no de otra manera se entiende que pudiera cubrir los gastos propios de arriendo, servicios y alimentación, los gastos de administración y

arriendo del local en donde funcionaba su academia de tango y los profesores de la misma.

Agregó que no fueron correctamente valoradas las sabanas correspondientes a los giros que recibió la accionante, dado que no todos fueron realizados por el causante, pues algunos aparecen remitidos por otro de los hijos, el señor Guillermo Cadena o su esposa Luz Adriana Monroy y no existe certeza que éstos hubieran enviado el dinero para hacerle un favor al causante. Advirtió que debe tomarse en consideración que la accionante afirmó haber empezado a viajar en el año 2007, sin embargo, llama la atención que su pasaporte haya sido expedido en la ciudad de Lima y no en Colombia y que data de 1998, es decir con anterioridad a lo señalado por la actora, con lo que es fácil concluir que el consulado no le hubiera expedido el pasaporte si no se tratara de una persona residente en el país.

Finalmente, refirió que el testigo Guillermo manifestó que la señora Lucía en varios periodos de tiempo estaba radicada en Lima en la casa donde vivía otro de sus hijos, lo que lleva a entender por qué razón únicamente el señor Ricardo hacia unos giros ocasionales y de sumas de dineros no tan elevadas. Ello permite establecer que no asumía todos los gastos de sostenimiento de su madre, es decir, que no es cierto que él pagara el arriendo, la alimentación y la salud, circunstancias que en todo caso alega no están probadas en el proceso.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La parte demandante por su parte solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si la demandante acreditó el requisito de la dependencia económica respecto de su hijo fallecido para obtener la pensión de sobrevivientes que reclama.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que RICARDO CADENA RONDEROS falleció el día 3 de julio de 2018 (fl. 158); ***ii)*** que la demandante es la madre del causante (fl. 157); ***iii)*** que para el momento del fallecimiento el causante se encontraba afiliado a COLPENSIONES y había cotizado a dicha entidad un total de 1.213 semanas (fl. 148 vto.); ***iv)*** que la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión a la demandada y ésta mediante Resoluciones SUB 247582 del 19 de septiembre de 2018 y SUB 325865 del 18 de diciembre de 2018, negó el derecho reclamado (fls. 141 a 151).

- **De la Pensión de Sobrevivientes**

Para resolver sobre la pensión de sobrevivientes que se reclama la norma aplicable, por ser la vigente en la fecha en que

murió el afiliado, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, cuyo literal D dispone que, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijo con derecho, serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los padres del afiliado si dependían económicamente de éste.

Sobre ésta, la dependencia económica, y frente a la cual manifiesta oposición la apoderada de la entidad demandada en el recurso, se ha pronunciado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia de radicación 22132 del 11 de mayo de 2004 donde definió que, si bien ésta implica el soporte económico del hijo necesario para la subsistencia de sus padres, ello no descarta la posibilidad de que éstos reciban un ingreso adicional o que no se estuvieran destinando la totalidad de los ingresos del hijo a la manutención de sus progenitores. Sin embargo y dada la condición que incluye la norma, para reconcocer la prestación se debe aportar al proceso prueba clara de que el soporte brindado por el hijo fallecido era esencial para la subsistencia del núcleo familiar que integraba con sus padres (Sentencia SL 3051-2019, SL 4071-2019, SL 4601-2019, SL 4599-2019, entre otras).

En este mismo sentido y con efectos de cosa juzgada Constitucional, la sentencia C-111 de 2006, hizo una distinción de la dependencia económica como una condición para causar el derecho a pensión de sobrevivientes, de la simple ayuda o contribución que los hijos otorgan a sus padres. Para la Corte Constitucional la dependencia involucra el concepto de "*necesidad*" entendida como "*la falta de condiciones materiales que permitan a los beneficiarios de la pensión suministrarse para sí mismos su propia subsistencia, de manera que el aporte del hijo se convierta en imprescindible para asegurar la subsistencia de quien, como los padres, al no poder sufragar los gastos propios de la vida, pueden requerir dicha ayuda en calidad de beneficiarios. Por ello la*

dependencia económica no siempre es total y absoluta (…) la misma responde a un juicio de autosuficiencia, que en aras de proteger los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, admite varios matices, dependiendo de la situación personal en que se encuentre cada beneficiario".

Bajo estos referentes jurisprudenciales, la dependencia exige certeza sobre la necesidad que tenían los padres de la ayuda que brindaba el hijo pues tal ayuda se requería para asegurar su subsistencia, y para demostrar dicha condición resulta indispensable conocer el presupuesto habitual del núcleo familiar del beneficiario -ingresos y egresos- en el momento del fallecimiento, y probar que los gastos de dicho presupuesto se financiaban en todo o en parte con aportes que hacía el hijo causante.

Con estas precisiones y una vez revisado el expediente, advierte el Tribunal que al expediente no se aportó prueba suficiente sobre la dependencia económica que alega ocurrida la demandante respecto de su hijo fallecido. Ni siquiera se hizo referencia en los hechos de la demanda al valor específico o aproximado de la ayuda que brindaba el hijo, o cuál era el presupuesto de gastos que tenía el hogar para la fecha en que murió RICARDO CADENA RONDEROS.

En el texto de la demanda se hicieron afirmaciones genéricas sobre la materia, y no se aportan pruebas suficientes para concluir en la existencia de dependencia económica de la demandante respecto de su hijo fallecido.

Ahora bien, ninguno de los testigos ni las pruebas documentales aportadas al proceso permiten deducir cual era el presupuesto de gastos del hogar de la demandante, si realmente convivía con su hijo, ni el monto específico o aproximado que

aportaba el causante para sufragar los gastos de LUCIA RONDEROS BARRIGA.

Al efecto, MARIA DEL CONSUELO GRISALES DE PEÑA (CD. 3, audio 2, min. 34:12) y LUCIA PERICO DIAZ (CD. 3, audio 2, min. 56:17), manifestaron ser amigas de la demandante, solo hicieron afirmaciones genéricas sobre la dependencia de la actora respecto de su hijo fallecido, pues refirieron que les consta lo dicho por lo que les comentaba la misma demandante en razón a la amistad. Sobre el punto dijeron que la demandante vivía entre Lima Perú y Bogotá, por una fundación que tenía LUCIA en Lima, donde le enseñaban a bailar tango a adultos mayores, que en Perú era su hijo fallecido quien pagaba el arriendo, servicios, alimentación y demás, porque la fundación era sin ánimo de lucro y no devengaba suma alguna de dinero. Dijeron que cuando venía a Bogotá vivía con el causante en un apartamento de su propiedad y que, aunque la demandante tenía 3 hijos más, el causante, por ser el único soltero, era quien atendía los gastos de manutención de la mamá. Adujeron además que la demandante tenía una máquina de tejer y en sus tiempos libres realizaba tejidos que vendía entre sus amigas, pero ello no representaba mayor valor y era de forma esporádica. Agregaron que cuando falleció RICARDO la demandante se encontraba en Bogotá con él y que murió de un infarto repentino.

Obra además el testimonio de GUILLERMO CADENA RONDEROS (CD. 3, audio 2, hora 01:28:42), hijo de la demandante y hermano del causante. Manifestó que su hermano fallecido era quien atendía las necesidades básicas de su madre, pues le pagaba el arriendo en Lima Perú, donde su mamá permanecía la mayor parte del tiempo por una Fundación de tango que tenía para adultos mayores, que dicha fundación no le generaba ningún ingreso a su mamá y por ello vivía de lo que su hermano fallecido le daba, que él y sus otros hermanos le colaboran a su madre pero de forma esporádica porque deben solventar sus propias necesidades y las de

sus familias. Refirió que a raíz del fallecimiento de su hermano su mamá no ha podido volver a viajar a Lima, pues no tiene quien cubra sus gastos y ahora vive en el apartamento de la ciudad de Bogotá que era propiedad de su hermano.

También obran al efecto, declaraciones extra proceso suscritas por Jairo Fonseca Rodríguez, Lucía Perico Díaz, Humberto Quintero Duque, quienes manifestaron haber conocido al causante al menos durante 20 años y por ello constarles que no era casado, ni constituyó unión marital de hecho, tampoco tuvo hijos y que su señora madre dependía moral, psicológica y económicamente de él (fls. 20 a 22). Declaraciones extrajuicio rendidas por María del Consuelo Grisales de Peña y Flor Alba Mojica, quienes manifestaron conocer a la señora LUCÍA RONDEROS BARRIGA desde hace más de 40 años, por lo que les consta que siempre dependió social, afectiva y económicamente del causante quien asumía sus gastos médicos y de manutención (fls. 23 y 24). Declaración extrajuicio que rindió Germán Cadena Ronderos hijo de la demandante, en la que indicó que desde el fallecimiento de su hermano se ha hecho cargo de su manutención y de pagar su seguridad social para lo cual la afilió como independiente a la EPS Sanitas, debido a que de manera urgente debía adelantar varios tratamientos y procedimientos médicos, y no podía afiliarla dentro de su grupo familiar (fl. 25).

