

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-038-2019-00843-01
DEMANDANTE:	DIANA YANETTE GORDILLO LINARES
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 14 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones respecto de la sentencia del 14 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **DIANA YANETTE GORDILLO LINARES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, con radicado No. **11001-31-05-038-2019-00843-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora DIANA YANETTE GORDILLO LINARES a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. en el mes de marzo de 1.999, al igual que nunca dejó de estar afiliada al RPM, todo ello, por omisión en el deber de información por parte de la AFP; como consecuencia, condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar todos y cada uno de los valores que posee en su cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, incluyendo todos los pagos que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; condenar a Colpensiones a recibir los anteriores valores previa verificación satisfactoria de la integridad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que la AFP Colfondos S.A. deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución, al igual que actualizar la historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que efectúe el RAIS, para que se vean reflejadas la totalidad de semanas cotizadas; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 21 de abril de 1.963, motivo por el cual a la fecha cuenta con 56 años; además, que estuvo afiliada al otrora ISS desde el 21 de febrero de 1990 hasta el mes de marzo de 1999, cotizando 386,43 semanas. Añadió que el 12 de marzo de 1.999 se afilió a la AFP Colfondos S.A. sin ser informada sobre las reales implicaciones del traslado y sin recibir información alguna sobre la cuantía y fórmula para el cálculo de la pensión de vejez en el RAIS, pues únicamente se le indicó que el ISS como Administradora del RPM se iba a extinguir y que en el nuevo régimen se pensionaría a una edad más temprana, con una mesada pensional más alta en relación con la que le respondería estando afiliado al RPM. Indicó

¹ Folios 1 a 42 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

que la AFP convocada tampoco realizó un ejercicio comparado a su favor, donde se expusieran las condiciones y montos de una pensión en el RPM y en el RAIS, ni mucho menos le dio a conocer las diferentes alternativas, beneficios e inconvenientes, menos aún fue informada de manera clara y por escrito sobre el derecho a retractarse, tal y como lo dispone el artículo 15 del Decreto 656 de 1.994 y el artículo 3º del Decreto 1161 de 1.994. Que en el año 2018, previa solicitud elevada de su parte, la AFP llamada a la acción, emitió cálculo del valor de su pensión de vejez equivalente a \$859.366, el cual es considerablemente inferior a su expectativa pensional, dado que actualmente cotiza sobre un IBC de \$4.400.000 . Concluyó refiriendo que elevó ante ambas demandadas solicitudes de nulidad de traslado al RAIS, respecto de las cuales Colpensiones se pronunció en sentido negativo, mientras que la AFP Colfondos S.A. fue evasiva en su respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la parte activa se encuentra válidamente afiliada al RAIS, pues no probó error, fuerza o dolo en la afiliación de la AFP Colfondos S.A.; aunado a que el traslado de aportes realizado por solicitud de la activa, tuvo lugar con su plena voluntad, quien por decisión propia suscribió el formulario de afiliación a Colfondos en el año 1995, cumpliendo con los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, al igual que en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el

² Folios 95 a 105 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS³

La demandada COLFONDOS S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, asesorándosele acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Agregó que la accionante de su puño y letra suscribió el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por la AFP, así como tal documento lo expresa, por manera que no es procedente acceder a las pretensiones invocadas, porque no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación de la activa fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de septiembre de 2022, declaró la ilegalidad de la afiliación verificada por la demandante con destino a la AFP Colfondos S.A. el 12 de marzo de 1.999; ordenó a Colpensiones y a la AFP Colfondos que

³ Folios 1 a 19 archivo PDF “CONTESTACIÓN DEMANDA” carpeta 13 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPM administrado por Colpensiones, las cotizaciones integralmente efectuadas y recibidas respecto de la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció ilegalmente vinculada a este régimen, debiendo transferirse las cotizaciones debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC certificado por el DANE, para lo cual contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia para finiquitar el procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la activa y en caso de ser insuficientes se pagarán con cargo a los recursos propios de la AFP Colfondos S.A., aunado a que de llegar a subsistir saldos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional; declaró no probadas las excepciones propuestas por Colfondos S.A. y condenó en costas a Colfondos S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que a la data del traslado, la actora se encontraba inmersa en una restricción legal que le impedía trasladarse al RAIS, la cual de manera excepcional implicaba el rechazo de su afiliación, pues venía afiliada al ISS y con ocasión a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 continuó allí vinculada, acotando que luego de una desvinculación para el 30 de noviembre de 1994, efectuó su selección inicial del régimen pensional al ISS, el día 1º de marzo de 1995, debiendo permanecer allí por lo menos 3 años contados desde esta última fecha, estando habilitada para hacer traslado en el año 1998 y en el año 2001; empero el formulario de afiliación fue suscrito por la convocante el 12 de marzo de 1.999, con vulneración de tal restricción de movilidad prevista por la Ley 100 de 1993, de suerte que al margen del cumplimiento del deber de información, su traslado es ilegal por vulnerar dicho término. Añadió que, en gracia de discusión, de no acreditarse el suministro de la información al momento de la afiliación, la consecuencia automática será la declaratoria de ineficacia, conforme a decisión de la Corte Suprema de Justicia, emitida en un proceso conocido en primera instancia por el Juzgado.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, como quiera que la decisión de primera instancia fue adversa a Colpensiones y ninguna de las partes formuló recurso de alzada, el expediente fue remitido a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de la parte actora y de la demandada Colpensiones allegaron sus alegaciones finales.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en *el sub lite*, determinar si la afiliación de la demandante al RAIS es ilegal por haberse trasladado desconociendo el término mínimo previsto en la ley para el efecto, y encontrarse en una situación de multivinculación. En caso contrario, establecer si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por GORDILLO LINARES al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colfondos S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, considerando que ninguna de las partes formuló recurso de apelación.

En el presente asunto no es materia de discusión: i) que la demandante realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de febrero de 1990 hasta 31 de marzo de 1999, por un total de 386,43 semanas (folio 44 archivo 01 del expediente digital); ii) que solicitó la vinculación a la AFP Colfondos S.A. el 6 de abril de 1999 y se efectuaron descuentos a partir de abril de 1999 (folio 48 archivo 01 y folio 99 archivo PDF “CONTESTACIÓN DEMANDA” carpeta 13 del expediente digital).

MULTIVINCULACIÓN

De acuerdo con el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, la multivinculación se presenta cuando una persona cambia de régimen o de administradora antes de los términos legales previstos, de ahí que, en caso de incumplirse con esta regla, la misma norma señala que “será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales”.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a este tema en la sentencia CSJ SL4777-2017, indicó:

“[...] desde tiempo atrás esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692/94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte”.

Teniendo en cuenta que la demandante diligenció el formulario de solicitud de vinculación el 6 de abril de 1999, se tiene que la norma aplicable para resolver el caso de multivinculación es el Decreto 692 de 1994.

Ahora bien, en apoyo a la Circular 058 de 1998, que desarrolló la disposición en comento, las personas que se encontraban afiliadas al Instituto de Seguros Sociales al 31 de marzo de 1994, podían trasladarse de régimen pensional en el momento que quisieran, pues la regla que impedía trasladarse dentro de los 3 años siguientes, sólo aplicaba para aquellas personas que no se encontraban vinculadas al ISS antes del 31 de marzo de 1994.

En este orden de ideas, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas que obrante en las diligencias (folio 44 archivo 01 del expediente digital), y los hechos de la demanda que no fueron objetados, se tiene que la señora DIANA YANETTE GORDILLO LINARES se encontraba vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de febrero de 1990, por lo que, en ejercicio de su derecho de elección, podía escoger el régimen pensional que se ajustara a sus necesidades, sin ninguna restricción legal.

De ahí que, si bien el Juzgado de Conocimiento consideró que la vinculación inicial de la demandante al ISS lo fue a partir del año 1995, tal argumento no resulta atendible, conforme a la normatividad referenciada y a los hechos probados; siendo diáfano que no se presentó una multivinculación como equivocadamente lo concluyó el Juzgado de primer grado; y por lo tanto, no es viable indicar que la afiliación al RAIS es ilegal por este hecho. De modo que, se procederá a analizar si se presenta una ineficacia de traslado por omisión en el deber de información, como el *A quo* lo refirió en su sentencia, de manera alternativa.

INEFICACIA DE TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el

legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información,**

de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **COLFONDOS S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de "*afirmaciones o negaciones indefinidas*", se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de

Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante COLFONDOS S.A. el (f. 25 archivo 02 carpeta 16), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a la AFP COLFONDOS S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban

a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley, para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara y contundente en manifestar que lo que lo motivó a trasladarse de régimen, fue la información relativa a que el otrora ISS se iba acabar, motivo por el cual no iba a tener derecho a pensión, aunado a que Colfondos sería la mejor opción para ella, sin embargo, nunca le hicieron ninguna asesoría (Min. 00:37-34:36 archivo 24 del expediente digital link <https://manage.lifesize.com/singleRecording/24336cf7-beb4-4335-86b1-1b59fadc8f2c?authToken=148756e1-f609-44bc-ae3c-e1807b10a869>).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, es claro que en el presente caso debe declararse la ineficacia de traslado como en sus consideraciones lo advirtió el Juzgado de Conocimiento, no obstante, como quiera que este procedió a declarar su ilegalidad, habrá de modificarse la decisión consultada sobre este puntual aspecto.

Ahora bien, aunque la Sala comparte la decisión del *A quo* relativa a que la AFP demandada retorne los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, la cual debe incluir sus rendimientos financieros, no se advierte que se haya previsto la devolución de los descuentos atinentes a los gastos de administración, seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima, por manera que habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido, teniendo en cuenta que el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con Ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, indicó

que ello constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.»

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

En tal virtud, dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima o sumas adicionales de la aseguradora, debidamente

indexados, siendo lo procedente adicionar la sentencia en tales términos, conforme al grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, “[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*”.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “*En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 may. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas*».

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el

interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás ordenadas en esta sentencia.

Conforme a las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será modificada en los términos expuestos. Se confirma la condena en costas impuesta en primera instancia, sin costas en esta instancia, dado que la sentencia se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia del 14 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso de la referencia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado el 6 de abril de 1999, por **DIANA YANETTE GORDILLO LINARES** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia del 14 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso de la referencia, en el sentido de **CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a reintegrar a **COLPENSIONES**, y ésta a su vez a recibir por parte de ella, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **DIANA YANETTE GORDILLO LINARES**, como cotizaciones, rendimientos financieros, los descuentos realizados por los

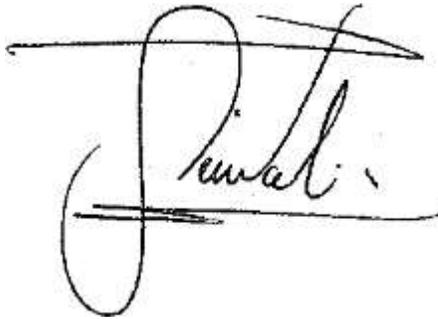
gastos de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, con la debida indexación, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia aquí estudiada.

CUARTO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. Sin costas en esta instancia, dado que la sentencia se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-039-2020-00367-01
DEMANDANTE:	OMAR GARCÍA VARGAS
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 13 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia del 13 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **OMAR GARCÍA VARGAS** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, quien llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-039-2020-00367-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de la afiliación efectuada a mediados del año 1994 ante PROTECCIÓN S.A., porque en la etapa precontractual no se le brindó información completa, veraz y oportuna acerca de las ventajas y desventajas entre los regímenes pensionales; en consecuencia, se declaren igualmente ineficaces cada una de las afiliaciones realizadas en las demás AFP del RAIS demandadas, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se tenga como válidamente afiliado al RPM.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que a mediados de 1994 se trasladó desde el RPM a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.; que a comienzos de 1999 se trasladó a COLFONDOS S.A.; que a comienzos de 2002 se trasladó a PORVENIR S.A.; que a finales de 2003 se trasladó a ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A.; que a finales de 2006 se trasladó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.; que se trasladó nuevamente a PORVENIR S.A. a mediados de 2009; que las AFP del RAIS demandadas tienen la carga de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecerle una información pertinente, verás, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo; que PORVENIR S.A. le realizó una simulación pensional que arrojó que, al cumplir los 62 años, en el RAIS, bajo la modalidad de retiro programado, recibiría una mesada pensional por valor de \$2.677.200, mientras que de haber permanecido en el RPM su pensión de vejez ascendería a la suma de \$4.224.292; que presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la declaratoria de ineficacia de su traslado de régimen pensional, pero esta fue resuelta de forma negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones planteadas en su contra en el libelo de la demanda y argumentó que la afiliación del demandante con la AFP en el año 2001 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones

¹ Archivo 01 Expediente Digital

² Archivo 12 Expediente Digital

pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 01643914 - documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el Parágrafo del artículo 54 A del CPT. Además, que la posible diferencia en el monto de la mesada pensional entre uno y otro régimen no puede constituir un presupuesto legal para acceder a declarar un supuesto vicio en el consentimiento, ni cualquier otra eventual irregularidad en la celebración del negocio jurídico suscrito entre las partes, que permita invalidarlo.