También allegó documentos suscritos por Mario Arley Victoriano Castillo Canales y Martín Oscar Santibañez Purizaga los que presentan constancia de apostille de la República del Perú, en los que manifiestan que responden al cuestionario que les fue entregado por Lucía Ronderos, que son ciudadanos peruanos que conocen a la accionante desde los años 2004 y 2005 respectivamente, saben que vive sola en una vivienda arrendada, se dedica a la organización de milongas, actividad que no le genera recursos dado que su único fin es promover el arte. Aseguraron que tenía una relación cercana con su hijo Ricardo quien le enviaba

dinero e iba a visitarla varias veces al año y le proveía los tiquetes para que ella volara a Colombia (fls. 27 a 35). Igualmente, aportó documento suscrito por Ángela Francisca Musso Gotuzzo, donde dicha persona informa que la actora ha sido su arrendataria desde el año 2016, que la renta mensual para junio de 2018 era de US$450 y que en julio la actora le dio el aviso de no poder continuar con el contrato por no contar con el dinero para cubrir la obligación por el fallecimiento de su hijo Ricardo Cadena (fl. 36).

Como otros documentos, útiles a la controversia, aportó, instrumentos expedidos por diferentes organismos peruanos que dan cuenta que la actora no está pensionada, no posee bienes, no tiene inscrito ningún matrimonio y que la ONG Arte & Tango tiene como actividad económica principal la enseñanza cultural (fls. 37 a 43). A folios 46 a 66 obran copias del pasaporte en las que se evidencian varias entradas y salidas de Colombia, Perú, Argentina y Chile, además se puede leer que fueron expedidos en la ciudad de Lima – Perú. Igualmente, trajo pasaportes del causante el primero de los cuales fue expedido en Lima – Perú el 5 de enero de 2000 (fl. 67), las copias verifican el ingreso a Perú en los años 2007, 2009, 2010, 2012, 2013, 2017 y 2018 en ninguna anualidad más de dos veces (fls. 64 a 75). Anexó además, *"record de transferencias"* que le fueron realizadas a través de Western Unión desde el 1° de enero de 2010 al 12 de octubre de 2018, que advierten 130 movimientos, de los cuales 55 aparecen al nombre del causante Ricardo Cadena Ronderos (fls. 76 a 80).

Al revisar y valorar en conjunto la totalidad de las pruebas aportadas, a juicio de la Sala no se encuentra acreditada con suficiencia la dependencia económica de la demandante respecto de su hijo fallecido, pues ningún documento o medio de prueba obrante en el proceso, menciona si quiera en un valor aproximado de cuáles eran los gastos de la demandante para el momento del fallecimiento del causante, lo que impide tener un punto de referencia para

establecer la necesidad de la ayuda que recibía la actora de su hijo fallecido.

Si bien las testigos referidas, señalaron que el causante era quien cubría la totalidad de los gastos de su madre, lo cierto es que dichas personas solo anuncian que les consta tal situación por los comentarios que realizaba la misma demandante, pero finalmente ninguna refirió que los hechos narrados les constaran por un conocimiento directo, pues dijeron no haber visitado la demandante en la ciudad de Lima Perú y cuando se encontraba en la ciudad de Bogotá solo la visitaban de manera esporádica, luego su dicho, a juicio de la Sala no resulta suficiente para tener por probado el requisito que se analiza.

De la misma manera, las declaraciones extra proceso rendidas no ofrecen mayor credibilidad, en cuanto éstas no corresponden a una versión espontanea, sino a un dictado de datos que se relatan en el mismo sentido, y tampoco refieren nada más allá de citar que conocen a la demandante desde hace varios años, pero no indican las razones por las cuales les consta de manera directa su dicho o en que momentos específicos de la vida de la demandante pudieron evidenciar el tipo de ayuda que recibía de su hijo fallecido.

Ahora bien, el dicho de GUILLERMO CADENA RONDEROS, hijo de la demandante, tampoco aporta nada nuevo para resolver la controversia, pues sus afirmaciones también refieren de manera genérica que el causante era quien solventaba las necesidades de su madre, pero no señaló puntualmente cual era la periodicidad de la ayuda y si esa ayuda era únicamente para que su madre pudiera permanecer en la ciudad Lima.

Las pruebas documentales, tampoco establecen nada relativo al presupuesto del hogar, ni del valor del aporte que realizaba el causante, pues no se adjuntaron pruebas en ese sentido, luego no

existe un punto de referencia para establecer el valor de los gastos de la demandante y definir si la ayuda de su hijo fallecido era necesaria para su subsistencia.

La totalidad de las pruebas referidas, a juicio de la Sala, no son suficientes para concluir en la dependencia de la demandante respecto del causante, para el momento en que éste falleció, pues lo único que acreditan es que el afiliado fallecido RICARDO CADENA RONDEROS ayudaba a su madre, pero no se logró establecer el monto de la ayuda para determinar su necesidad. Nótese, que la sabana del record de transferencias que se le realizaban a la demandante a través de Western Union (fls. 76 a 80), muestran que durante el último año de vida del causante, éste no era el único que realizaba aportes a su madre y los envíos eran variables.

Así las cosas, concluye la Sala que no se probó la necesidad que tenía la demandante de la ayuda que hubiera brindado el hijo en vida por ser necesaria para asegurar su subsistencia. La carga de probar tales hechos la tenía la demandante, según lo dispone el artículo 167 del GCP y como no cumplió con esta carga procesal se revocará la sentencia de primera instancia que llegó a una conclusión diferente.

Sin costas en ambas instancias.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, en su lugar ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en contra, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 009 2019 00314 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021, por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

YUSMIDIA SOLANO SUAREZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 22 de octubre de 1959; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 21 de abril de 19680 y el 1° de enero de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 208.86 semanas; que el 19 de mayo de 2003, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 11 de febrero de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante y frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, compensación y prescripción (fls. 49 a 67).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación e inexistencia de la obligación (fls. 90 a 122).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 2 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

"PRIMERO: DECLARAR *LA INEFICACIA del traslado que realizó la demandante YUSMIDIA SOLANO SUAREZ entre el RPM administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. el 19 de mayo de 2003.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANADE PENSIONES – COLPENSIONES el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de YUSMIDIA SOLANO SUAREZ, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. todos los valores que le fueran trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando la historia laboral de la demandante y las correspondientes semanas, de conformidad con la parte motiva.* ***CUARTO: DECLARAR*** *NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas en sus escritos de contestación.* ***QUINTO:*** *Las costas estarán a cargo de PORVENIR S.A. tásense por secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.* ***SEXTO****: Remítase este asunto ante la sala de decisión del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, conforme lo prevé el artículo 69 del CPT y SS"*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para

resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que en el presente asunto no se acreditó la existencia de vicio en el consentimiento alguno en el acto de traslado de la actora, ni tampoco la existencia de mala fe por parte de la AFP demandada. Señala que la demandante no tenía una expectativa legitima en el RPM porque no era beneficiaria del régimen de transición y además se encuentra dentro de una prohibición legal para regresar al RPM.

La apoderada de la demandada PORVENIR solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que dentro del proceso no se acreditó que el asesor de la entidad hubiere actuado de mala fe al momento de asesorar a la demandante en su proceso de traslado de régimen pensional y ello se deduce de la suscripción del formulario donde la actora manifiesta que lo firma de manera libre y voluntaria y acepta que conoce las condiciones del RAIS, lo que representa plena prueba de la información suministrada en su momento. Sobre la condena a la devolución de los gastos de administración aduce que estos descuentos se encuentran debidamente autorizados en la ley y no corresponden al afiliado ni están destinados a financiar la pensión, por lo que es improcedente su devolución y en dado caso serían susceptibles de la aplicación del término trienal de prescripción.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Del mismo modo el apoderado de la AFP PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 22 de octubre de 1959 (fl. 13); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 21 de abril de 1980 y el 1° de enero de 1994, por un total de 208.86 semanas (fl. 282); ***iii)*** que el 19 de mayo de 2003, se trasladó al

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (flS. 132 y 134); ***iv)*** que el 15 de febrero de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 16).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer

la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar

suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora YUSMIDIA SOLANO SUAREZ se trasladó a la AFP PORVENIR el 19 de mayo de 2003, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 2 min. 09:53), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado se posesionó en

la sede Caribe de la Universidad Nacional, donde le indicaron que debía afiliarse a PORVENIR, en la oficina de recursos de humanos le entregaron los formularios que debía suscribir para salud, pensión y cesantías, pero no había ningún asesor en el lugar, nadie le dijo o la previno de que esa afiliación obedecía a un traslado de régimen pensional y los efectos que tendría firmar dicho documento.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las

consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: YUSMIDIA SOLANO SUAREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2019 00314 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la 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, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 009 2020 00037 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la parte demandante sobre la sentencia proferida el 25 de mayo de 2021 por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSE ALFONSO BUITRAGO CASTELLANOS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañera permanente VERONICA ROJAS NARANJO. Pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su favor a partir del 16 de febrero de 2018, junto con las mesadas adicionales correspondientes, retroactivo pensional, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que convivió con VERONICA ROJAS NARANJO desde el mes de septiembre del año 1995 hasta el día de su fallecimiento ocurrido el 16 de febrero de 2018, atendiendo la enfermedad de la causante y quien la acompañó durante sus últimos años de vida; que solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y dicha entidad mediante Resolución SUB 2515373 del 14 de agosto de 2018 negó la prestación solicitada; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior decisión y éstos fueron resueltos de manera desfavorable mediante Resoluciones SUB 232516 del 4 de septiembre de 2018 y SUB 55076 del 2 de marzo de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la fecha de fallecimiento de la causante y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, improcedencia de intereses moratorios e indexación, buena fe y prescripción (fls. 35 a 39).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 25 de mayo de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante JOSE ALFONSO BUITRAGO CASTELLANOS, por lo considerado. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación formulada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –*

COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. ***TERCERO: COSTAS.*** *Las costas serán a cargo de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de $200.000 de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura. CUARTO: De no ser apelada la presente decisión, remítase ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, conforme lo establecido en el artículo 69 del CPTSS"*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si el demandante acreditó la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes que reclama. Para resolverlo indicó que el actor no acreditó los requisitos definidos en la Ley 797 de 2003 para causar el derecho que reclama, en cuanto no probó haber convivido con la causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento. Señaló que las pruebas son insuficientes para acreditar incluso, que hubiese existido convivencia entre la pareja.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de parte demandada solicita que se confirme la decisión de primera instancia que negó el reconocimiento de la pensión reclamada.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si el demandante JOSE ALFONSO BUITRAGO CASTELLANOS acreditó la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes que reclama.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que VERONICA ROJAS NARANJO falleció el día 16 de febrero de 2018 (fl. 4); ***ii)*** que mediante Resolución SUB 55076 del 2 de marzo de 2019, COLPENSIONES negó al demandante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de la afiliada VERONICA ROJAS NARANJO (fls. 13 a 15 y 20 a 22).