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLFONDOS S.A.³

La AFP se opuso a la totalidad de las pretensiones planteadas y argumentó que la afiliación del demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el Fondo de Pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Agregó, que los asesores comerciales del Fondo brindaron al actor una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias con el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional, por lo que no se puede concluir que el traslado de régimen es nulo, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley. Además, que la parte demandante no especifica claramente en qué consistió la acción fraudulenta de la AFP.

Propone como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, innominada, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

³ Archivo 13 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

SKANDIA S.A.⁴

La Administradora de Fondo de Pensiones se opuso a las pretensiones planteadas en su contra en el libelo de la demanda y, como argumentos de defensa, sostuvo que el deber de asesoría e información se encuentra regulado por el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, norma que no supedita o impone a las administradoras que la información suministrada a los posibles afiliados o a los ya afiliados deba ser por escrito, siendo en el ejercicio de la actividad que la mayoría de las asesorías se brindan de forma verbal, salvo las excepciones específicas y taxativas que señala la ley, como es el momento de selección de traslado o vinculación al RAIS cuando proviene por primera vez del RPM. Añadió, que la AFP es una entidad seria nacida bajo el amparo de la Ley 100 de 1993, por lo que, desde su nacimiento, ha contado con departamentos especializado, donde capacitan a todos sus funcionarios y especialmente a sus asesores comerciales para que puedan explicar de manera satisfactoria las características, particularidades, bondades y limitaciones del RAIS. La AFP presentó llamamiento en garantía frente a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Propone como excepciones de fondo: cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe, genérica.

COLPENSIONES⁵

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con

⁴ Archivo 14 Expediente Digital

⁵ Archivo 15 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada.

PROTECCIÓN S.A.⁶

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos para sustentar su postura, adujo que la afiliación del demandante se dio después de recibir una asesoría correcta, adecuada, suficiente y oportuna por parte de la entidad. Agregó, que con los traslados horizontales que hizo el actor, se entiende de forma razonable su vocación de permanecer en el RAIS.

Propuso como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, genérica, traslado de la totalidad de los aportes a Colfondos y Skandia, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen.

⁶ Archivo 16 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.⁷

La Aseguradora se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía realizado por SKANDIA S.A. y a las pretensiones de la demanda dirigidas contra esta última. Como argumentos de su postura expuso que con relación a SKANDIA la parte demandante no cambió de régimen pensional, sino que operó un traslado de un Fondo de Pensiones a otro, es decir, se trató de una mutación en línea horizontal y ello equivale a que jurídicamente el actor conservó su estatus. Agregó, que su llamante cumplió a cabalidad con sus deberes de información en consideración al tipo de traslado que voluntariamente el afiliado realizaba, la información brindada fue completa y comprensible y no hubo inducción a error ni se permitió que él se registrara en el proceso de toma de decisión del traslado. Frente al llamamiento, indicó que, para la época de vigencia del Seguro Previsional, la cobertura de éste estuvo activa y los correspondientes riesgos estuvieron asegurados hasta el punto de que, si la contingencia se hubiera realizado, la compañía aseguradora habría cumplido con su obligación de pago. añadió, que la suma cuyo reembolso o reintegro pretende la llamante en garantía corresponde a la prima legalmente devengada por la Aseguradora, quien no intervino ni participó en la contratación que SKANDIA S.A. realizó con el afiliado hoy demandante.

Propuso como excepciones de mérito frente a la demanda: el acto jurídico de afiliación al rais, y el de su posterior traslado a otras AFP's, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a "SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.;" prescripción de la acción de nulidad y/o ineficacia; legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional; reconocimiento oficioso de excepciones.

Frente al llamamiento en garantía propuso como excepciones de fondo: frente a la acción material ejercida por la parte demandante, SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el

⁷ Archivo 23 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

llamamiento en garantía realizado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante "SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A." y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 13 de septiembre de 2022, declaró que el traslado que hizo el demandante del RPM al RAIS a través de PROTECCION S.A. y con efectividad a partir del 01 de julio de 1997 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que jamás se separó del RPM, situación que también se entiende de todas las filiaciones que se hicieron al interior del RAIS; condenó a PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, así como los gastos de administración por los periodos en que estuvo vínculo a dicha AFP, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC aportes y demás información relevante; condenó a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., a devolver los gastos de administración cobrados por el periodo en que el actor estuvo vinculado con cada AFP, sin que a estas les sea dable descontar los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con las mismas previsiones que se le hicieron a PORVENIR S.A.; ordenó a COLPENSIONES recibir todas las sumas de dinero y a reactivar la afiliación del demandante al RPM sin solución de continuidad y le informó que podía acudir a acciones legales en contra de la AFP del RAIS para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar

por la ineficacia declarada; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las AFP privadas.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de hecho que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada frente a la condena de devolver los gastos de administración, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, no resulta procedente aplicar la jurisprudencia de forma indiscriminada, sin analizar las circunstancias de cada caso en concreto, lo que hace inviable la devolución de tales gastos, pues el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina el 3 % a financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia, por lo que no están destinadas a financiar la pensión del usuario, lo cual se encuentra respaldado por concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, máxime que la aseguradora cumplió con su obligación de garantizar el cubrimiento de las pólizas contratadas. Concluye que tales emolumentos si se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, precisamente por no hacer parte integral del capital que financia la prestación de vejez y que ordenar su indexación es una doble condena porque no se están teniendo en cuenta los rendimientos financieros generados por la AFP.

La demandada **SKANDIA S.A.** interpuso recurso de alzada, aduciendo, en síntesis, como motivos de disidencia que, debe revocarse la condena impartida por los gastos de administración y las primas de seguros provisionales debidamente indexadas por cuanto la ley es taxativa respecto los emolumentos que deben trasladarse cuando se presenta un traslado del RAIS al RPM. Además, por cuanto dichos recursos tienen destinación específica conforme lo reglado por la Ley 100 de 1993. Añade que, en caso de que se confirme que tales recursos deben ser devueltos, se tenga en cuenta la excepción de prescripción como quiera que los

mismos no están destinados a financiar la pensión de vejez. Asimismo, que la indexación al ser una actualización del dinero, conforme a pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, no resulta procedente, porque el capital que reposa en la cuenta de ahorro individual del actor no se ha despreciado, en tanto que, por el contrario, ha generado rendimientos financieros, por lo que se debe analizar la figura de la compensación. Finalmente aduce, en relación con el llamamiento en garantía, que, pese a que el objeto del contrato con la Aseguradora es el seguro de previsión para las pensiones de invalidez y sobrevivencia, a la AFP se le está condenado a devolver unos recursos por dichas primas que ya no están a su disposición por haber sido trasladados oportunamente a MAPFRE, por lo que esta debe reembolsarlos.

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, conforme al artículo 167 del C.G.P., los vicios del consentimiento deben ser demostrados por las partes que los alegan, ya que no puede trasladarse la carga de la prueba a la entidad a fin de que demuestre que no actuó con dolo. Agregó, que la consecuencia del traslado de régimen está definida en la ley, por lo que cualquier duda interpretativa de la norma constituye un error de derecho que no tiene el alcance para viciar el consentimiento, menos aún en casos como el del demandante, quien efectuó traslados sucesivos dentro del RAIS. Por último, sostiene que, de ser condenada en segunda instancia al pago de costas procesales, se estaría afectando patrimonialmente a la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados del demandante, Mapfre y Porvenir, allegaron sus alegaciones finales.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como

problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por OMAR GARCÍA VARGAS al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Protección S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la**

prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
(Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PROTECCIÓN S.A.**, ni ninguna de las AFP del RAIS convocadas al proceso, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el

hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante Colmena hoy **PROTECCIÓN S.A.** (f. 25 archivo 02 carpeta 16), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** y también con las demás AFP privadas llamadas a juicio (fs. 82-84 archivo 02 carpeta 12, fs. 32-33 archivo 02 carpeta 14, fs. 15-16 archivo 02 carpeta 13), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante el actor a Colmena hoy **PROTECCIÓN S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP

demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, aunque no fue objeto de apelación, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las demandadas, pues el actor fue claro y contundente en manifestar que lo que lo motivó a trasladarse de régimen fue la información relativa a que el otrora ISS se iba acabar y que con ello se perderían los aportes pensionales realizados y que las afiliaciones entre las administradoras del RAIS las hizo por cada una de ellas le prometía beneficios superiores a los que recibiría en el RPM (Min. 09:41-52:36 archivo de audio y video 01 carpeta 46).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó actor y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, **incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración** que cobraron cada una de las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los

gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”.

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado cada una de las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Frente al argumento de SKANDÍA S.A., relativo a que, en su caso, los valores correspondientes a las primas de seguros previsionales deben ser reembolsados por la llamada en garantía MAPFRE, por ser la Aseguradora con quien contrató tales pólizas y quien recibió a satisfacción las mencionadas primas, basta señalar que dicha entidad de seguro es un tercero de buena fe que no participó en la afiliación del promotor de la acción con la AFP, por lo que mal se haría en endilgársele responsabilidad por una omisión en la obligación de información y asesoría que no le es imputable. Aunado a lo anterior, como se dejó sentado en líneas que anteceden, la jurisprudencia especializada laboral ha sido pacífica en que tales emolumentos deben ser retornados por las AFP del RAIS en los casos como el que ahora se estudia, con cargo a sus propios recursos, de ahí que resulta totalmente improcedente la solicitud elevada por esta recurrente.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando

prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, por lo que se direcciona la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] *más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas*».

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción alegada por las AFP del RAIS recurrentes, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos,

construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, la demandada Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a una posible imposición en su contra de costas procesales en esta instancia. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que impone condenar en costas a todos los recurrentes a quienes no le salieron avante sus argumentos de alzada, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE. Asimismo, se condenará en costas a SKANDIA S.A. y en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., por no haber prosperado el recurso de apelación frente al llamamiento en garantía, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

TERCERO: COSTAS a cargo de SKANDIA S.A. y en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-019-2017-00340-01
DEMANDANTE:	SANDRA LILIANA ACEVEDO BOTERO
DEMANDADO:	COLPATRIA S.A.
ASUNTO:	Consulta Sentencia del 27 de mayo de 2022
JUZGADO:	Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Fuero circunstancial
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de atender el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte DEMANDANTE frente a la sentencia del 27 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **SANDRA LILIANA ACEVEDO BOTERO** contra **COLPATRIA S.A.** hoy **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-019-2017-00340-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende que se declare que gozaba de estabilidad laboral reforzada desde el 6 de abril de 2016, dos días antes de ser despedida; se declare que el despido del que fue objeto fue ilegal y, como consecuencia de ello, se condene a la pasiva a reintegrarla al mismo cargo que desempeñaba o a uno

¹ Fs. 6-18 Archivo 1 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

igual o de mejor jerarquía, con el respectivo pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas desde el 9 de abril de 2016 hasta que se ordene el reintegro, en sumas debidamente indexadas, y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se vinculó con COLPATRIA S.A., el 23 de julio de 1997, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando como último cargo el de Cajero Jornada Normal en el municipio de Soacha Cundinamarca; que el 6 de abril de 2016 se afilió a la organización Unión Sindical Bancaria – USB; que el 7 de abril de 2016, la organización sindical, en asamblea nacional conjunta, aprobó pliego de peticiones, el cual fue presentado al empleador, el 8 de abril de 2016, siendo elegida como miembro de la comisión negociadora; que el 8 de abril de 2016, COLPATRIA S.A. decidió dar por terminado su contrato de trabajo sin justa causa; que el 13 de abril de 2016, el sindicato remitió al banco solicitud para que fuera reintegrada a su cargo, pero la entidad respondió de forma negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La entidad financiera se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa expuso, en síntesis, que la notificación de la demandante a la organización sindical y el pliego de peticiones se llevó a cabo el 11 de abril de 2016, fecha para la cual ya se había adoptado y notificado el despido a la demandante con fundamento en el artículo 64 del CST, que lo fue el 8 de abril de 2016.

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 27 de mayo de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y condenó en costas a la parte demandante.

² Fs. 120-128 Archivo 1 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Como fundamentos de su decisión, en síntesis, la A quo señaló que para la fecha del despido no se había radicado el pliego de peticiones en la empresa y, por tanto, la demandante no gozaba de estabilidad laboral reforzada por ese hecho.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod., Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de ambos extremos procesales allegaron sus alegaciones finales.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si la demandante gozaba de fuero circunstancial para la fecha en que el empleador decidió terminar el contrato de trabajo sin justa causa.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es necesario destacar que la garantía de fuero circunstancial se encuentra regulada por el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, precepto que establece lo siguiente: “... *Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.*”

A su turno, el Art.10 del Decreto 1373 de 1966, dispone: “(...) *La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al patrono hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso*”.

Ahora bien, de conformidad a lo dispuesto en el Art.433 del CST se tiene que la negociación colectiva se inicia con la presentación del pliego de peticiones al empleador a través de la delegación que para el efecto se nombre según el Art.432 ibídem.

En el presente asunto, se indica en la demanda que la señora SANDRA LILIANA ACEVEDO BOTERO gozaba de estabilidad laboral reforzada -como consecuencia del fuero circunstancial-, debido que, para la fecha de su despido, que lo fue el 8 de abril de 2016 (f. 23 archivo 1 Expediente Digital), se había presentado, en esa misma calenda, un pliego de peticiones por parte de la organización Unión Sindical Bancaria – USB, el cual había sido aprobado el día 7 del mismo mes y año en asamblea nacional conjunta, dentro de la que también se designó a la promotora de la acción como miembro de la comisión negociadora.

Sin embargo, revisados los elementos de juicio con que cuenta el plenario, debe señalar la Sala que la razón no acompaña a la parte demandante, pues contrario a lo que se aduce en el libelo introductorio, lo cierto es que, para la fecha en que fue despedida la actora, la organización sindical no había radicado el pliego de peticiones ante el empleador, como quiera que dicha radicación se llevó a cabo el día 11 de abril de 2016, tal como lo alega la pasiva en la contestación de la demanda.

En efecto, de las mismos medios de pruebas aportadas por la parte actora se logra extraer, sin dubitación alguna, que la organización Unión Sindical Bancaria – USB remitió al banco COLPATRIA S.A., a través de la empresa de mensajería INTER RAPIDÍSIMO, el 8 de abril de 2016, el pliego de peticiones (fs. 31-52 archivo 1 Expediente Digital), junto con una serie de comunicaciones a fin de poner en conocimiento del empleador la afiliación al Sindicato de, entre otros, la señora SANDRA LILIANA ACEVEDO BOTERO (fs. 29-30 archivo 1 Expediente Digital), pero, de conformidad con los documentos aportados por la pasiva en los que consta el sello y el registro de recibido, se tiene que tales comunicaciones fueron allegadas

a la empresa, el 11 de abril de 2016 (fs. 130-137 archivo 1 Expediente Digital), es decir, cuando ya se había materializado la decisión de terminar el contrato de trabajo de la demandante de forma unilateral.

Esta situación queda ratificada al realizar el rastreo del envío en la página web de la empresa de mensajería en la dirección electrónica <https://www.interrapidísimo.com/sigue-tu-envio/>, con la guía No. 700008028200, en la cual se registra que el envío fue admitido el 8 de abril de 2016 y que su entrega al destinatario se llevó a cabo el día 11 de ese mismo mes y año.



The screenshot shows the 'Rapidísimo' website interface. At the top, there is a navigation bar with links for 'NOSOTROS', 'SERVICIOS', 'CONSULTA', 'AUTOENVÍOS', 'ÚNETE', and 'CONTÁCTANOS'. Below this is a search bar with the text 'Sigue tu envío'. The main content area displays shipping details for a package:

- Tipo empaque: **SOBRE MANILA**
- No. de esta pieza: 1
- Peso por Volumen: 0
- Peso en Kilos: 1
- Bolsa de seguridad: ma9001977
- Dice contiene: **NOTIFICACION JUDICIAL**
- Observaciones: **VICEPRESIDENTE BANCO COLPATRIA GESTION HUMANA**
- Servicio: **NOTIFICACIONES**
- Forma de pago: **Contado**

Below the details is a table titled 'RASTREO DEL ENVÍO' with the following columns: CIUDAD, ESTADO, MOTIVO, FECHA, and COORDENADA. The table contains four rows of tracking data:

CIUDAD	ESTADO	MOTIVO	FECHA	COORDENADA
BOGOTÁ	Envío Admitido	-	2016-04-08	
BOGOTÁ	Ingresado a Bodega	-	2016-04-08	
BOGOTÁ	En Distribución Urbana	-	2016-04-10	
BOGOTÁ	Entrega Exitosa	-	2016-04-11	

En ese sentido, atemperándose a lo dispuesto en los preceptos normativos citados en líneas que anteceden, no es posible predicar que la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada por fuero circunstancial para el 8 de abril de 2016, fecha en que fue despedida, como quiera que la presentación del pliego de peticiones al empleador solo se llevó a cabo el 11 de abril de 2016, esto es, en fecha posterior, por lo que, en la primera de las calendas mencionadas, no había nacido a la vida jurídica la garantía foral para ninguno de los trabajadores afiliados al Sindicato.

Ahora, es necesario resaltar que, contrario a lo que al parecer quiere hacer ver la parte demandante, no existe en el plenario ningún medio de prueba con el cual se demuestre que el empleador, a pesar de no haber recibido el pliego de peticiones ni la notificación de la afiliación de la demandante a la organización sindical, tenía conocimiento de estas situaciones y que fue ello lo que motivó la decisión de terminar su contrato de trabajo de forma unilateral, pues ello quedó como una mera apreciación subjetiva de la parte activa que quedó huérfana de algún elemento de juicio en la cual soportarse.

De acuerdo con lo anterior, no se configuró en el proceso el nexo causal entre la decisión del Banco COLPATRIA S.A. de despedir a la demandante y la supuesta intención de atentar contra los derechos sindicales de la promotora de la acción y de la organización sindical misma, ya que, se reitera, ello no emerge de las pruebas practicadas en juicio.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Sin Costas por conocerse el asunto en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

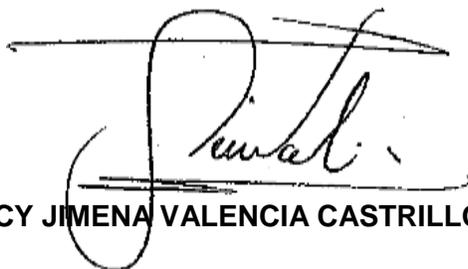
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

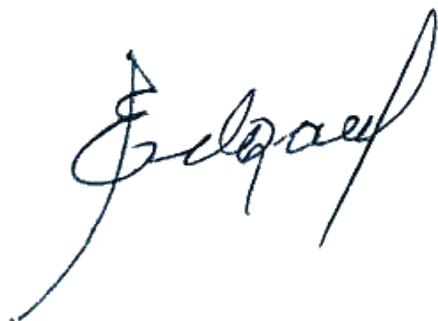
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-021-2021-00427-01
DEMANDANTE:	ROBERTO ALBORNOZ MIRANDA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 13 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reliquidación Acuerdo 049 de 1990
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta concedido a su favor, en los puntos no apelados, respecto de la sentencia del 13 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ROBERTO ALBORNOZ MIRANDA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-021-2021-00427-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El señor ROBERTO ALBORNOZ MIRANDA a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor, la reliquidación de su mesada pensional permitiendo la acumulación de tiempos públicos y privados, con el 90% del IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, así como al pago del retroactivo pensional causado desde el mismo momento en que le fue reconocida la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios, la indexación, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que cuenta con 71 años. Adujo que cotizó al RPM un total de 1.709 semanas, de las cuales 1.139,86 fueron cotizadas exclusivamente al ISS hoy Colpensiones a través de empleadores privados y 569,14 semanas fueron laboradas en el sector público, específicamente en el Departamento Nacional de Planeación. Añadió que mediante Resolución 019153 del 9 de junio de 2011, el otrora ISS le reconoció una pensión de vejez en porcentaje del 81% del IBL sobre una base de 1.115 semanas cotizadas exclusivamente a la entidad. Que el 13 de enero de 2014, solicitó ante la demandada la reliquidación de la prestación, con base en una tasa de reemplazo del 90%, acumulando tiempos públicos y privados, misma que fue negada mediante Resolución GNR 227317 del 19 de junio de 2014, pues aunque la prestación le fue reliquidada por la entidad al encontrar 1.124 semanas de cotización al ISS hoy Colpensiones, esta mantuvo su tasa de reemplazo del 81%; por manera que formuló los recursos de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones GNR 57619 del 26 de febrero de 2015 y VPB 7190 del 20 de noviembre de símil año, en el sentido de confirmar el acto administrativo anterior.

¹ Folios 3 a 17 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Manifestó que el 9 de agosto de 2016 solicitó nuevamente ante Colpensiones la reliquidación de su prestación, deprecando la acumulación de tiempos públicos y privados, con base en el Decreto 758 de 1.990 y la sentencia SU 769 de 2014, lo cual le fue negado en la Resolución GNR 298393 del 10 de octubre de 2016, misma que fue confirmada a través de la Resolución VPB 42960 del 30 de noviembre de 2016. Que petitionó nuevamente la reliquidación pensional en los términos anotados, sin embargo, la entidad continuó negando su pretensión en la Resolución SUB 279618 del 21 de octubre de 2018, confirmada a través de la Resolución SUB 327826 del 20 de noviembre de 2018 y la Resolución DIR 22137 del 27 de diciembre de símil año. Señaló que nuevamente solicitó la reliquidación de su pensión de vejez, la cual fue concedida en Resolución SUB 55706 del 2 de marzo de 2021, sin embargo, la entidad no accedió a la sumatoria de tiempos públicos y privados para el efecto, lo cual fue confirmado en la Resoluciones SUB 105408 del 6 de mayo de 2021 y DPE 5089 del 30 de junio de 2021.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que el demandante adquirió su estatus pensional el 25 de mayo de 2010, es decir con anterioridad a la sentencia SU 769 de 2014, por manera que no es procedente tener en cuenta los tiempos públicos cotizados en otras cajas como válidos para la reliquidación pensional perseguida, de lo cual resulta evidente además que, el acto administrativo de reconocimiento pensional se encuentra ajustado a derecho.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho reclamado y ausencia en la causa para pedir, buena fe de

² Folios 3 a 22 archivo 08 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, principio de sostenibilidad financiera, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de septiembre de 2022, condenó a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez del demandante, bajo los parámetros del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%, para una cuantía inicial de \$8.328.545, a partir del 1º de diciembre de 2011; condenar a la convocada a reconocer y pagar al actor el retroactivo causado por las diferencias entre la mesada pensional reconocida y reliquidada por la encartada y la determinada en la sentencia, a partir del 1º de mayo de 2017, teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción; condenar a Colpensiones a pagar al accionante el retroactivo pensional debidamente indexado al momento de su pago, el cual al 22 de agosto del año 2022 asciende a la suma indexada de \$67.721.814,72; autorizar a Colpensiones a descontar del retroactivo de las diferencias reconocidas, los aportes por concepto de salud a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante; declarar parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones propuestas y condenar en costas a la pasiva.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que no existe discusión sobre la calidad de beneficiario del régimen de transición y el derecho que le asiste a la pensión de vejez a la luz del Acuerdo 049 de 1990, por manera que a la luz de la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual es procedente considerar tiempos públicos y privados

para dar aplicación a dicho acuerdo, es procedente la reliquidación de la prestación pensional del convocante, dado que cuenta con un total de 1.700,43 semanas de cotización, de las cuales 1.131,29 fueron cotizadas al otrora ISS y 569,14 fueron aportadas a la extinta Caja de Previsión Social-Cajanal. En ese orden, refirió que la parte activa tiene derecho a una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL definido por Colpensiones, pues sobre este último no existe discusión, y no se afecta con la inclusión de tiempos públicos, en tanto no fueron cotizados en los últimos 10 años. Adujo que en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción, pues la primera reclamación de la reliquidación fue elevada el 13 de enero de 2014, además la demanda fue radicada el 26 de agosto de 2021, por manera que fue este acto procesal el que tuvo la virtud de interrumpir la prescripción, la cual afectó las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 12 de mayo de 2017, dada la suspensión de los términos judiciales por virtud de la pandemia, precisando que tal excepción no tiene alcance respecto de las generadas a partir del 1º de mayo de similar año, toda vez que se hacen exigibles en el mes siguiente. Concluyó advirtiendo que, conforme a lo definido por la Corte Suprema de Justicia, no es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, como quiera que la pensión se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA** sustenta el recurso de apelación alegando que, si bien no existe discusión en cuanto a que el demandante es beneficiario del régimen de transición y que bajo el mismo fue reconocida su pensión de vejez, lo cierto es que su negativa en reconocer la reliquidación reclamada, ha sido bajo la absoluta buena fe y considerando que la aplicación de la sentencia SL1947-2020, mediante la cual se permitió la acumulación de tiempos públicos y privados, solo tiene alcance para aquellas personas, cuya prestación no pudo ser consolidada a la luz de ninguna otra normatividad, situación que obviamente no es la del demandante, por cuanto ya tiene reconocida la pensión de vejez desde el año 2011, con base en el Acuerdo 049 de 1990. Concluyendo que no es procedente la reliquidación de la misma, contrario a lo

efectuado por el Juzgado de Conocimiento, máxime que esa prestación fue concedida con anterioridad a la comunicación de la sentencia de unificación 769 de 2014 emanada de la Corte Constitucional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de ambos extremos procesales allegaron sus alegaciones finales.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por la Juez de conocimiento, el recurso de alzada impetrado por Colpensiones y el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor de la citada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el dilucidar la viabilidad de reliquidar la pensión de vejez del actor bajo el abrigo del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta para el efecto, las cotizaciones efectuadas a Cajas de Previsión Social o los tiempos servidos a favor del sector público y al otrora ISS hoy Colpensiones.