- **De la Pensión de Sobrevivientes**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la causante falleció el 16 de febrero de 2018, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003,

disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso.

Sobre el requisito de convivencia que define la citada norma para el cónyuge o compañero supérstite del pensionado, es pertinente aclarar que en sentencia SU 149 de 2021, la Corte Constitucional definió que esta disposición es aplicable por igual tanto al grupo familiar del afiliado como del pensionado y por ello en casos en que se resuelve el derecho a la pensión de sobrevivientes, indistintamente de que se trate de un afiliado o pensionado, deberá verificarse el cumplimiento de esta exigencia en quien aduzca la condición de compañera o cónyuge del causante. Dijo la Corte en dicha providencia, que este requisito es el medio adecuado previsto por el legislador, para garantizar que esta prestación se reconozca a quienes integran de manera cierta el grupo familiar del afiliado y no a personas que de manera ilegítima o artificiosa reclaman el reconocimiento de este derecho.

Teniendo en cuenta el anterior soporte normativo y jurisprudencial, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor del demandante. Para llegar a la anterior conclusión se advierte que las pruebas del expediente no acreditan que JOSE ALFONSO BUITRAGO CASTELLANOS y la causante hubieren convivido dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento de ésta.

Al efecto, JONATHAN ANDRES LOPEZ ESGUERRA (Cd. 3, audio 1, min. 32:35) y SANDRA MILENA AZCARATE ZULUAGA (Cd. 3, audio 1, min. 48:36), manifestaron haber sido vecinos de la pareja y refirieron que siempre los vieron juntos, que convivían en la misma casa y su comportamiento era como el de una pareja de esposos, no obstante, tales afirmaciones no resultan relevantes

para el objeto de la controversia, en cuanto la causante falleció en el año 2018, y en sus declaraciones solo precisaron haber sido vecinos, el primero de ellos aproximadamente hasta el año 2016, y la segunda hasta el año 2013, pero no les consta que dicha unión se mantuviera hasta el fallecimiento de la causante, pues al respecto sus afirmaciones fueron genéricas y contradictorias, pues ni si quiera tienen clara una fecha aproximada del fallecimiento de VERONICA ROJAS NARANJO.

Además de lo anterior, las declaraciones rendidas por los testigos resultan contradictorias con lo manifestado por el mismo demandante en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 3, audio 1, min. 08:47), quien afirmó haber convivido con la causante aproximadamente desde el año 1998 hasta el año 2012, y haber estado casado con MARTHA LILIANA ACUÑA, con quien convivió por lo menos desde el año 2015 hasta el año 2017, según sus mismas declaraciones.

Revisada la totalidad de las pruebas aportadas, incluyendo las grabaciones y demás diligencias adelantadas por COLPENSIONES dentro de la investigación adelantada para definir si otorgaba o no la pensión de sobrevivientes al demandante (Cd. 1), lo único que se extrae son una serie de contradicciones en las afirmaciones realizadas por el demandante al momento de solicitar el reconocimiento de la prestación ante la entidad demandada y las declaraciones rendidas dentro de este proceso judicial. No puede pasar por alto la Sala que consta en la declaración rendida por MARTHA LILIANA ACUÑA a COLPENSIONES, dentro de la investigación adelantada, que ésta convivió con el demandante desde el año 2013 hasta el año 2016, y que durante dicho lapso no tuvo conocimiento de que JOSE ALFONSO BUITRAGO conviviera con alguien más.

Así las cosas, de una valoración conjunta de las pruebas que obran en el expediente, no se obtiene certeza de que el demandante

hubiera convivido con la causante dentro de los 5 años anteriores a su fallecimiento, pues además de las inconsistencias referidas, el mismo actor refirió que la convivencia se había extendido hasta el año 2012 y aunque manifestó con posterioridad que había convivido con VERONICA ROJAS hasta su fallecimiento, lo cierto es que no existe prueba alguna que soporte su dicho.

Por las anteriores razones se confirmará la decisión de primera instancia, como se anunció.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 018 2019 00226 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidos (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 13 de abril de 2021, reconstruida en audiencia celebrada el 11 de marzo de 2022, por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JUAN MANUEL OSORIO ACEVEDO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 17 de noviembre de 1961, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 21 de mayo de 1984 y el 30 de septiembre de 1987, y cotizó a dicha entidad un total de 240.29 semanas; que el 17 de julio de 1996, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que el 1° de junio de 2010, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL, y posteriormente, el 30 de abril de 2019, se trasladó nuevamente a la AFP PORVENIR; que ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca recibió información sobre la distribución de la cotización, ni de la oportunidad que tenía para regresar al RPM. Por último, señala que mediante escrito del 18 de febrero de 2019, solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y la afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y pago (fls. 64 a 74).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su afiliación inicial a dicha entidad, frente a

los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 87 a 97).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad del actor, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 111 a 118).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 13 de abril de 2021, reconstruida en audiencia celebrada el 11 de marzo de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por JUAN MANUEL OSORIO ACEVEDO del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento*

de realizarse la transferencia. ***TERCERO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.* ***CUARTO: DECLARAR*** *NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.* ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., y COLPENSIONES, y a favor del demandante, en la suma de un millón de pesos m/cte ($1.000.000).* ***SEXTO: REMITIR*** *copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.* ***SÉPTIMO:*** *En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP deben demostrar el cumplimiento del deber de información, pues éste constituye un requisito de validez del acto del traslado, dijo que la Corte define este requisito como la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a los afiliados sobre las implicaciones del traslado. Señaló que en el caso bajo estudio las AFP demandadas tenían la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación y como no la cumplieron resulta procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que no se configura causal de ineficacia alguna en el caso bajo estudio, en cuanto la entidad cumplió de manera plena con las obligaciones a su cargo como administradora y

ello se refleja en la suscripción del formulario de afiliación por parte del demandante, documento plenamente válido en cuanto no fue tachado y corresponde a la manifestación de voluntad del actor. Señaló que la entidad siempre garantizó el derecho de retracto al demandante y todas sus actuaciones fueron de buena fe.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió

con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 17 de noviembre de 1961 (fl. 25); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 21 de mayo de 1984 y el 30 de septiembre de 1987 por un total de 175.43 semanas (fl. 39); ***iii)*** que el 17 de julio de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR (fl. 26); ***iv)*** que el 1° de junio de 2010, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (fl. 27); ***v)*** que el 30 de abril de 2019, se trasladó nuevamente a la AFP PORVENIR (fl. 121); ***vi)*** que el 18 de febrero de 2019, solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM (fl. 43).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema

Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***

Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen

del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor JUAN MANUEL OSORIO ACEVEDO se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR el 17 de julio de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (audio, min. 09:16), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado laboraba en el Ministerio de Relaciones Exteriores y allí llegó una asesora de PORVENIR, quien en una reunión de 5 minutos le explicó que los ahorros de su pensión corrían riesgo en el ISS por la mala situación financiera que atravesaba la entidad, que la vinculación a un fondo privado le garantizaría su acceso a la pensión y protección de las semanas que llevaba cotizadas en el ISS y que en general obtendría mayores beneficios pensionales.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva,

suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias

utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores antes referidos, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP OLD MUTUTAL S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. Como el juez de primera instancia no se pronunció al efecto se adicionará la sentencia de primera instancia en este sentido.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter

declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP OLD MUTAL debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías

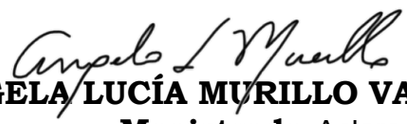
judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JUAN MANUEL OSORIO ACEVEDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2019 00226 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la 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, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 018-2019-00454-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del demandante **JHONY CRISTIAN BECERRA** contra la sentencia del 02 de marzo de 2021 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo del 23 de febrero de 2010 y el 21 de febrero de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió de las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE** (41:09 archivo "*17.1Audiencia*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivos "*003Demanda*" y "*006EscritoDeSubsanacion*").**