CONSIDERACIONES

ESTATUS DE PENSIONADO

Al analizar las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, se colige, tal como con acierto lo determinó el A quo, que a ROBERTO ALBORNOZ MIRANDA le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución 019153 del 9 de junio de 2011, a partir del 1º de enero de 2011 en cuantía inicial de \$7.458.719 y en aplicación a lo estatuido en el Acuerdo 049 de 1990 (folios 30 a 33 archivo 01

del expediente digital), misma que fue reliquidada inicialmente mediante la Resolución GNR 227317 del 19 de junio de 2014, en cuantía inicial de \$7.596.611, a partir del 1º de enero de 2011 (fs. 43 a 48 archivo 01 del expediente digital); posteriormente, dicha prestación fue reliquidada a través de la Resolución GNR 298393 del 10 de octubre de 2016, en cuantía inicial de \$7.598.113 desde el 1º de enero de 2011 (fs. 57 a 66 archivo 001 del expediente digital), e igualmente, mediante la Resolución SUB 55706 del 2 de marzo de 2021, se reliquidó en cuantía inicial de \$7.733.304 desde el 1º de enero de 2011 (fs. 101 a 110 archivo 01 del expediente digital); todo ello con base en el Acuerdo 049 de 1990 y una tasa de reemplazo del 81%; así mismo, se constata que el accionante cuenta con un total de 1.709 semanas, de las cuales 569,14 corresponden a servicios prestados al sector público, específicamente al Departamento Nacional de Planeación y no fueron cotizadas al ISS hoy Colpensiones (folio 103 archivo 01 del expediente digital); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de beneficiario del régimen de transición del demandante, resta por establecer si le asiste derecho a la reliquidación de su pensión, acorde a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta todos los tiempos que fueron cotizados al entonces ISS por diversos empleadores y los tiempos laborados a favor del sector público a través del Departamento de Planeación Nacional, dado que la parte pasiva considera que para el caso del convocante, no resulta procedente tal pedimento.

Así, en aras de desatar el objeto de la Litis planteada, y en lo que atañe a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por vía del régimen de transición, considerando para el efecto tiempos cotizados al otrora ISS y los servicios públicos cotizados a cajas de previsión social, o laborados a favor de un empleador de naturaleza pública, ha indicado la Corte Suprema de Justicia en la reciente sentencia SL1947 de 2020 que:

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

«(...) No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de

consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.» (Resalta la Sala)

El anterior criterio jurisprudencial, ha sido reiterado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias SL1981-2020 y SL2523 de 2020, de manera que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas, contrario a lo afirmado en la

alzada, dado que en la actualidad dicha interpretación constituye doctrina probable al existir a lo menos 3 pronunciamientos en tal sentido, que no se limita al reconocimiento del derecho pensional, pues la Alta Corporación en sentencia SL3801-2021, reiteró su posición sobre el tema, en un caso similar al aquí estudiado, en el cual se pretendía la reliquidación pensional conforme al Acuerdo 049 de 1990, sin que para el efecto resulte relevante la fecha en que fueren proferidas las decisiones en referencia, o incluso la sentencia SU 769 de 2014, puesto que como lo resaltó el *A quo*, en el último caso analizado por la Corte Suprema de Justicia, se dio aplicación al criterio esbozado, pese a que al demandante se le había reconocido la pensión de vejez desde el 1º de septiembre de 2007.

Bajo lo anteriores derroteros, se tiene que el demandante acredita los requisitos establecidos en el artículo 12 *ejusdem*, al cumplir 60 años de edad el 25 de mayo de 2010, como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 21 archivo 01 del expediente digital, además, acredita un total de 1.709 semanas, incluidas las cotizaciones realizadas al otrora ISS y los servicios prestados a favor del Departamento Nacional de Planeación del 25 de julio de 1975 al 9 de noviembre de 1986, conforme a la Resolución SUB 55706 del 2 de marzo de 2021 (fs. 101 a 110 archivo 01 del expediente digital), es decir, que cuenta con más de las 1000 semanas mínimas requeridas por la norma aplicable, de lo cual se concluye que tiene derecho a que su pensión sea reconocida en los términos del Acuerdo 049 de 1990, como así lo determinó sin discusión la entidad demandada.

Ahora bien, en lo que se refiere a la tasa de reemplazo a aplicar se debe tener en cuenta que para las personas beneficiarias del régimen de transición, no es otra que la contemplada en la norma anterior llamada a regir el caso. En tal medida, el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, establece que la tasa de reemplazo para pensiones de vejez corresponde al 45% del salario base mensual, incrementado en un 3% por cada 50 semanas cotizadas con posterioridad a las primeras 500 semanas.

Bajo esta óptica, considerando la densidad de 1.709 semanas que la propia demandada reconoció en su Resolución SUB 55706 del 2 de marzo de 2021 (fs. 101 a 110 archivo 01 del expediente digital), se concluye que la tasa de reemplazo a aplicar es del 90%, como acertadamente lo consideró la falladora de primera instancia.

Ello, sobre el IBL definido en el acto administrativo en referencia, esto es, el valor de \$9.253.939, que corresponde al promedio de lo cotizado por el convocante en los últimos 10 años de servicios, pues sobre este aspecto no se planteó discusión por la parte activa, y tampoco está llamado a su modificación con la inclusión de los tiempos públicos laborados en el Departamento Nacional de Planeación, dado que como se dijo, los mismos fueron prestados por el actor de manera interrumpida del 25 de julio de 1975 al 9 de noviembre de 1986.

De manera que, al efectuar las correspondientes operaciones aritméticas se tiene que, la mesada pensional que debe ser reconocida al actor desde el 1º de enero de 2011, equivale a \$8.328.545, siendo del caso modificar la sentencia aquí estudiada, pues aunque el Juzgado determinó dicho monto en su decisión, erró en la fecha de causación de la prestación, al referir que lo era el 1º de diciembre de 2011, lo cual entiende la Sala que correspondió a un *lapsus calami*, toda vez que la demandada acepta que la prestación se causó desde el 1º de enero de 2011, en los diferentes actos administrativos obrantes en el proceso.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante a la reliquidación pensional, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a su favor.

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido

la acción, en regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En el caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que la pensión de vejez se reconoció desde el 1º de enero de 2011, la reclamación tendiente a su reliquidación se elevó el 13 de enero de 2014, como se indica en la Resolución GNR 227317 del 19 de junio de 2014 (fs. 43 a 48 archivo 01 del expediente digital), misma que fue confirmada mediante la Resolución VPB 71190 del 20 de noviembre de 2015 (fs. 50 a 56 archivo 01 del expediente digital) y, la demanda se radicó ante la oficina judicial de reparto el 26 de agosto de 2021 (archivo 02 del expediente digital), por manera que se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción las diferencias causadas con anterioridad al 26 de agosto de 2018, no siendo del caso considerar las peticiones posteriores de reliquidación pensional elevadas por la parte activa, dado que esto no fue tomado por el Juzgado de Conocimiento, al considerar que tal fenómeno se interrumpió con la presentación de la demanda; aunado a que ello beneficia al demandante y este puntual aspecto se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Se suma a lo dicho que, en el presente caso no es procedente considerar el período de suspensión de términos decretada por el Consejo Superior de la Judicatura durante la pandemia, dado que ello solo tiene lugar para aquellos casos en los cuales el término de prescripción estaba próximo a vencer entre el 16 de marzo y el 31 de junio de 2020.

Puestas así las cosas, se modificará la sentencia de primer grado, en aras de precisar que la prescripción afectó las diferencias pensionales causadas a favor del actor con anterioridad al 26 de agosto de 2018.

ACTUALIZACIÓN DIFERENCIAS PENSIONALES

En aras de revisar y actualizar el valor de las diferencias pensionales reconocidas por el Juzgado de Conocimiento, se tiene que la encartada adeuda por tal concepto a favor del actor la suma de \$48.835.442 por concepto de diferencias pensionales causadas desde el 26 de agosto de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2022, debiendo pagar además las que se causen con posterioridad.

TABLA MESADA PENSIONAL			
AÑO	IPC	MESADA RECONOCIDA	MESADA RELIQUIDADADA
2018	4,09%	\$ 10.205.481	\$ 10.991.009
2019	3,18%	\$ 10.530.015	\$ 11.340.523,09
2020	3,80%	\$ 10.930.156	\$ 11.771.462,96
2021	1,61%	\$ 11.106.132	\$ 11.960.983,52
2022	5,62%	\$ 11.730.296,62	\$ 12.633.190,79

TABLA DIFERENCIAS PENSIONALES			
AÑO	DIFERENCIAS	NO DE MESADAS	SUBTOTAL
2018	\$ 785.528	6	\$ 4.713.168
2019	\$ 810.508,09	14	\$ 11.347.113,21
2020	\$ 841.306,96	14	\$ 11.778.297,49
2021	\$ 854.851,52	14	\$ 11.967.921,24
2022	\$ 902.894,17	10	\$ 9.028.941,72
			\$ 48.835.441,66

Dichas sumas deberán indexarse desde que cada diferencia se hizo exigible, hasta la fecha en que se efectúe su pago, conforme al fenómeno inflacionario de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, como así lo definió el *a quo*.

COSTAS. En esta instancia a cargo de la parte demandada, dado el resultado de la alzada. Se fijan como agencias en derecho de segunda instancia la suma de 1 SMLMV.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia del 13 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, a reliquidar la pensión de vejez del señor ROBERTO ALBORNOZ MIRANDA, bajo los parámetros del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%, en cuantía inicial de \$8.328.545 para el 1º de enero de 2011, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia del 13 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, a pagar al actor, el retroactivo por las diferencias entre la mesada pensional reconocida a través de la Resolución 019153 del 9 de junio de 2011, reliquidada mediante la Resolución GNR 227317 del 19 de junio de 2014, y posteriormente, a través de la Resolución GNR 298393 del 10 de octubre de 2016 y la determinada en esta sentencia, a partir del 26 de agosto de 2018, teniendo en cuenta el fenómeno de prescripción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia del 13 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso de la referencia, en el sentido de

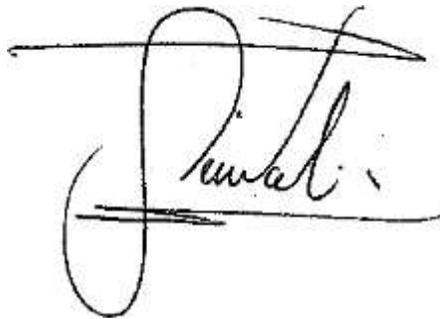
CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante el valor de \$48.835.442 por concepto de diferencias pensionales causadas desde el 26 de agosto de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2022, debidamente indexadas al momento de su pago, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia aquí estudiada.