JHONY CRISTIAN BECERRA, en nombre propio y de sus dos hijos menores **EMILY BECERRA HIGUERA** y **ALLISON BECERRA HIGUERA**, demandó a **MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S.** y solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 23 de febrero de 2010; que el 06 de mayo de 2011, sufrió un accidente de trabajo, que la demandada no acató las recomendaciones de la ARL, no lo protegió, lo sometió a condiciones

que afectaron su salud y el 21 de febrero de 2019 le terminó el contrato de trabajo por su estado de salud, violando el fuero de estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, condenar al pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1996, salarios dejados de percibir, perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante consolidado, daños morales sufridos por los demandantes, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 23 de febrero de 2010 celebró contrato individual de trabajo a término indefinido con la **DEMANDADA**, que desarrolló varios cargos y su último salario fue $2.060.000. Señaló que mientras ejerció el cargo "*desarrollo de cliente RDC*", el 06 de mayo sufrió accidente de trabajo mientras levantaba un bulto de azúcar, el cual le afectó su región lumbar, siniestro que se reportó a ARL COLPATRIA mediante consecutivo 20110028629 y que guardó relación de causalidad entre los factores de riesgos y el cargo desempeñado, quien emitió un concepto de aptitud laboral el 22 de septiembre de 2011, el cual incluyó recomendaciones y restricciones laborales, las cuales conoció su empleador, no obstante, **MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S.** le ordenó desarrollar funciones disimiles a sus cargos y lo expuso a riesgos laborales, al someterlo a entornos laborales sin relación de idoneidad ni de adecuación conforme la SST, lo cual afectó su salud, de otra parte, no lo capacitó para el manejo de carga pesada desde el piso, no le asignó elementos de protección, ni puso a su disposición los instrumentos adecuados para realizar sus funciones, incumpliendo el empleador su deber de procurar la salud del trabajador. Posteriormente, el 21 de febrero de 2019 la **DEMANDADA** terminó su contrato de trabajo por su estado de salud, el cual le dificultó el normal desarrollo de sus funciones, sin autorización previa del Ministerio de Trabajo.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo "*011ContestacionDeDemanda*").**

MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S. se opuso a las pretensiones condenatorias en su contra. Aceptó como ciertos los hechos relativos

a la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 23 de febrero de 2010 al 21 de febrero de 2019 y que el último salario fue $2.060.000. Indicó que el 06 de mayo de 2011 el **DEMANDANTE** sufrió un accidente de trabajo, sin embargo, tal evento se reportó a ARL COLPATRIA y solo generó 05 días de incapacidad, de otra parte, la ARL determinó que la patología de columna del demandante tiene origen común e impuso unas recomendaciones laborales temporales, vigentes solo del 22 de septiembre de 2011 al 22 de octubre de 2011, definiendo al trabajador como apto con recomendaciones, pero sin ninguna restricción laboral, sin que posteriormente se expidiera otras observaciones, a su vez, el examen de egreso solo realizó una recomendación especifica relativa a seguir el control en la EPS y nunca se calificó la pérdida de capacidad laboral y ocupacional del trabajador, por ende, no puede reclamar que estaba discapacitado al momento de la terminación del contrato de trabajo. Aseguró que el **DEMANDANTE** siempre estuvo capacitado para cumplir sus funciones y sobre los riesgos propios de los cargos que desempeñó, a la vez que los entornos laborales se ajustaron al SG-SST, le entregó los elementos necesarios para cumplir las funciones, por último, señaló que usó la facultad de despedir, sin justa causa y a cambio del pago de una indemnización, decisión ajena al presunto estado de salud del trabajador. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (41:09 archivo "*17.1Audiencia*").

El 02 de marzo de 2021, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *que el contrato de trabajo existente entre el señor* ***JHONY CRISTIAN BECERRA****, en calidad de trabajador y la sociedad* ***MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S.****, en calidad de empleador, estuvo vigente entre el 23 de febrero del año 2010 y el 21 de febrero del 2019, desempeñando como último cargo el de analista m40+, de conformidad con las motivaciones que anteceden.* ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a la sociedad demandada* ***MAKRO SUPERMAYORISTA***

***S.A.S.**, de todas y cada una de las pretensiones elevadas por el señor **JHONY CRISTIAN BECERRA** Y LAS MENORES **ALISON BECERRA HIGUERA** y **EMILY BECERRA HIGUERA**, quienes estar representadas legalmente por sus progenitores **JHONY CRISTIAN BECERRA** y ANDREA DEL PILAR HIGUERA MEDINA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación, atendiendo lo analizado en esta providencia y relevándose el despacho del estudio de los demás medios exceptivos propuestos. **CUARTO: COSTAS** a la parte vencida, parte demandante, señalando como agencias en derecho la suma de $300.000. **QUINTO:** contra la presente decisión, procede el recurso de apelación. (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, si el despido fue ilegal por vulnerar el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud y a declarar la responsabilidad por culpa patronal o si, por el contrario, se configuraron las excepciones propuestas.

Como fundamento fáctico indicó que no hubo duda de la existencia del contrato de trabado y sus extremos temporales. En cuanto el fuero de estabilidad laboral reforzada, indicó que el 06 de mayo de 2011 el **DEMANDANTE** sufrió accidente de trabajo y que tuvo recomendaciones por ARL en 2011 y 2012 y `por EPS en 2014 y 2016, así como la asistencia a terapías, sin embargo, solo se acreditaron 05 días de incapacidad, de lo cual se infiere que siguió prestando su servicio con normalidad, conforme señalaron las partes en interrogatorio y el testimonio de la Gerente de Compensación y Servicios de la **DEMANDADA**, por lo cual no se acreditó una limitación ni siquiera moderada y a la fecha de la terminación del contrato, el trabajador no estaba incapacitado, calificado ni en ninguna otra situación de la cual se infiera una afectación grave de salud. En cuanto la culpa patronal, indicó que se acreditó un accidente de trabajo, pero no la culpa del empleador, quien allegó prueba documental del cumplimiento diligente de su deber de protección y cuidado, entre ellas los programas de inducción al **DEMANDANTE** en manejo de tienda y de cargas, siendo que la investigación del accidente de trabajado determinó que la función de levantar cargas si hacía parte del cargo

del trabajador, por lo cual no se acreditó la responsabilidad reclamada.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo. Indicó que la *a quo* incurrió en 05 errores de hecho, al dar por no probados, a pesar de estarlo, los siguientes hechos: ***i)*** los elementos que configuran la culpa patronal, derivada del accidente de trabajo por la orden de realizar tareas no incluidas en el cargo; ***ii)*** el daño, consistente en limitaciones físicas, derivado del accidente de trabajo; ***iii)*** los perjuicios morales derivados del accidente de trabajo, al no poder realizar las tareas que antes efectuaba los fines de semana; ***iv)*** la liquidación ilegal del contrato de trabajo, porque a pesar de no haber dictamen, el demandante tenía hernia discal; ***v)*** la mala fe de la **DEMANDADA**, quien ordenó levantar cargas a pesar que esto no era función del trabajador. Así las cosas, se desdibujó el análisis probatorio, el cual acredita un constante cambio de funciones y responsabilidades y el desarrollo de funciones que no eran propias del cargo, lo cual generó exposiciones a factores de riesgo en distintos entornos laborales y generó el accidente de trabajo y la culpa patronal por la omisión del empleador de cuidar la salud del trabajador, siendo que la limitación fue la que impidió cumplir funciones, ante lo cual se usó la facultad para despedir para esconder la terminación ilegal del contrato (53:24 archivo "*17.1Audiencia*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el doctor Juan Fernando Escandón García, identificado con CC 80.759.362 y TP 184.951 del CSJ reasumió como apoderado principal de la demandada **MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S.** y solicitó confirmar el fallo apelado, toda vez que el **DEMANDANTE** no tenía fuero de estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación de su contrato de trabajo, de otra parte, tampoco se configuraron los requisitos de la culpa patronal.

Agotado el término, el apoderado del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al **DEMANDANTE** a declarar que tenía fuero de estabilidad laboral reforzada por salud al momento de la terminación de su contrato de trabajo, así como la responsabilidad de la **DEMANDADA** por culpa patronal, para establecer la procedencia de accedes a las pretensiones, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** el 23 de febrero de 2010, el demandante **JHONY CRISTIAN BECERRA**, como trabajador y la demandada **MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S.**, como empleador, celebraron contrato de trabajo a término indefinido (pág. 34 a 36 archivo "*011ContestacionDeDemanda*"); ***ii)*** el 06 de mayo de 2011, el **DEMANDANTE** sufrió accidente de trabajo, el cual reportó la **DEMANDADA** mediante reporte del 07 de mayo de 2011 (pág. 42 a 44 archivo "*011ContestacionDeDemanda*"); ***iii)*** el 21 de febrero de 2019, la **DEMANDADA**, de forma unilateral y sin justa causa, terminó el contrato de trabajo del **DEMANDANTE** (pág. 333 archivo "*011ContestacionDeDemanda*").

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo del 23 de febrero de 2010 y el 21 de

febrero de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió de las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE**.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que la *a quo* incurrió en 05 errores de hecho, al dar por no probados, estándolo, los siguientes hechos: ***i)*** los elementos que configuran la culpa patronal por el accidente de trabajo derivado de la orden de realizar tareas no incluidas en el cargo; ***ii)*** el daño derivado del accidente de trabajo, ***iii)*** los perjuicios morales derivados del accidente de trabajo, ***iv)*** la liquidación ilegal del contrato de trabajo por la hernia discal del trabajador; ***v)*** la mala fe de la **DEMANDADA** por ordenar actividades que no eran propias del cargo del trabajador, lo cual generó una exposición al riesgo y el accidente de trabajo, lo cual generó una limitación que impidió cumplir las funciones, ante lo cual se usó el despido para esconder la terminación ilegal del contrato.