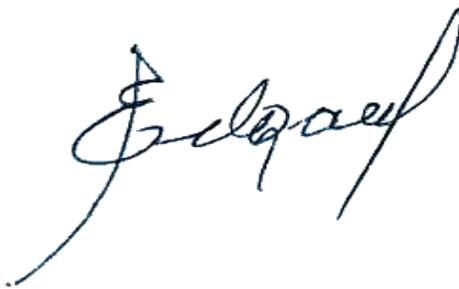
QUINTO: COSTAS. En esta instancia a cargo de la parte demandada, dado el resultado de la alzada. Se fijan como agencias en derecho de segunda instancia la suma de 1 SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-022-2017-00759-01
DEMANDANTE:	MARÍA INÉS GRACIA CUENCA
DEMANDADO:	YURI VARGAS DE FAWCETT
ASUNTO:	Apelación Sentencia 27 de julio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA INÉS GRACIA CUENCA** contra **YURI VARGAS DE FAWCETT**, con radicado No. **11001-31-05-022-2017-00759-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora MARÍA INÉS GRACIA CUENCA a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad con la señora YURI VARGAS DE FAWCETT del 31 de julio de 1996 al 25 de septiembre de 2015, terminado por decisión unilateral de la parte empleadora; en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, el valor que corresponde a los servicios prestados durante 320 festivos, sanción por falta de consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, aportes al Sistema General de Seguridad Social integral; todo ello, por todo el tiempo de vigencia de la relación laboral, junto con la pensión sanción, y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que laboró para la empresa de propiedad de la señora Yuri Vargas de Fawcett durante 5 años, siendo liquidado su contrato, el 30 de julio de 1.996, no obstante, el 31 de julio de similar año le fue ordenado por dicha persona natural que prestara servicios como empleada del servicio doméstico en su residencia, recibiendo como contraprestación, el salario mínimo legal mensual vigente, el cual fue incrementado anualmente conforme lo disponía el gobierno nacional. Adujo que el nexos laboral fue terminado el 25 de septiembre de 2015 por la demandada, sin indicar justa causa para el efecto. Agregó que nunca le fue reconocido y pagado por la empleadora las prestaciones sociales, vacaciones, dotaciones, ni tampoco la afilió Sistema de Seguridad Social en pensión, salud y riesgos profesionales, pese a que ello le fue reclamado, incluso a través del Ministerio del Trabajo, pues fue citada a dicha entidad para la celebración de audiencia de conciliación, sin embargo, la demandada no compareció, ni justificó su ausencia.

¹ Folios 7 a 40 archivo 001 del expediente digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

YURI VARGAS DE FAWCETT²

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que nunca existió con la demandante contrato de trabajo. Añadió que la activa no prestó servicios a su favor desde el 31 de julio de 1996, pues en realidad ello ocurrió desde el año 2012, de manera ocasional y para la elaboración de comidas y limpieza de enseres en reuniones sociales o familiares, acotando que, no ejerció sobre la actora ninguna subordinación o dependencia, ya que no le exigió ningún horario de trabajo, ni estuvo sometida a poder disciplinario o reglamentario. Concluyó advirtiendo que cualquier controversia suscitada entre las partes por los servicios aludidos, fue solucionada mediante acuerdo transaccional de fecha 17 de diciembre de 2015, por virtud del cual canceló a la demandante la suma de \$800.000, y por tal motivo, está la declaró a paz y salvo por todo concepto.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, cosa juzgada, prescripción, buena fe y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de julio de 2022, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante; declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y condenó en costas a la convocante.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo*, previa mención de los presupuestos normativos y jurisprudenciales para la declaratoria de un contrato de trabajo, que no es motivo de controversia la prestación personal del servicio de la

² Folios 54 a 80 archivo 001 del expediente digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

demandante en actividades domésticas a favor del extremo pasivo, pues así fue aceptado en la contestación de la demanda, por manera que ha operado a su favor la presunción de que trata el artículo 24 del CST; sin embargo, dijo que la activa pese a referir en su escrito de demanda que laboró para la encartada del 31 de julio de 1996 al mes de septiembre de 2015, fue clara en referir en su interrogatorio de parte, que no laboró por la totalidad de ese tiempo, pues también prestó sus servicios a otras personas, como las hermanas y la madre de la pasiva, lo cual además, era independiente de la labor desempeñada a favor de la demandada, siendo evidentes las contradicciones que existen con lo manifestado en el *libelo genitor*, en el que no se puso de presente la circunstancia que la activa laboró para otros empleadores; mucho menos probó la accionante los días en los cuales prestó sus servicios a favor de la aquí convocada, lo cual imposibilita determinar el valor de las prestaciones e indemnizaciones perseguidas. Añadió que del acuerdo transaccional celebrado entre las partes no es posible advertir confesión, pues el mismo no tiene la fuerza de acreditar un vínculo de subordinación, y tampoco de él, es posible advertir los días en los que laboró la trabajadora, el horario o el salario percibido, por manera que la activa no cumplió con su carga de probar estos últimos aspectos.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** sustenta el recurso de apelación alegando que, el análisis efectuado por el Juzgado de Conocimiento presenta un error evidente, al considerar que se pretende el reconocimiento del contrato de trabajo alegado desde el año 2016, cuando lo cierto es que en la demanda se planteó como extremo inicial el 31 de julio de 1996. Dijo que si bien en el *libelo genitor* no se determinaron los días en los cuales prestó los servicios a favor de la parte demandada, tampoco es correcta la valoración efectuada por el Juzgado de Conocimiento respecto al interrogatorio de parte rendido por la activa, porque esta nunca dijo que trabajó para la oficina de la familia de la demandada y después de ello se iba a su casa a continuar prestando sus servicios; por el contrario, lo que se dijo desde la demanda y se encuentra probado en el proceso, es que por un término de 5 años, la demandante prestó sus servicios en la empresa familiar, lo cual ocurrió hasta el 30 de julio de 1995 y a partir del 31 de julio de 1996, comenzó a laborar en el hogar de

la demandada en labores de servicio doméstico, debido al accidente que sufrió en ese entonces. Agregó que los testigos de la parte demandada acreditan que la actora prestó sus servicios en la casa de la señora Vargas de Fawcett, pues nótese que el cónyuge de esta afirmó que la veía en su casa en reuniones sociales, y en una cantidad de actividades, dado que la persona que regularmente les apoyaba, no era suficiente para cubrir todas las labores; aunado a que, si bien laboró para las hermanas de la convocada, ello ocurrió por orden de la empleadora, quien además, asumía el pago de su remuneración, misma que si bien no se pudo establecer en su monto, se entiende que equivale al salario mínimo legal.

Adujo que tal como lo indicó la falladora de primera instancia, en el caso analizado, existió un contrato de trabajo, de manera que bajo ninguna circunstancia se puede desconocer el reconocimiento y pago de las prestaciones que de él se derivan, menos aun cuando la accionada dijo en su contestación que los servicios fueron prestados por lo menos desde el año 2012, dos veces a la semanas, siendo entonces lo procedente reconocer los derechos peticionados, teniendo en cuenta estos supuestos aceptados por el extremo pasivo, y considerando para el efecto el salario mínimo legal mensual vigente.

Concluyó que contrario a lo señalado por el Despacho, de la transacción sí emana una confesión relativa a que entre las partes existió un contrato de trabajo, pues es por ello que le reconocieron a la trabajadora un monto de \$800.000, a título de prestaciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante allegó sus alegaciones finales.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al recurso interpuesto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar: si se conjugan los presupuestos para establecer la existencia de un contrato de trabajo entre los extremos procesales; conforme a los resultados, definir la viabilidad en fulminar condena a título de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, aportes al Sistema de Seguridad Social integral y pensión sanción.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

RELACIÓN LABORAL

En lo referente a la relación laboral y los extremos, como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al demandante demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, al tenor de lo preceptuado por el artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil –Ley 1564 de 2012-, aplicable por analogía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Se sigue de lo anterior, la necesaria comprobación de los medios probatorios incorporados a juicio a fin de establecer si la parte reclamante cumplió con la carga que le incumbía, es decir, si logró demostrar la prestación personal del servicio para enmarcar su nexos en la presunción establecida por el artículo 24 del Código

Sustantivo del Trabajo, que señala “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”.

Resulta necesario que el demandado, a su turno, en ejercicio de su facultad probatoria, desvirtúe la presunción legal y lleve al juzgador de instancia a un convencimiento de tal entidad, que conduzca a concluir que en la actividad ejecutada por el reclamante jurisdiccional no se presentaron los elementos del contrato laboral de que trata el artículo 23 del C.S.T., advirtiendo que conforme a la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia del 24 de abril de 2012 radicado 39600 con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, si de las pruebas obrantes en el proceso se logra acreditar la prestación personal del servicio, se presume *iuris tantum* la subordinación en la relación de trabajo, enseñanzas que dispusieron:

«Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente»

Acorde con ello, esta Sala de Decisión analiza las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPL, no sin antes advertir que tal y como lo refirió el Juzgado de Conocimiento y lo reitera la parte recurrente en su alzada, es claro que el debate no gravita en la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la pasiva, pues desde el escrito de contestación de la demanda, esta aceptó que la actora comenzó a prestar servicios a su favor en el año 2012, de manera ocasional en reuniones familiares y sociales (fs. 68 a 63 archivo 001 del expediente digital). Situación que fue ratificada por la pasiva en su interrogatorio de parte y por los testigos Juan Manuel Fawcett y Juan David Fawcett Vargas, quienes pueden escucharse en el archivo de audio 021 del expediente digital.

Por manera que, como lo indicó la falladora de primera instancia en el presente caso operó la presunción prevista por el artículo 24 del CST; empero, se

corroborar que el dislate persiste en la ausencia de extremos temporales del vínculo, así como la habitualidad e intencionalidad en su ejecución, que permita efectuar el cálculo de las acreencias debidas, lo cual se encuentra soportado en lo manifestado por la propia demandante en su interrogatorio de parte, porque contrario a lo referido en la alzada, esta fue clara en advertir que de la oficina familiar de la parte pasiva, salía para su casa y allí trabajaba hasta las 10 u 11 de la noche, acotando que trabajó con la Doctora Carmenza, hermana de la demandante, la señora Carmen, mamá de esta y con todas sus hermanas, siendo dichas personas quienes le remuneraban directamente la labor (Min. 26:53 a 35:44 archivo 21 del expediente digital).

De manera que, como lo advirtió el Juzgado de Conocimiento, mientras existió el nexo contractual entre las partes, la actora prestó servicios a otros empleadores, circunstancia que lógicamente le impedía desempeñar la labor encomendada por la convocada diariamente; esta situación de manera diáfana imposibilita el reconocimiento de las prestaciones perseguidas, pues nótese que no existe prueba en el paginarío, que permita establecer los extremos temporales de la relación laboral, ni los días y el horario, en que esta prestó el servicio.

Ello es así, porque no resulta suficiente lo manifestado en la contestación de la demanda, en tanto la accionada solo dijo de manera genérica que los servicios fueron prestados por la actora de manera esporádica desde el año 2012, sin precisar fecha exacta, días y horario en el que la actora comparecía a su hogar; tampoco fue precisa en referir fecha de finalización del contrato, lo cual de manera alguna puede extraerse de su interrogatorio de parte, pues nótese que esta solo manifestó que la actora trabajó a su servicio de manera muy esporádica y no desde el año 1996, aunado a que su labor era discontinua y por ocasiones especiales, por unas horas, lo cual ocurría sin cumplir horario de trabajo (Min. 08:30 a 23:08 archivo 21 del expediente digital).

Lo anterior, fue ratificado por los testimonios recaudados en el proceso, pues los señores Juan Manuel Fawcett y Juan David Fawcett Vargas, en calidad de esposo e hijo de la demandada, respectivamente, indicaron que la actora prestaba sus servicios de manera esporádica en su casa, sin indicar extremos laborales, ni

frecuencia de las actividades desarrolladas; y si bien el señor Juan Manuel Fawcett indicó que podía ver a la activa entre una o dos veces al mes, también fue claro en señalar que, en muchas ocasiones se requirió a la demandante para que esta trabajara, sin embargo, ella se negaba, respondiendo que no podía hacerlo.

Conforme a lo expuesto, es claro que existe una imposibilidad de consumir un cómputo real de días en la semana, el mes o un año prestado, para con ello, desprender el valor de los jornales en cada ciclo de pago y, de contera, ratificar las posibles sumas debidas por acreencias laborales, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás pretensiones reclamadas en el escrito de demanda.

De manera que, no queda otra solución al presente debate que la confirmación del fallo impartido por el *A quo*, en tanto no se acreditaron diáfananamente los extremos temporales y los ciclos ejecutados por la trabajadora, lo cual tampoco puede constatarse en el acuerdo transaccional visible a folios 81 a 82, dado que el mismo no tiene esos efectos legales, y en todo caso, en su contenido, si bien las partes indicaron que la activa prestó sus servicios desde el año 2012 hasta el 31 de mayo de 2015, lo cierto es que también establecieron de manera clara que ello lo fue de manera independiente, sin subordinación de la demandante, en forma discontinua e intermitente, permaneciendo así la falta de claridad sobre las horas, los días a la semana o al mes, en los que prestó lo servicios la convocante en beneficio de la pasiva.