Procede la Sala a resolver el primer punto de inconformidad elevado en el recurso de apelación, relativo a la existencia de culpa patronal, conforme las siguientes consideraciones:

- **Sobre la responsabilidad por culpa patronal.**

El artículo 56 CST consagró la obligación del empleador de brindar protección y seguridad a sus trabajadores, por otra parte, el artículo 57 *ibídem* obliga a todo empleador a poner a disposición de sus trabajadores los instrumentos adecuados para realizar las labores y procurarles locales apropiados y elementos adecuados de protección contra accidentes y enfermedades profesionales, para así garantizar razonablemente la seguridad y salud de los trabajadores.

Las anteriores obligaciones concuerdan con el artículo 348 CST, el cual disponer que todo empleador y empresa están obligados a suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de sus trabajadores, así como practicar los

exámenes médicos a su personal y adoptar las medidas de higiene y seguridad indispensables para proteger la vida, salud y moralidad de sus trabajadores.

Así las cosas, por mandato legal, el empleador tiene la obligación de garantizar y procurar la seguridad y salud de sus trabajadores, motivo por el cual el artículo 216 CST señala que de existir culpa suficientemente probada del empleador, en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional de su trabajador, será entonces el empleador obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Sobre la naturaleza y alcance de la precitada responsabilidad por "*culpa patronal*", la H. CSJ diferencia la responsabilidad objetiva de las ARL de reconocer las prestaciones del Sistema de Riesgos Laborales, de la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios, consagrada en el artículo 216 CST, por la cual el empleador debe resarcir, de forma plena e integral, todos los perjuicios sufridos por el trabajador por la materialización de un riesgo laboral, siempre y cuando medie culpa del empleador, suficientemente probada, en la ocurrencia del daño, tal y como ha señalado en las sentencias SL Rad 39.446 del 14 de agosto de 2012, SL17058 de 2017, SL806 de 2022, entre otras.

Ha señalado la H. CSJ que la responsabilidad por culpa patronal surge solo si se acredita: ***i)*** la culpa leve del empleador o, en casos excepcionales, su culpa grave ante casos de riesgo excepcional, por negligencia, imprudencia o impericia, en la materialización de los riesgos genéricos y específicos que dan lugar al accidente de trabajo o enfermedad profesional; ***ii)*** el daño cierto, cuantificable y antijurídico del trabajador, generado por causa o con ocasión del trabajo; ***iii)*** el nexo de causalidad entre el daño y la culpa probada del empleador. Dichos requisitos han sido reiterados en las sentencias SL6497 de 2015, SL1911 de 2019, SL2513 de 2021, SL5656 de 2021, entre otras.

Respecto la carga de la prueba, la H. CSJ señala que corresponde al **DEMANDANTE** acreditar la culpa del empleador por incumplir la

obligación de protección y cuidado de sus trabajadores, mientras que el **DEMANDADO** tiene la carga de demostrar el cumplimiento diligente y cuidadoso de dicha obligación para exonerarse de responsabilidad, conforme los artículos 1604 1757 CC y 167 CGP. La precitada regla jurisprudencial ha sido reiterada en las sentencias SL4913 de 2018, SL261 de 2019, SL2845 de 2019, SL5154 de 2020, SL1194 de 2022, entre otras.

De forma excepcional, cuando el **DEMANDANTE** alega que la culpa del empleador deriva de negligencia u omisión, se traslada al **DEMANDADO** la carga de demostrar que adoptó medidas pertinentes para proteger la salud y la integridad física del trabajador, tal como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL5154 de 2020, SL5302 de 2021, SL806 de 2022, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte esta Sala que el **DEMANDANTE** argumentó, en su recurso de apelación, que la *a quo* incurrió dio por no probado, a pesar de estarlo, los elementos de la culpa patronal, el daño, perjuicios morales y mala fe del empleador, quien ordenó tareas ajenas al cargo del **DEMANDANTE**, lo cual generó riesgos que derivaron en el accidente de trabajo del trabajador.

Revisado el expediente, no hay duda que el 06 de mayo de 2011 el **DEMANDANTE** sufrió accidente de trabajo, consistente en lesión de espalda al levanta un bulto de azúcar, tal y como fue reportado ante la ARL (pág. 42 a 44 archivo "*011ContestacionDeDemanda*").

Señala la tesis de apelante que el empleador incurrió en culpa en la generación del precitado accidente, ya que le ordenó tareas ajenas a su cargo.

Para sostener su tesis, el **DEMANDANTE** aportó certificado laboral de cargos desempeñados en la compañía, el cual refleja que para la fecha del accidente de trabajo, esto es, el 06 de mayo de 2011, se desempeñaba como "*representante desarrollo de clientes RDC*" (pág.

41 archivo "*003Demanda*"). De otra parte, RUTH CONSTANZA PINZÓN VIDUEÑAS, quien rindió testimonio señalando que perteneció al área de recursos humanos de la **DEMANDADA** para la fecha del accidente de trabajo, indicó que no era responsabilidad del RDC levantar cargas (59:53 archivo "*15.1Audiencia*").

A pesar de lo anterior, un análisis integral de todos los medios de prueba practicados descarta la tesis del **DEMANDANTE** de que no había parte de sus funciones el levantamiento de peso.

En primer lugar, el informe de investigación del accidente de trabajo, elaborado el 12 de mayo de 2011 con participación de la testigo RUTH CONSTANZA PINZÓN VIDUEÑAS, indicó que el agente de la lesión era propio del trabajo, ya que el accidente se causó durante la labor de reintegro en el piso de venta (área de mayoristas), cuando el **DEMANDANTE**, con ayuda de otro compañero, levantó un bulto de azúcar, cometiendo el acto inseguro de mal manejo de carga (pág. 42 a 44 archivo "*011ContestacionDeDemanda*").

De otra parte, la testigo KATHERINE ROCHA FANDIÑO, en su calidad de jefe de Seguridad y Salud en el Trabajo de la **DEMANDADA**, indicó que en desarrollo de su labor conoció el caso del **DEMANDANTE** durante el comité mensual que verifica la salud de los trabajadores y que por ello conoció sobre el accidente de trabajo de mayo de 2011 y su investigación, lo cual le permitió concluir que dicho accidente ocurrió por un mal manejo de carga, siendo que la manipulación de carga es inherente al cargo RDC, porque ello hacen apoyo al piso de venta y por ello puede apoyar el proceso de reintegro de mercancía (02:09:52 archivo "*15.1Audiencia*").

A su vez, la testigo MARIA EUGENIA GONZÁLEZ CHAPARRO, quien se desempeñó como líder del Área de Seguridad y Salud en el Trabajo de la **DEMANDADA** conoció el caso del accidente de trabajo del **DEMANDANTE**, señaló que el mismo ocurrió por levantamiento de carga, siendo que el levantamiento de peso era parte de las funciones

del **DEMANDANTE**, por cuanto el RDC apoyaban tienda cuando no estaban en la calle visitando tenderos o clientes (01:26:27, 01:32:13 archivo "*15.1Audiencia*").

Los elementos de prueba antes citados permiten inferir, de forma razonable, que el cargo ocupado por el **DEMANDANTE** al momento del accidente de trabajo, dentro de sus funciones, incluía el apoyo de labores a tienda, lo cual involucraba el manejo de cargas (mercancía), hecho que desvirtúa la tesis del apelante.

Sin perjuicio de lo anterior y solo en gracia de discusión, aún en el caso de que se hubiera demostrado que el accidente de trabajo ocurrió al desarrollar una función ajena al cargo, ello no conllevaría a declarar la culpa patronal, por la sencilla razón de que el apoderado del **DEMANDANTE** no acreditó un daño al trabajador, que fuera de origen laboral.

En efecto, revisada la demanda, no pasa por alto esta Sala que el accidente de trabajo generó sólo 05 días de incapacidad, tal y como se acredita de la revisión de la historia clínica aportada con la demanda (pág. 33, 38, 40 archivo "*003Demanda*"), por lo que el 22 de septiembre de 2011, la ARL COLPATRIA profirió concepto de apto con recomendaciones, con vigencia de un solo mes, entre las cuales ordenó continuar estudio y manejo de patología de base por la EPS, lo cual permite concluir, razonablemente, que los diagnósticos evidenciados en la resonancia magnética del 15 de junio de 2011 fueron catalogados como de origen común (pág. 55 y 56 archivo "*011ContestacionDeDemanda*").

El origen común de las patologías del **DEMANDANTE** explica porqué con posterioridad a septiembre de 2011, las atenciones médicas y recomendaciones ocupacionales a favor del trabajador fueran expedidas por EPS y no por ARL, lo cual descarta que aquellas afectaciones de salud derivaron por causa o con ocasión del accidente

de trabajo (pág. 31 y 44 archivo "*003Demanda*", pág. 45 a 50 archivo "*011ContestacionDeDemanda*").

Los anteriores elementos de prueba, sumados a la ausencia probatoria de cualquier otro elemento que acreditara que las afectaciones de salud del **DEMANDANTE** fueran de origen laboral, conllevan a descartar la culpa patronal reclamada, aún en el evento de que hubiera sido acreditado que el accidente de trabajo de 2011 se generó por la realización de labores ajenas al cargo.