Por manera que, resulta a la Sala imposible impartir condena por los extremos aducidos en la demanda, o desde el año 2012, como así se petitionó en el recurso de apelación aquí propuesto.

Recuérdese que era deber de la parte que alega, si quiera allegar prueba que conduzca a corroborar los extremos temporales y la continuidad del servicio en tal interregno al tenor del artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión analógica de que trata el artículo 145 del Estatuto Adjetivo Laboral, y sin que ello pueda entenderse suplido con la indicación esbozada por la demandante en el curso del litigio; por lo que habrá de confirmarse la decisión impartida por el *A quo*.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante, se fijan como agencias en derecho de segunda instancia un SMLMV.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

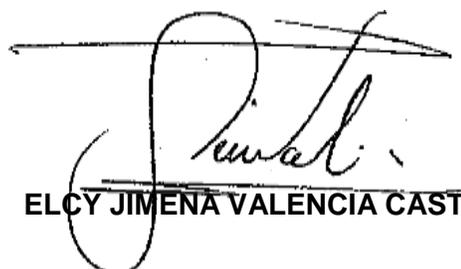
RESUELVE:

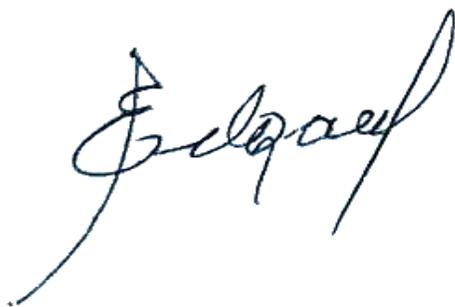
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARÍA INÉS GRACIA CUENCA** contra **YURI VARGAS DE FAWCETT**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante, se fijan como agencias en derecho de segunda instancia un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-031-2021-00588-01
DEMANDANTE:	JUDITH FONSECA MARROQUÍN
DEMANDADO:	CONTACT XENTRO S.A.S.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 27 de julio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes en contra de la sentencia del 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JUDITH FONSECA MARROQUÍN** contra **CONTACT XENTRO S.A.S.**, con radicado No. **11001-31-05-031-2021-00588-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora JUDITH FONSECA MARROQUÍN a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad con la demandada CONTACT XENTRO S.A.S. del “15 de enero de 2020 al 15 de febrero de 2020”, el cual fue terminado sin justa causa por la parte pasiva; en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de los salarios generados entre el 15 de enero de 2021 al 15 de febrero de 2021, subsidio de conectividad por el período comprendido entre el 1º de enero de 2021 al 15 de febrero de 2021, indemnización por despido sin justa causa, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, todo ello, por el tiempo laborado, esto es, del 15 de enero de 2020 al 15 de febrero de 2021, junto con la indemnización moratoria, indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 15 de enero de 2020, fue contratada de manera verbal por el representante legal de la encartada, mediante un contrato de prestación de servicios, para desempeñar el cargo de Asesora Externa de Cobranzas, devengando como remuneración un salario básico de \$800.000, más la suma de \$300.000 a título de comisión por recuperación de cartera. Dijo que prestó los servicios desde su casa, cumpliendo el horario de lunes a sábado de 8:00 a.m. a 6:00 pm, mismo que fue establecido por la parte empleadora. Adujo que durante la ejecución de la labor recibió órdenes de su jefe inmediato, destacando que quien fungió como tal, fue la señora Giovanna Fonseca Marroquín, además debía rendir informes por exigencia de su empleador, acotando que muchos de ellos los remitió vía whatsapp o por correo electrónico. Añadió que el pago del salario le era realizado de manera quincenal a través de Daviplata y previa presentación de una cuenta de cobro, e igualmente, le era reconocido un subsidio de conectividad por internet, de manera mensual, en valor de \$102.853. Que la demandada no le permitía delegar sus funciones y siempre ejerció supervisión en relación con el cumplimiento de metas. Señaló que nunca fue afiliada

¹ Folios 4 a 14 archivo 001 del expediente digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

al Sistema de Seguridad Social Integral por parte de la convocada y que fue esta quien dio por terminada la relación laboral a través de carta remitida vía correo electrónico, en la cual se le informó que quedaba rescindido el vínculo suscrito por ambas partes a partir del 15 de febrero de 2021. Concluye indicando que la accionada le adeuda los salarios causados del 15 al 30 de enero de 2021 y del 1º al 15 de febrero de similar año, al igual que el subsidio de conectividad a internet desde el 1º de enero al 15 de febrero de 2021, amén que tampoco le reconoció prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CONTACT XENTRO S.A.S.²

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que con la demandada nunca existió un contrato de trabajo, puesto que entre las partes medió un contrato de tipo civil o comercial con ocasión al contrato de prestación de servicios celebrado, y por tanto, no tiene la obligación de reconocer y pagar los derechos laborales que se reclaman.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia presupuestos fácticos y jurídicos que hagan procedente declaración de un contrato realidad y/o relación laboral, inexistencia de subordinación jurídica, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación, pago y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de julio de 2022, declaró que entre las partes no existió un contrato de trabajo, sino un contrato de prestación de servicios que terminó el 15 de febrero del año 2021 y que comenzó el 30 de marzo del año 2020; absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante; condenó a la convocada, en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita*, a pagar a favor de la señora

² Folios 3 a 14 archivo 010 del expediente digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

FONSECA MARROQUÍN, la suma de \$1.004.144 y condenó en costas a la demandada.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo*, previa mención de los presupuestos normativos y jurisprudenciales para la declaratoria de un contrato de trabajo y del trabajo remoto, que conforme a los testimonios recaudados en las diligencias y las cuentas de cobro adosadas por la encartada, es claro que la actora prestó sus servicios a favor de la pasiva del mes de abril de 2020 al 15 de febrero de 2021, correspondiéndole a la demandada desvirtuar la presunción de que trata el artículo 24 del CST, es decir, que su servicio no fue en ejecución de un contrato de trabajo, sino de un vínculo de naturaleza distinta; carga que cumplió la demandada a través de la prueba testimonial, puesto que conforme al dicho de las declarantes, la activa se encargaba de la gestión de cobranza de los clientes del Fondo Nacional del Ahorro, conforme a una base que la supervisora le remitía, lo cual realizaba desde su casa de habitación, sin cumplimiento de un horario de trabajo y sin vigilancia alguna, labor que le era retribuida a través de los honorarios pactados, previa presentación de una cuenta de cobro, siendo claro para el Despacho que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de prestación de servicios, que corresponde a la definición del contrato de mandato previsto en el artículo 2542 del C.C. Concluyó que al ser dicho contrato un mandato remunerado, en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* es procedente impartir condena a título de honorarios correspondientes a la segunda quincena del mes de enero de 2021, y a la primera quincena del mes de febrero de símil año, en cuanto no existe discusión que tales rubros se le adeudan a la parte activa, a lo que además, sumó el reconocimiento por el auxilio de conectividad a internet, que corresponden a los meses de enero y febrero del año 2021.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** sustenta el recurso de apelación alegando que, en el caso analizado se encuentra probado que el vínculo que ató a las partes, en realidad correspondió a un contrato de trabajo, pues pese a que el representante legal de la convocada le indicó a la demandante que, este se trataba de un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que desde el primer día de ejecución de sus

labores, a la activa se le exigió el cumplimiento de un horario desde su casa, aunado a que debía presentar un informe diario a su jefe inmediato, vía correo electrónico o a través de mensajes de whatsapp, los cuales se encuentran aportados en el proceso. Añadió que la actora no tenía libertad ni independencia para ejecutar sus funciones, antes bien, estaba sujeta a las instrucciones de la parte empleadora, por lo que en virtud del principio de la realidad sobre las formalidades y advirtiendo que concurren los elementos del artículo 23 del CST, es menester reconocer la relación laboral perseguida, máxime que no podía delegar sus funciones, sino que la actividad debía ser desarrollada de manera personal, bajo las instrucciones de la pasiva, porque esta entregaba diariamente una base de datos de clientes y le refería con quiénes debía comunicarse.

Acotó que si bien a la demandante no se le hizo ningún llamado de atención, ello obedeció al hecho que siempre cumplió con las metas que le fueron impuestas, pero tal circunstancia no descarta la facultad de la empleadora de llamarle la atención. Concluyó que la demandada le reconocía un auxilio de conectividad a la demandante, lo cual es propio en un contrato de trabajo, aunado a que la demandada en su carta de terminación del vínculo fue clara en indicar que finalizaba la relación laboral, siendo claro su convencimiento de la existencia del mismo.

A su turno, la **DEMANDADA** formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto que, no es procedente la condena en costas en su contra, de acuerdo con el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, dado que fue absuelta de todas las pretensiones principales incoadas en su contra.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los extremos procesales presentaron sus alegaciones finales, reiterando los argumentos de los recursos de apelación.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los recursos interpuestos, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar: si se conjugan los presupuestos para establecer la existencia de un contrato de trabajo entre los extremos procesales, del 15 de enero de 2020 al 15 de febrero de 2021; conforme a las resultas, definir la viabilidad en fulminar condena a título de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, aportes al Sistema de Seguridad social en pensiones y las costas a cargo de la sociedad llamada a la acción.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver los recursos de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

RELACIÓN LABORAL

En lo referente a la relación laboral y los extremos, como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al demandante demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, al tenor de lo preceptuado por el artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil –Ley 1564 de 2012-, aplicable por analogía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Se sigue de lo anterior, la necesaria comprobación de los medios probatorios incorporados a juicio a fin de establecer si la parte reclamante cumplió con la carga

que le incumbía y, en consecuencia, logró demostrar la prestación personal del servicio para enmarcar su nexo en la presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”.

Resulta necesario que el demandado, a su turno, en ejercicio de su facultad probatoria, desvirtúe la presunción legal y lleve al juzgador de instancia a un convencimiento de tal entidad, que conduzca a concluir que en la actividad ejecutada por el reclamante jurisdiccional no se presentaron los elementos del contrato laboral de que trata el artículo 23 del C.S.T., advirtiendo que conforme a la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia del 24 de abril de 2012 radicado 39.600 con Ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, si de las pruebas obrantes en el proceso se logra acreditar la prestación personal del servicio, se presume *iuris tantum* la subordinación en la relación de trabajo, enseñanzas que dispusieron:

“Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente”.

Tales verificaciones, resultan extensivas al denominado trabajo remoto que fue introducido a la legislación nacional por la Ley 2121 de 2021, como una forma de ejecución del contrato de trabajo “*(...) en la cual toda la relación laboral, desde su inicio hasta su terminación, se debe realizar de manera remota mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones u otro medio o mecanismo, donde el empleador y trabajador no interactúan físicamente a lo largo de la vinculación contractual. En todo caso, esta forma de ejecución no comparte los elementos constitutivos y regulados para el teletrabajo y/o trabajo en casa y las normas que lo modifiquen*”.³

³ Literal a. artículo 3º de la Ley 2121 de 2021.

En ese orden, se tiene que la modalidad de contratación en referencia, no se encuentra desligada de las normas que regulan el contrato de trabajo, esto es, de lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, y menos aun cuando la misma Ley 2121 de 2021 en su literal a) artículo 4º previó que *“El trabajo remoto requerirá para todos los efectos, la concurrencia de los elementos esenciales mencionados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo”*.

Precisado lo anterior, esta Sala de Decisión analiza las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPL, para lo cual ha de advertir en primer lugar que tal y como lo refirió el Juzgado de Conocimiento, es claro que el debate no gravita en la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la pasiva, pues desde el escrito de contestación de la demanda, esta aceptó que la actora comenzó a prestar servicios a su favor de manera autónoma e independiente desde el mes de abril del año 2020 (folio 3 archivo 010 del expediente digital), aunado a que obran en el paginario diferentes cuentas de cobro radicadas por la parte activa ante la demandada, a razón de la labor ejecutada a título de gestión cobro campaña FNA, que datan del 20 de mayo de 2020 al 23 de febrero de 2021 (fs. 32 a 52 archivo 003 del expediente digital).

Tal prestación, además, fue ratificada por la pasiva en su interrogatorio de parte y por las testigos Yeimmy Liliana Medina Hernández y Sandra Esmeralda Sánchez, quienes pueden escucharse en el archivo de audio 014 del expediente digital.

Por manera que, como lo indicó la falladora de primera instancia en el presente caso operó la presunción prevista por el artículo 24 del CST, de suerte que como se indicó precedentemente, era carga de la demandada desvirtuar que las labores ejecutadas por la demandante, lo fueron sin estar sujeta a ningún tipo de subordinación, tarea que en efecto fue cumplida por la encartada a través de la testimonial que fue decretada a su favor.