Descartada la posibilidad de declarar la culpa patronal, procede la Sala a resolver el segundo punto de inconformidad del apelante, a saber, que el despido del **DEMANDANTE** vulneró el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud, para lo cual resultan relevantes las siguientes consideraciones:

- **Sobre el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagra la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Por su parte, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, sin autorización previa del Ministerio de Trabajo, careciendo de todo efecto la terminación efectuada sin considerar tal prohibición, conforme la interpretación obligatoria de dicha norma que adoptó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de esta protección laboral es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente, se consideró que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud se activa cuando se acredita una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, exigir un grado de limitación de

al menos el 15% es válido cuando se refiere a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL2841 de 2020, SL5427 de 2021, SL582 de 2022, SL822 de 2022, entre otras.

Hoy en día, el concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide en forma sustancial la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1º de la Ley 762 de 2002, el artículo 1° de la Ley 1346 de 2009 y la Ley 1618 de 2013.

Conforme la actual definición de discapacidad, en la sentencia SL260 de 2019 la H CSJ señaló que el fuero se activa cuando el trabajador acredita una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% o cuando ante la falta de calificación, logra acreditar que su estado de salud le impide o limita su capacidad de trabajo, posición reiterada en las sentencias SL572 de 2021, SL1404 de 2021 y SL4228 de 2021, SL822 de 2022, entre otras, en las cuales la Alta Corte afirmó que en virtud del principio de libertad probatoria, cuando no hay calificación y se desconoce el grado concreto de limitación, se puede inferir la situación de discapacidad de hechos como una incapacidad prolongada, tratamientos médicos especializados, restricciones o limitaciones laborales, conceptos desfavorables de rehabilitación o cualquier otra situación que acredite una notoria, evidente y perceptible afectación, grave y severa, de la salud del trabajador, la cual limita la realización de su trabajo.

La anterior posición concuerda con la de la H. Corte Constitucional, quien en la sentencia C-824 de 2011 indicó que la estabilidad laboral reforzada se extiende a las personas en estado de debilidad manifiesta causada por un estado de salud que les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente de si han sido calificadas. Así mismo, en las sentencias SU-049 de 2017 y SU-380 de

2021, se reafirmó que este fuero cobija no solo a quienes han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, sino también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, porque ambos grupos poblacionales tienen el derecho a conservar su empleo y beneficiarse de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo cuando ocurre una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo.

Es importante precisar que tanto la H. CSJ como la H. Corte Constitucional exigen que además de acreditar la situación de discapacidad, el empleador debe conocer dicho estado o al menos acreditar factores que permitan inferir razonablemente que era notorio tal conocimiento, tal y como se indicó en las sentencias SU-049 de 2017 y SU-380 de 2021, SL753 de 2022, SL856 de 2022, SL1159 de 2022, entre otras. Así mismo, la sentencia SL5181 de 2019 la H. CSJ indicó que no se requiere un carnet de EPS o un dictamen de capacidad laboral para demostrar tal conocimiento del empleador, ya que el carácter finalista del fuero conlleva a que si se demuestra que el empleador conoció, por cualquier medio, de una seria y grave afectación de salud del trabajador, entonces está obligado a ejercer cuidadosamente su potestad de terminar el contrato de trabajo, apoyándose previamente en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su empleado, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando a las Entidades respectivas el análisis del caso.

En cuanto la carga de la prueba de este fuero, la H. CSJ señaló en la sentencia SL1360 de 2018 que la finalidad de esta protección es evitar la discriminación del trabajador por su estado de salud, por tanto, si la finalización del contrato obedece a razones objetivas no relacionadas con la salud, entonces no opera el amparo y subsecuentemente no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo, sin embargo, si el trabajador logra demostrar en juicio que sí estaba discapacitado, se presume que la finalización de su contrato fue

discriminatoria y el empleador deberá demostrar que tal acción obedeció a circunstancias objetivas y, de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz. Dicha posición ha sido ratificada en las sentencias SL1665 de 2021, SL1922 de 2021, SL2185 de 2021, SL753 de 2022, SL856 de 2022, SL1159 de 2022, entre otras.

Atendiendo las precitadas consideraciones, en el caso bajo estudio resulta relevante considerar la confesión del **DEMANDANTE**, quien bajo juramento indicó que al momento de su despido no estaba incapacitado y que no ha sido calificada su pérdida de capacidad laboral (37:23 y 40:33 archivo "*15.1Audiencia*"). De otra parte, si bien el **DEMANDANTE** aseguró durante su interrogatorio que aparte de la recomendación de septiembre de 2011 hubo otras cuatro recomendaciones, incluyendo una de finales de 2016 e inicio de 2017, así como recaídas fuertes e inclusive un periodo de incapacidad de más de 100 días (38:17, 41:33 y 51:00 archivo "*15.1Audiencia*"), con la demanda no se aportó ninguna prueba de dichas manifestaciones.

De otra parte, la **DEMANDADA** allegó copia de recomendaciones laborales de 2011, 2014 y 2016, de lo cual se infiere que a la fecha del despido, esto es, el 21 de febrero de 2019, ninguna de dichas recomendaciones estaba ya vigente (pág. 45 a 50, 56 archivo "*011ContestacionDeDemanda*").

Así las cosas, las únicas incapacidades acreditadas en el proceso datan de 2011, esto es, por lo menos 08 años antes del despido; del mismo modo, las últimas recomendaciones laborales fueron de 2016, esto es, 03 años antes del despido, a la vez que el propio **DEMANDANTE** reconoció que al momento de finalización de la relación laboral no estaba incapacitado e, inclusive, que no ha sido calificada su pérdida de capacidad laboral, elementos de prueba suficientes que permiten concluir, al igual que lo hizo la *a quo*, que no se configuró el fuero de estabilidad laboral reforzada reclamado por el apelante, por lo cual se rechaza dicha suplica.

Resueltos todos los puntos de inconformidad del apelante y, atendiendo las consideraciones efectuadas, esta Corporación confirmará la sentencia de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada.
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 019 2019 00482 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuesto por las apoderadas de PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 15 de octubre de 2021, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ISABEL PACHON PACHON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia

del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 20 de febrero de 1962; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 2 de enero de 1987 y el 30 de abril de 2000, y cotizó a dicha entidad un total de 444.71 semanas; que el 1° de mayo de 2000, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó que podía regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 8 de marzo de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de 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 y no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público (fls. 69 a 87).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le

constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de causal de nulidad de la afiliación, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación, buena fe, re-asesoría en el mes de diciembre de 2008 por parte de la AFP Protección y prescripción (fls. 98 a 103).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 15 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

"PRIMERO: DECLARAR *la INEFICACIA del traslado de la señora ISABEL PACHON PACHON identificada con C.C N 51.632.269, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., identificada con NIT N° 800.138.188-1, realizado el día 1° de mayo de 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.* ***SEGUNDO: DECLARAR*** *válidamente vinculada a la demandante ISABEL PACHON PACHON identificada con C.C N 51.632.269, al régimen de prima media prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 2 de enero de 1987, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, identificada con NIT N° 800.138.188-1 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con*

motivo de la afiliación de la señora ISABEL PACHON PACHON identificada con C.C N 51.632.269 de Bogotá, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. ***CUARTO: ABSOLVER*** *a las demandadas de las demás pretensiones principales incoadas en su contra, incluyendo la pretensión subsidiaria.* ***QUINTO:*** *Sin costas en esta instancia.* ***SEXTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA"*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de afiliación y que no es posible disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para el efecto.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que dentro del expediente no se acreditó que la actora hubiere sufrido algún tipo de engaño por parte del fondo para efectuar el traslado de régimen pensional. Señala, que la única razón que aduce la demandante para su regreso al RPM, es el valor de la mesada pensional y ello no constituye o configura un engaño o vicio del consentimiento, agrega que la actora recibió información completa y detallada sobre su situación pensional por parte de la AFP en el año 2008, cuando todavía estaba en término de regresar al RPM, y no lo hizo, que con dicho acto ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS y no puede pretender regresar en este momento cuando se encuentra incursa dentro de una prohibición legal.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la AFP PROTECCIÓN solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones y solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan las condiciones previstas en la jurisprudencia para declarar la ineficacia de traslado de régimen.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 20 de febrero de 1962 (fl. 29); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 2 de enero de 1987 y el 30 de abril de 2000, por un total de 444.71 semanas (Cd. 1); ***iii)*** que el 1° de mayo de 2000, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN (fl. 28); ***iv)*** que el 8 de marzo de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 40).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art.

114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información

calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con

radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una

ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ISABEL PACHON PACHON se trasladó a la AFP PROTECCIÓN el 1° de mayo de 2000, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

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

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en

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

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a PROTECCIÓN S.A. efectuada el 1° de mayo de 2000 (fl. 28), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró el cumplimiento diligente de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Ahora bien, no pasa por alto la Sala que PROTECCIÓN S.A. acreditó que con posterioridad al traslado y antes de la restricción de retorno al RPM por edad, informó a la demandante las características y condiciones de ambos regímenes pensionales, al punto que el 19 de diciembre de 2008 (fls. 104 y 105) le proyectó los eventuales montos de las mesadas en uno y otro y le indicó que era más favorable el RPM, todo ello antes del inicio de la restricción de traslado por edad, circunstancia que en principio permitiría

concluir que la demandante sí conoció que el RPM era más beneficioso y pese a ello decidió permanecer en el RAIS.

No obstante lo anterior, no puede desconocer el Tribunal que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia STL527 del 18 de enero de 2021, indicó que la reasesoría no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento del deber de información al momento del traslado, por cuanto en la sentencia SL1688 de 2019 concluyó que la oportunidad de la información se juzga al momento del traslado y no con posterioridad, motivo por el cual en sede de tutela dejó sin valor ni efecto una sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 en la que el suscrito fungía como ponente.

Por lo anterior, y en acogimiento de la postura jurisprudencial adoptada por el Tribunal de Cierre de nuestra especialidad ordinaria laboral, se concluye que en el caso bajo estudio, la AFP demandada no acreditó el cumplimiento diligente de la obligación de información y asesoría al momento del traslado de régimen en el año 2000.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará

la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental

irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deben ser indexados y que debe asumir con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

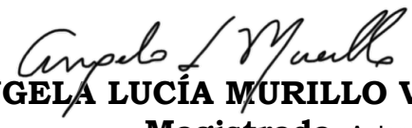
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaracion de voto 019 2019 00482 01

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
En Uso de Permiso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 019-2017-00525-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del demandante **JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ MORENO** contra la sentencia del 22 de abril de 2021 del Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió de todas las pretensiones de la demanda inicial, llamamiento en garantía y demanda de reconvención y no condenó en costas (20:00 archivo "*33.1Audiencia*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 18 archivo "*004Demanda*").**

JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ MORENO solicitó condenar a la AFP al reconocimiento de la pensión de invalidez desde octubre de 2007, por condición más beneficiosa, retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que cotizó en el ISS hoy COLPENSIONES 433,43 semanas entre el 1º de septiembre de 1975 al 31 de agosto de 1994, por tanto, al 1º de abril de 1994 contaba con más de 300 semanas, luego se afilio a HORIZONTE PENSIONES Y

CESANTÍAS hoy **PORVENIR S.A.** el 24 de agosto de 1994, con fecha de efectividad del 1º de septiembre de 1994, cotizando otras 48,57 semanas. Aseguró que mediante dictamen del 23 de junio de 2008, la AFP le determinó una PCL del 54,25% de origen común y con fecha de estructuración del 29 de enero de 2008, valoración que objetó, por ello, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA profirió el dictamen 19359017 del 30 de abril de 2009, el cual determinó una PCL del 55,65% de origen común y con FE del 02 de octubre de 2007. Posteriormente, con comunicación JB-08-7927 del 14 de octubre de 2008, la AFP rechazó reconocer la pensión de invalidez porque no se cotizaron 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, posición que reiteró la AFP en los oficios JB-09-10187 del 13 de agosto de 2009 y del 24 de marzo de 2011.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado del **DEMANDANTE** a AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, semanas cotizadas en el RAIS, calificación de invalidez y que negó la pensión de invalidez. Indicó que el **DEMANDANTE** no tiene 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez; luego, el 05 de junio de 2012, se radicó solicitud de devolución de saldos y el 22 de junio de 2012 canceló $31.113.491 por tal concepto. Interpuso las excepciones de falta de causa para pedir y cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas en juicio, cumplimiento de las obligaciones por la AFP, buena fe, mala fe del **DEMANDANTE**, compensación y prescripción (pág. 8 a 18 archivo "*012ContestacionDeDemanda*").

PORVENIR S.A. llamó en garantía a **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.** Indicó que contrató pólizas de seguro previsional para cubrir los riesgos de muerte e invalidez de sus afiliados, por ende, en caso de que se declare que el **DEMANDANTE** tiene derecho a la

pensión de invalidez, la llamada en garantía debe asumir dicho riesgo (Pág. 1 a 3 archivo "*012ContestacionDeDemanda*").

BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda inicial. Aceptó los hechos relativos al traslado del **DEMANDANTE** al RAIS, semanas cotizadas en la AFP, calificación de invalidez y negativa de reconocimiento pensional. Indicó que el afiliado no reúne la densidad mínima de semanas cotizadas para causar la pensión de invalidez. De otra parte, se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía, indicando que brindó a la AFP el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, no obstante, no se ha causado tal riesgo porque el **DEMANDANTE** no reúne los requisitos para acceder a la pensión reclamada. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por incumplimiento de requisitos y decretar de oficio otras prescripciones (Pág. 1 a 13 archivo "*023ContestacionDeDemanda*").

- **DEMANDA DE RECONVENCIÓN (archivo "*010Demanda*").**

PORVENIR S.A. solicitó condenar a **JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ MORENO** a retornar $31.113.491 que recibió por devolución de saldos, junto con los rendimientos que dicho valor hubiera generado de haber permanecido en la AFP, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 05 de junio de 2012 el afiliado solicitó devolución de saldos, la cual se realizó el 22 de junio de 2012 por $31.113.491, sin embargo, abusando del derecho, el afiliado pretende judicialmente que se le reconozca la pensión de invalidez a pesar de que disfrutó desde 2012 la devolución.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN (Pág. 1 a 21 archivo "*015ContestacionDeDemanda*").**

JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ MORENO se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que recibió devolución de

saldos. Indicó que cumple los requisitos legales y jurisprudenciales para acceder a la pensión de invalidez por condición más favorable, por tanto, no proceden las suplicas de la AFP. Interpuso las excepciones de prescripción, compensación y buena fe del afiliado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (20:00 archivo "*33.1Audiencia*").

El 22 de abril de 2021, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(…)* ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a la demandada* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*** *de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, incoadas por el señor* ***JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ MORENO*** *identificado con C.C. No. 19.359.017, conforme a la parte motive de este proveído.* ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a* ***BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.*** *de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.****, en su llamamiento en garantía.* ***TERCERO: ABSOLVER*** *al demandante* ***JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ MORENO*** *identificado con C.C. No. 19.359.017 de todas y cada una de las pretensiones en sede de la DEMANDA DE RECONVENCIÓN interpuesta por la demanda* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. CUARTO: DECLARAR*** *probada la excepción de inexistencia de las obligaciones que se pretender deducir en juicio a cargo de* ***PORVENIR S.A.*** *y la de cobro de lo no debido propuesta por la llamada en garantía* ***BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.*** *y no probadas las demás.* ***QUINTO: COSTAS.*** *Sin costas en esta instancia.* ***SEXTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, a fin de que allí se surta el grado jurisdiccional de consulta. (…)".*

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si le asiste derecho al **DEMANDANTE** a la pensión de invalidez por condición más beneficiosa, en caso afirmativo, fijar la procedencia de las demás pretensiones y del llamado en garantía; en cuanto la demanda de reconvención, determinar si el afiliado está obligado a retornar la devolución de saldos, rendimientos, costas y agencias en derecho.

Para resolver indicó que el principio de condición más beneficiosa, conforme el precedente de la H. CSJ, permite aplicar el régimen de la pensión de invalidez inmediatamente anterior al vigente a la fecha de estructuración de la invalidez, por ende, no es posible pasar de la Ley 860 de 2003 al Decreto 758 de 1990, siendo la única normatividad aplicable en virtud de la condición más beneficiosa la redacción original de la Ley 100 de 1993, la cual exigía 26 semanas cotizadas en el último año de servicios anterior a la estructuración de la invalidez cuando no se estaba cotizando, requisitos que no cumple el **DEMANDANTE**.

III. RECURSO DE APELACIÓN (21:30 archivo "*33.1Audiencia*").

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que el principio de condición más beneficiosa, de categoría constitucional, conforme la posición de la H. Corte Constitucional adoptada en las sentencias SU442 de 2016 y SU556 de 2019, permite realizar la búsqueda histórica del régimen pensional que permita reconocer la prestación, por tanto, es viable acceder a las pretensiones conforme el Decreto 758 de 1990.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó acceder favorablemente a su recurso de apelación, reiterando los argumentos expuestos en el mismo. Por su parte, el apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó negar el recurso, alegando que no se cumplen los requisitos para causar la pensión. Agotado el término legal, la apoderada de **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.** no presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los

artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al **DEMANDANTE** al reconocimiento de la pensión de invalidez conforme el Decreto 758 de 1990, en virtud del principio de condición más beneficiosa, así como a las demás pretensiones, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** el 24 de agosto de 1994 el demandante **JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ MORENO** se afilió a la AFP COLPATRIA luego AFP HORIZONTE y hoy **PORVENIR S.A.**, con fecha de inicio de efectividad desde el 1º de septiembre de 1994 (Pág. 3 y 7 archivo "*030Prueba*"); ***ii)*** mediante dictamen 19359017 del 30 de abril de 2009, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA determinó que el **DEMANDANTE** tiene una pérdida de capacidad laboral (PCL) del 55,65% de origen común y con fecha de estructuración (FE) del 02 de octubre de 2007 (Pág. 34 a 37 archivo "*004Demanda*"); ***iii)*** entre el 1º de septiembre de 1975 hasta 1994, el **DEMANDANTE** cotizó 433,43 semanas al extinto ISS (Pág. 20 a 21 archivo "*004Demanda*"); ***iv)*** la demandada **PORVENIR S.A.** aceptó como cierto el hecho cuarto de la demanda, relativo a que el afiliado cotizó 48,57 semanas (pág. 8 a 18 archivo "*012ContestacionDeDemanda*"), en el periodo 2003-09 al 2004-05 (Pág. 10 archivo "*030Prueba*").

Revisado el expediente, la *a quo* absolvió de todas las pretensiones de la demanda inicial, llamamiento en garantía y demanda de reconvención y no condenó en costas.