Así, nótese que la testigo Yeimmy Liliana Medina Hernández, quien dijo ostentar el cargo de Supervisora en la sociedad demanda, adujo que trabajó con la

activa de enero de 2021 a febrero de 2021, acotando que con esta se había celebrado un contrato de prestación de servicios, para lo cual se le entregaba un listado o una base de datos que ella gestionaba desde su casa o donde ella se encontrara, ya que para el efecto se le entregó un usuario y una contraseña de una plataforma. Señaló que a la actora no se le exigían informes, pues al final del mes solo se le solicitaba una proyección de recaudo, acotando que, como la propia demandante lo indicaba, ella manejaba su base de manera única y personal, disponiendo del tiempo a su criterio, pues no se le impuso un horario de trabajo. Concluyó afirmando que nunca se le hizo un llamado de atención, ni se le allegó memorando a la demandante.

En igual sentido, rindió su declaración la señora Sandra Esmeralda Sánchez, quien compareció como empleada del área de Talento Humano de la convocada. Dijo que la demandante prestó sus servicios a favor de la sociedad llamada a la acción para la campaña del Fondo Nacional del Ahorro, entre el mes de mayo de 2020 y el mes de febrero de 2021, precisando que la activa realizaba una gestión de cobranza a los clientes de Disproyectos, lo cual efectuada desde su casa, según su libre albedrío, teniendo en cuenta una base de datos que le entregaba la supervisora Yeimmy Liliana Medina. Que para el pago de la labor, la demandante pasaba una cuenta de cobro, cuyo valor dependía del recaudo que efectuara en el mes.

De las declaraciones en referencia, es claro que la demandante no estaba sujeta a ninguna subordinación por la parte activa, puesto que desde su casa o desde cualquier lugar desarrollaba su labor de cobro, en los horarios por ella dispuestos y sin que le fueran suministrados elementos de la convocada, pues conforme al dicho de los declarantes, únicamente se le entregaba una base de datos por la supervisora del contrato, respecto de la cual además, disponía la forma o la manera en cómo sería gestionada; siendo por tanto claro para la Sala, que la demandante ejecutó la labor de manera autónoma e independiente y sin que sobre ella se desplegara ningún poder subordinante, como es el caso de la imposición de una sanción o llamado de atención, pues de ello no existe prueba en el informativo, lo cual no se desvirtúa porque le fuera reconocido de manera mensual un auxilio por conectividad a internet, dado ese solo hecho no representa de ninguna manera

la característica exclusiva del contrato de trabajo, que corresponde a la subordinación laboral, misma que en todo caso no se infiere necesariamente de la actividad desplegada por la convocante, pues el cobro de cartera, *per se*, no involucra este elemento de la relación laboral, porque esta bien puede desplegarse bajo el propio criterio del contratista independiente.

Ahora bien, no desconoce la Sala que, como se advirtió en la alzada, en el expediente obran unos mensajes remitidos vía whatsapp, los cuales se pueden observar a folios 25 a 41 archivo 01 del expediente digital, sin embargo, ha de decirse que tales mensajes en esta ocasión no pueden ser valorados por esta Sala de Decisión, pues no ofrecen certeza sobre quién los elaboró y a quién iban dirigidos.

Así, obsérvese que todos los mensajes concurren en un grupo de whatsapp denominado FNA, en el cual escriben varias personas que no se pueden identificar plenamente, pues en él solo se hace mención escuetamente a Tito, Judith, Yeimy y Giovanna Nuevo, por manera que no existe claridad de quiénes son las personas que intervienen en tales conversaciones, ni medio tampoco elementos de convicción que permitan convencer a la Sala que en efecto era la aquí demandante, una de las personas que intervenía en las mismas, aunado que no se hizo un reconocimiento de tales mensajes, que le permitieran brindar al Colegiado la certeza requerida sobre sus intervinientes.

Sobre este punto, debe recordarse lo que ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL5246-2019, al modular que:

*“En estas condiciones, la Sala considera que las copias impresas de correos electrónicos, no tachadas de falsas por la persona a quien se oponen, **cuando permitan una mínima individualización, esto es cuando ofrezcan certeza sobre quien los ha elaborado, a quien se ha dirigido y cuándo, pueden ser valoradas, en tanto la individualización da lugar a asociar el contenido, lo que implica, a la luz del principio de buena fe, aceptar su autenticidad. Eso sí, de ello no se sigue que el medio de prueba resulte per se idóneo para la demostración que se pretende, pues su valoración estará sujeto a valoración conjunta y en especial de las reglas de la sana crítica.**”*

Lo anterior, sin perjuicio de que la parte que allegue los correos electrónicos, de entrada, solicite su reconocimiento o el Juez de manera oficiosa para los casos en que estos resulten controvertidos por la contraparte haga uso del reconocimiento del documento en los términos del artículo 272 del Código de Procedimiento Civil”.

Puestas así las cosas, advierte la Sala que acertó el Juzgado de Conocimiento al negar la existencia del contrato reclamado, toda vez que de la valoración conjunta de las pruebas que gozan de pleno valor, es posible advertir que se encuentra desvirtuada la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues en el presente caso concurren las condiciones que ampliamente han sido desarrolladas por la jurisprudencia para descartar la existencia de una relación laboral y considerar que entre las partes existió una relación de carácter civil, mismas que se encuentran claramente expuestas en la sentencia SL4282 de 2020, al indicar que:

“1. La presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo

La disposición señalada establece que «[...] se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo», y de vieja data se ha establecido el modo como ella opera: le corresponde a quien pretende ser tenido como trabajador demostrar la prestación personal del servicio, en tanto que el demandado, deberá desvirtuar y acreditar que no existió subordinación en la ejecución del contrato.

Sobre el particular, la decisión del Tribunal es prolija en señalar las cargas probatorias a cargo de cada una de las partes, a efectos de tener éxito en sus posiciones procesales.

Al respecto, esta Corte ha sido uniforme en sostener esta posición, tal como se lee en la sentencia CSJ SL686-2017, y que fuera recientemente reiterada en la sentencia CSJ SL1026-2019:

No sobra aclarar, que las apreciaciones del Tribunal sobre este punto, tampoco resultan equivocadas, pues, conforme al artículo 24 del C.S.T, al trabajador tan solo le basta demostrar la prestación personal del servicio, para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, como igualmente se ha dicho en múltiples oportunidades, de donde no es acertado afirmar que, en virtud de la carga de la prueba, quien alega la existencia de un contrato de trabajo debe demostrar los tres elementos que lo conforman, pues, a no dudarlo, la mencionada norma contiene una inversión de la carga de la prueba, que implica el deber para el empleador de desvirtuar dicha presunción.

2. El mínimo probatorio de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en función del ejercicio de la regla de juicio de la sana crítica

Al estar en presencia de una presunción legal, la demostración del hecho presumido implica la causación del efecto normativo previsto, de tal suerte que el interesado en evitar tal circunstancia habrá de asumir la carga de desvirtuar el supuesto fáctico, probando la inexistencia del factum que lo sustenta.

La contradicción de la presunción referida implica, que corresponde al demandado demostrar los supuestos fácticos en los que basa su defensa. Así lo dispone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que encuentra su equivalente en el 167 del Código General del Proceso, aplicable al caso, cuando establece que «[...] incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen».

Así las cosas, en asuntos en los que se discute la improcedencia de la presunción consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, como es el caso, se requerirá la satisfacción de un estándar probatorio de prueba mínima necesaria, como es la prestación del servicio.

Esto, traído al caso en examen implica que, para evitar la condena, el demandado deberá demostrar la inexistencia de la subordinación -elemento esencial del contrato de trabajo y diferencia específica de otros vínculos jurídicos en los que prevalece la prestación personal del servicio en condiciones de autonomía-, como regla de carga probatoria.

- *En virtud de lo anterior, el juez declarará la inexistencia de la relación laboral cuando encuentre acreditada la ausencia de subordinación sin que haya lugar a dudas, como regla de juicio al amparo de lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.*

- *Debe señalarse que, en asuntos como en el presente, concurren dos cargas probatorias: por una parte, la del demandante, en el sentido de demostrar la prestación personal del servicio que sirve de causa para la aplicación de la presunción establecida; y por otra, la del demandado, dirigida a demostrar la inexistencia de la prestación del servicio o de la subordinación, a efectos de derruir el presupuesto presuntivo”.*

Así las cosas, la Sala mayoritaria al desplegar la potestad que le concede el artículo 61 del CPT y de la SS, de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, ha logrado formar su convencimiento en torno a que la actora desplegó su actividad con autonomía e independencia, pues se insiste, de los testimonios resulta evidente

advertir que esta no estuvo sometida normas, instrucciones o directrices de la convocada, aunado a que nunca se le exigió el cumplimiento del horario de trabajo, ni su comparecencia a las instalaciones de la encartada, al tener la facultad de desarrollar sus actividades desde cualquier lugar, cuyo pago además, le era reconocido, previa presentación de cuenta de cobro, en valor que variaba de acuerdo a su propia gestión. Dimanando en la confirmación de la decisión impugnada sobre este puntual aspecto.

COSTAS

La demandada manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la imposición de costas procesales en su contra, dado que no prosperaron las pretensiones principales elevadas por la actora. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada la Juez de primer grado impuso condena en costas a cargo de la parte accionada, lo cual se encuentra ajustado a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues pese a que en efecto no prosperaron los pedimentos elevados por la parte activa, es claro que la accionada fue vencida en juicio al imponerse condena en su contra, por parte de la Juez de conocimiento quien desplegó sus facultades *ultra y extra petita*.

Motivo por el cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia sobre este puntual aspecto. En esta segunda instancia sin costas, dada la improsperidad de ambos recursos de apelación.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

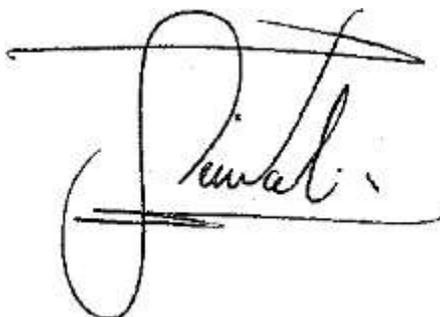
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JUDITH FONSECA MARROQUÍN contra CONTACT XENTRO S.A.S., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

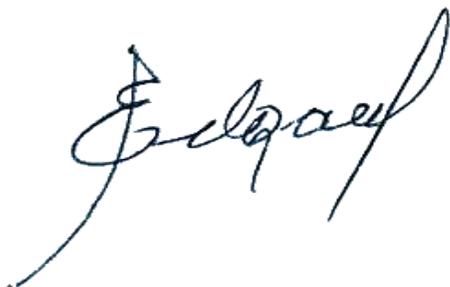
SEGUNDO: COSTAS se confirma la condena en costas impuesta en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas, dada la improsperidad de ambos recursos de apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

(Salva voto)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-031-2021-00421-01
DEMANDANTE:	LUIS RAMÓN SÁNCHEZ
DEMANDADO:	ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 17 de junio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 17 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS RAMÓN SÁNCHEZ** contra **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-031-2021-00421-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El señor LUIS RAMÓN SÁNCHEZ a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad con la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. del 1º de junio de 1998 al 4 de septiembre de 2018, desempeñando el cargo de Auxiliar de Bodega, el cual fue terminado por decisión unilateral y sin justa causa por la empleadora; en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago del auxilio de transporte, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, sanción por falta de consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, aportes al Sistema General de Seguridad Social; todo ello, liquidado con base en el salario mínimo legal, por todo el tiempo de vigencia de la relación laboral, junto con la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios personales a favor de la demandada, a través de un contrato verbal a término indefinido, del 1º de junio de 1998 al 4 de septiembre de 2018, mismo que fue terminado por decisión unilateral del empleador. Adujo que sus actividades se desarrollaron en las bodegas de lubricantes, secciones 1 a 4, ubicadas en el Kilómetro 4 Vía Cimitá de Girón Santander, en un horario de lunes a viernes de 7 am a 12 m y de 2pm a 5pm. Que la labor era desarrollada bajo la continua dependencia y subordinación del Jefe de Bodega Ismael Mendoza y de Maritza Blanco, quienes impartían instrucciones directas, a través de orden de compra o acta de entrega de servicio. Indicó que durante los últimos 5 años de vigencia del nexo laboral la demandada realizaba el pago de la remuneración a través de una empresa denominada Multiservicios López, con el fin de ocultar la existencia del contrato, además, con anterioridad al surgimiento de tal sociedad, los pagos se efectuaban de forma diaria o semanal, dependiendo del flujo de caja. Añadió que entre Multiservicios López y los trabajadores a los que realizaba el pago, no existía ninguna relación laboral, además, para ingresar a su lugar de trabajo, debía contar con la autorización de la demandada. Dijo que la relación convenida entre las partes