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó

que el principio de condición más beneficiosa, conforme las sentencias SU442 de 2016 y SU556 de 2019, permite la búsqueda histórica del régimen pensional que permita reconocer la prestación, por tanto, es viable acceder a las pretensiones conforme el Decreto 758 de 1990.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, conforme las siguientes consideraciones:

- **Requisitos para acceder a la pensión de invalidez bajo la figura de la condición más beneficiosa.**

Los artículos 38 y 69 de la Ley 100 de 1993, establecen la pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones. Así las cosas, los requisitos para acceder a dicha prestación, que aplican en ambos regímenes pensionales y que están consagrados en el artículo 39 *íbidem*, fueron modificados por la Ley 860 de 2003 del 26 de diciembre de 2003.

El tránsito de legislación de la pensión de invalidez no consagró un régimen de transición, lo que generó que los afiliados que contaban con una expectativa legítima de acceder a la prestación al contar con la densidad mínima de semanas cotizadas fueran sorprendidos con el cambio de requisitos. Para proteger dichas expectativas legítimas, se aplicó jurisprudencialmente la figura de la condición más beneficiosa, el cual permite aplicar la normatividad anterior aún en vigencia de los actuales cambios normativos.

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social, ha sido enfática en advertir que la condición más beneficiosa no avala al Juez para realizar una búsqueda histórica en todas las normas que en el pasado han regulado la prestación en el Sistema de Seguridad Social, por cuanto solo permite aplicar la normatividad inmediatamente anterior a la vigente, tal y como ha señalado en las sentencias SL Rad 32.642 del 09 de diciembre de 2008, SL5202 de 2020, SL2538 de 2021, SL2610 de 2021, SL1523 de 2022, entre otras.

La imposibilidad de acudir a regímenes anteriores al que inmediatamente precede la normatividad actual se justifica en que la condición más beneficiosa minimiza la rigurosidad del principio de aplicación general e inmediata de la Ley, solo a favor de aquellos con una expectativa legítima y no para toda la población, lo cual implica que se trate de una medida restringida, excepcional y limitada en el tiempo, porque no se pueden proteger *derechos que no son derechos* obstaculizando el relevo normativo.

Así las cosas, la posición actual y mayoritaria de la H. CSJ, frente la aplicación de la condición más beneficiosa en vigencia de la Ley 860 de 2003, ha establecido que solo cobija a los afiliados que dentro de los tres años siguientes a la expedición de dicha Ley, por tanto, cobija hasta el 26 de diciembre de 2006, plazo en el cual se debe acreditar la existencia de una expectativa legitima.

Para acreditar una expectativa legítima, el afiliado debe acreditar que se encuentra en alguna de las siguientes cuatro situaciones:

a) Afiliado cotizante al momento del cambio normativo (26 de diciembre de 2003): ***i)*** tener 26 semanas cotizadas en cualquier tiempo, antes del cambio normativo; ***ii)*** invalidez causada entre el 26 de diciembre de 2003 al 26 de diciembre de 2006 y que al causarse el afiliado este cotizando; ***iii)*** tener 26 semanas cotizadas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.

b) Afiliado no cotizante al momento del cambio normativo: ***i)*** tener 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior al cambio normativo; ***ii)*** invalidez causada entre el 26 de diciembre de 2003 al 26 de diciembre de 2006 y que al causarse el afiliado no este cotizando; ***iii)*** tener 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la invalidez.

c) Afiliado cotizante al momento del cambio normativo y no cotizante cuando se invalidó: ***i)*** tener 26 semanas cotizadas en cualquier tiempo, antes del cambio normativo; ***ii)*** invalidez causada entre el 26 de diciembre de 2003 al 26 de diciembre de 2006 y que al causarse el afiliado no este cotizando; ***iii)*** tener 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la invalidez.

d) Afiliado no cotizante al momento del cambio normativo y cotizante cuando se invalidó: ***i)*** tener 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior al cambio normativo; ***ii)*** invalidez causada entre el 26 de diciembre de 2003 al 26 de diciembre de 2006 y que al causarse el afiliado este cotizando; ***iii)*** tener 26 semanas cotizadas en cualquier tiempo, antes de la invalidez

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no hay discusión entre las partes que el **DEMANDANTE** está afiliado al RAIS desde el 24 de agosto de 1994, siendo actualmente afiliado de **PORVENIR S.A.**, cotizando al RAIS 48,57 semanas en el periodo 2003-09 al 2004-05, tras lo cual dejó de realizar aportes (Pág. 3 y 7 archivo "*030Prueba*" y Pág. 10 archivo "*030Prueba*").

Las anteriores circunstancias son relevantes, ya que permiten concluir que el **DEMANDANTE** no cumple los requisitos para beneficiarse de la condición más beneficiosa para obtener la pensión de invalidez, no obstante que el dictamen 19359017 del 30 de abril de 2009 de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA determinó que sufre una pérdida de capacidad laboral (PCL) del 55,65% de origen común y con fecha de estructuración (FE) del 02 de octubre de 2007 (Pág. 34 a 37 archivo "*004Demanda*").

En efecto, conforme la posición de la H. CSJ, adoptada en sentencias 32.642 del 09 de diciembre de 2008, SL5202 de 2020, SL2538 de 2021, SL2610 de 2021, SL1523 de 2022, entre otras, la condición más beneficiosa no avala al Juez para que realice una búsqueda histórica en todas las normas que en el pasado han regulado la prestación en el Sistema de Seguridad Social, por cuanto solo permite aplicar la normatividad inmediatamente anterior a la vigente.

La anterior limitación se justicia en el hecho de que la condición más beneficiosa es una medida restringida, excepcional y limitada en el tiempo, que permite dejar a un lado el principio general de aplicación inmediata de la nueva Ley a las condiciones no consolidadas, para en su ligar proteger a quienes tienen una expectativa legitima y no a toda la población.

Así las cosas, la H. CSJ ha señalado que en el caso de la Ley 860 de 2003, que genero un cambio normativo de los requisitos para causar la pensión de invalidez, la aplicación de la condición más beneficiosa solo puede estudiarse respecto quienes quedaron inválidos dentro de los tres años siguientes al cambio normativo, esto es, hasta el 26 de diciembre de 2006, porque de lo contrario dicha excepción al principio de retrospectividad de la Ley se convertiría en la regla general.

En el caso bajo estudio, el dictamen de pérdida de capacidad laboral del **DEMANDANTE** define como fecha de estructuración de su invalidez el 02 de octubre de 2007, fecha posterior al límite máximo para beneficiarse de la condición más beneficiosa en vigencia de la Ley 806 de 2003, lo cual conlleva a descartar todas sus pretensiones.

En todo caso, aún en el hipotético caso de que la fecha de estructuración de la invalidez hubiera sido entre el 26 de diciembre de 2003 al 26 de diciembre de 2006, el **DEMANDANTE** tampoco cumpliría los demás requisitos para acceder a la pensión de invalidez por condición más beneficiosa.

En efecto, conforme su historia laboral, el **DEMANDANTE** dejó de cotizar desde junio de 2004, por ende, se trata de un afiliado que estaba cotizando al momento del cambio normativo pero no cotizante al momento de la configuración de su invalidez, por ende, debía acreditar tanto 26 semanas en cualquier tiempo con anterioridad al cambio normativo, presupuesto que si cumple, pero no cumpliría el segundo requisito de acreditar 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la configuración de la invalidez.

Ahora bien, no pasa por alto esta Sala que el apoderado del **DEMANDANTE** reclama la aplicación del precedente adoptado por la H. Corte Constitucional en las sentencias SU442 de 2016 y SU556 de 2019, providencias en las cuales ha avalado aplicar la condición más beneficio de la Ley 860 de 2003 al Acuerdo 049 de 19990 adoptado mediante Decreto 758 de 1990.

Al respecto, sea lo primero indicar que esta Sala respetuosamente acoge la regla jurisprudencial adoptada por la H. CSJ y que limita la condición más beneficiosa a la normatividad inmediatamente anterior, por cuanto comparte los argumentos expuestos por el órgano de cierre de la jurisdicción laboral y de la seguridad social relativo a que dicho principio es una excepción a la retrospectividad de la Ley, de aplicación restringida en el tiempo.

De otra parte, en el hipotético caso de acoger la posición de la H. Corte Constitucional, tampoco resultarían prosperar las pretensiones, por cuanto la Alta Corte ha adoptado el *test de procedencia* para establecer que solo cuando se satisface aquel es posible aplicar la condición más beneficiosa en los términos reclamados en el recurso de apelación, tal y como señaló en la sentencia SU556 de 2019:

Test de procedencia	
Primera condición	Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez[158], pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: *(i)* analfabetismo, *(ii)* vejez, *(iii)* pobreza

	extrema, *(iv)* cabeza de familia, *(v)* desplazamiento o *(vi)* padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa.
Segunda condición	Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.
Tercera condición	Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de la invalidez.
Cuarta condición	Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** no acreditó en el caso bajo estudio que su mandante cumpla dichos requisitos, por cuanto vista la prueba documental aportada con la demanda, se limitó a allegar su historia laboral, calificación de pérdida de capacidad laboral y solicitudes y requerimiento adelantados ante la AFP, documentos que por sí solo no acreditan las condiciones exigidas por la H. Corte Constitucional.

Además, durante el interrogatorio del **DEMANDANTE**, este confesó que se dedica a un negocio de comidas rápidas y si bien no indicó el monto de sus ingresos, tal manifestación impide concluir, con total certeza, que está imposibilitado para haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de su invalidez (21:05 archivo "*28.1Audiencia*").

Por las anteriores consideraciones se confirmará la sentencia de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada.
En Uso de Permiso