¹ Folios 1 a 10 archivo 001 y 3 a 10 archivo 005 del expediente digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

fue variable, sin embargo, se establece que para efectos de la presente reclamación, la misma asciende a la suma de un SMLMV. Que durante la vigencia del contrato de trabajo no le fueron reconocidas las prestaciones sociales, las vacaciones, calzado y vestido de labor, aportes al sistema general de seguridad social. Concluyó indicando que el 4 de septiembre de 2018, fue su último día de trabajo, pues los funcionarios de la convocada le manifestaron que la empresa ya no operaría en Girón, ni en el área metropolitana de Bucaramanga, pues la misma se trasladaría a la ciudad de Cartagena, lo cual ocurrió sin que se le reconociera la liquidación definitiva del contrato de trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.²

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que nunca existió con el demandante contrato de trabajo. Añadió que a las instalaciones de lubricantes de Santander, establecimiento de comercio de su propiedad, cuya ubicación era en el kilómetro 4 vía Cimitá del Municipio de Girón, llegaban mercancías por intermedio de las empresas: Coltanques –Ceter –OPL –Cotrasur –Copetran –Colombiana de Encomiendas y Alpopular, entidades que de conformidad con los acuerdos comerciales con la sociedad, debían cargar o descargar la mercancía, de manera que tales contratistas definían autónomamente la forma como ejecutaban esa actividad y por tanto las personas y vinculaciones que tendrían para el efecto. Dijo que las personas que realizaban la actividad de cargue y descargue para los contratistas, se organizaron en el año 2012 y crearon la empresa denominada “*Multiservicios López*”, con la cual contrató en pocas oportunidades la prestación de algunos servicios, que fueron ejecutados de manera autónoma e independiente por parte del contratista y que consistieron en el alquiler de estibas, prestación de servicios de paletizado, de etiquetado, re envase de productos, y en algunas ocasiones, servicio de cargue y descargue, únicamente cuando los vehículos que

² Folios 4 a 37 archivo 008 del expediente digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

llegaban a los establecimientos de comercio, eran de propiedad de la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa, prescripción y ausencia de mala fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de junio de 2022, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante y condenó en costas al convocante.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo*, previa mención de los presupuestos normativos y jurisprudenciales para la declaratoria de un contrato de trabajo, que si bien de las pruebas testimoniales y documentales emana que el actor se encontraba en las instalaciones de Terpel S.A., lo cierto es que la labor de cargue y descargue la realizaba respecto de vehículos de terceras empresas y cuyos contratos de transporte dan cuenta que se trataban de operadores logísticos de Cargas S.A., Coltanques, entre otros; sumando a ello que, el servicio prestado por el actor era pagado directamente por los transportadores, muleros y camioneros dentro de las instalaciones de la demandada, o por Multiservicios López, pues era esta empresa la que presentaba la cuenta de cobro ante Terpel S.A.; así, consideró que se encuentra probada la prestación de servicios, pero no se acreditó la subordinación o dependencia, ni que ese servicio lo fuera directamente para Terpel S.A. Concluyendo que la demanda debió orientarse contra Multiservicios López como empleador y contra Terpel S.A. como beneficiario de la obra, a la luz del artículo 34 del CST, no pudiendo la juzgadora fulminar condena en tales términos, como quiera que la empresa Multiservicios no fue convocada al proceso y no se acreditan los presupuestos básicos de la solidaridad.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** sustenta el recurso de apelación alegando que, existía un grupo de coteros que laboraban en las instalaciones de la convocada, sociedad que se vio en la necesidad de crear una organización de trabajadores en el año 2012, quienes no tuvieron claridad de si se trataba de una S.A.S., una cooperativa, una entidad sin ánimo de lucro o con ánimo de lucro, la cual en todo caso, nunca fungió como empleador, porque no los vinculó a seguridad social, no llevó contabilidad, no se celebró asamblea y mucho menos les pagó sus salarios, por el contrario, Multiservicios López recibía el pago por parte de Terpel S.A. y repartía ese dinero entre los trabajadores, todo ello, con el fin de burlar los derechos laborales, porque tal organización y la accionada nunca celebraron un contrato comercial. Añade que quien fungió como empleadora fue Terpel S.A., al quedar claramente demostrada que este empresa era la que autorizaba el ingreso de los trabajadores a sus instalaciones, a quienes se les entregaban órdenes de trabajo por parte de quien fungía como jefe de bodega, el señor Ismael Mendoza y la jefe de personal Maritza Blanco, quienes dieron tales órdenes directamente al aquí demandante, relacionadas, no solamente con el cargue, sino también con labores de jardinería.

Así, refiere que el pago de los servicios siempre se realizó a través de un tercero, con el fin de burlar el artículo 23 del CST, de suerte que a la luz del artículo 29 de la CP, el *A quo* efectuó una inadecuada valoración de las pruebas debidamente recaudadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada presentó sus alegaciones finales, solicitando la confirmación del fallo opugnado.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al recurso interpuesto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar: si se conjugan los presupuestos para establecer la existencia de un contrato de trabajo entre los extremos procesales, del 1º de junio de 1998 al 4 de septiembre de 2018; conforme a las resultas, definir la viabilidad en fulminar condena a título de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa y aportes al Sistema de Seguridad social en pensiones.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

La controversia suscitada en el actual litigio gravita sobre la presunta existencia de un vínculo de carácter laboral que unió al promotor de la acción y a la Organización Terpel S.A., pues mientras el primero arguye que se trató de un verdadero contrato de trabajo entre el 1º de junio de 1998 y el 4 de septiembre de 2018, la demandada sostiene que el actor nunca prestó servicios a su favor.

En lo referente a la relación laboral y los extremos, como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al demandante demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, al tenor de lo preceptuado por el artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil –Ley 1564 de 2012-, aplicable por analogía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Se sigue de lo anterior, la necesaria comprobación de los medios probatorios incorporados a juicio a fin de establecer si la parte reclamante cumplió con la carga que le incumbía y, en consecuencia, logró demostrar la prestación personal del servicio para enmarcar su nexo en la presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”.

Resulta necesario que el demandado, a su turno, en ejercicio de su facultad probatoria, desvirtúe la presunción legal y lleve al juzgador de instancia a un convencimiento de tal entidad, que conduzca a concluir que en la actividad ejecutada por el reclamante jurisdiccional no se presentaron los elementos del contrato laboral de que trata el artículo 23 del C.S.T., advirtiendo que conforme a la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia del 24 de abril de 2012 radicado 39600 con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, si de las pruebas obrantes en el proceso se logra acreditar la prestación personal del servicio, se presume *iuris tantum* la subordinación en la relación de trabajo.

Acorde con ello, esta Sala de Decisión analiza las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPL, en especial, carné de autorización para ingreso a la Fábrica de Lubricantes Terpel, para el servicio de cotería, expedido al demandante Luis Ramón Sánchez y suscrito por Édgar A. Manjarrés Duarte en calidad de Jefe de Fábrica, con fecha de expedición 24 de abril de 2007 y fecha de expiración 1º de enero de 2008 (página 18 archivo 001 del expediente digital).

Igualmente, se constata que, rindió interrogatorio de parte el aquí demandante, señor Luis Ramón Sánchez, quien refirió que no fue afiliado por la demandada al Sistema de Seguridad Social; que prestó los servicios para la Cooperativa Multiservicios López hasta septiembre de 2018 y era dicha empresa la que le cancelaba los servicios en el establecimiento de comercio Lubricantes Santander; que las actividades que realizaba para Multiservicios López, consistían en alquiler de estibas, paletizado etiquetado y re envase de productos.

A su turno, compareció el testigo Luis Antonio Suárez Moreno, quien fue tachado por sospecha, por parte del extremo pasivo a razón de un proceso que promovió en su contra. Sobre los hechos de la demanda, refirió que conoció al demandante en el año 1998 cuando comenzó a trabajar en Terpel Bucaramanga, en la fábrica de aceite, ubicada en Palenque kilómetro 4. Añadió que el actor realizaba el cargue y descargue de productos que se preparaban en la fábrica, al igual que de los insumos que allí llegaban; que en algunas ocasiones llevaba a cabo labores de jardinería, re envase y aseo de la fábrica; ello, de lunes a viernes de 7:00 am a 12:00 m y de 1:00 pm a 5:00 pm, acotando que en varias oportunidades el horario se extendía hasta la noche. Que el cargue y descargue era remunerado diariamente por los choferes, muleros, camioneros, pertenecientes a diferentes empresas (Coltanques, Copetran), lo cual dependía del tonelaje de la carga.

Precisó que Multiservicios López, fue una empresa que se creó para que la demandada hiciera el pago de las labores adicionales realizadas a su favor, como los re envases; que Multiservicios López es una empresa sin ánimo de lucro y el representante legal es el señor Wilfer López, quien era compañero de trabajo del actor. Añadió que para ingresar a las instalaciones de Terpel debía el demandante contar con su afiliación al Sistema de Seguridad Social; que por re envase, la demandada consignaba de manera mensual entre \$1.000.000 y \$2.000.000 a una cuenta bancaria creada a nombre de Wilfer López, y ese dinero se repartía entre todos los trabajadores. Precisó que el jefe de cargue y descargue, esto es, Ismael como trabajador de Terpel, impartía las órdenes de cargue y descargue de los vehículos, especificando que a Luis Sánchez le indicaba qué camión debía cargar o descargar, lo cual debía ser acatado, pues de lo contrario, podía ser merecedor de una sanción, consistente en impedir su ingreso a la fábrica, en días posteriores. Adujo que el demandante dejó de prestar sus servicios porque en el 2018 la fábrica se la llevaron para Cartagena, sin avisar de manera previa. Refirió que también impartían órdenes al convocante, el señor Reinaldo Plata como Jefe de Insumos y Maritza Blanco, siendo ambos empleados de la demandada. Concluyó advirtiendo que la orden de cargue y descargue era dada por escrito por parte de Terpel; sumando a ello, que Multiservicios López fue creada como fachada para recibir el pago de los servicios prestados, previa presentación de cuenta de cobro (Archivo de audio 016 del expediente digital).

En igual sentido, el testigo Wilfer López Padilla, tachado por la demandada, señaló que conoció al actor en Terpel Chimitá Bucaramanga, desde que el declarante comenzó a laborar, esto es, desde el 1º de septiembre de 2008 hasta el 4 de septiembre de 2018, data está en la que finalizó la fábrica para la cual laboraban; que el convocante se desempeñaba en cargue y descargue de vehículos internos y externos de la llamada a la acción, al igual que en labores de jardinería, re envase, aseo, alistamiento de productos y lo que ordenara la accionada; que Terpel pagaba un salario mínimo al accionante por el cargue y descargue, lo cual tenía lugar por orden de compra, firmada por Ismael Mendoza y Maritza Blanco, como trabajadores de Terpel S.A. Añadió que Multiservicios López fue constituido el 1º de septiembre de 2008, como fachada, para que la accionada reconociera el pago de los servicios prestados, empresa que fue creada por el deponente; que el accionante se afilió como independiente al Sistema de Seguridad Social; que las labores eran desempeñadas por el convocante de 7:00 a.m. a 12 m y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m., precisando que en algunas ocasiones aquel trabajaba hasta las 10:00 p.m.

Ante la exhibición de documentos efectuada por el Juzgado de Conocimiento, el testigo Wilfer López Padilla reconoció que Multiservicios López fue constituido como establecimiento de comercio, y pese a que la matrícula del mismo se encuentra cancelada, indicó que no fue quien realizó dicho trámite. Añadió que Terpel solicitaba una cuenta de cobro para hacer el pago de las labores contratadas, lo cual se efectuaba a nombre de Multiservicios López, y era autorizado por Ismael Mendoza y Maritza Blanco. Precisó que una vez era consignado el dinero a una cuenta constituida a nombre del testigo, este lo retiraba y lo repartía entre 9 personas, acotando que la suma a distribuir, variaba entre \$1.000.000 y \$2.000.000 mensuales; que el actor recibía otro ingreso por el cargue y descargue, el cual pagaban los conductores de los camiones, que pertenecían a diferentes empresas, cuyo valor dependía de una suma impuesta por Terpel. Que el 4 de septiembre de 2018, la empresa demandada se trasladó a Cartagena y por tal razón terminó el vínculo laboral del actor. Señaló que Ismael Mendoza era quien autorizaba el ingreso del actor a la planta, añadiendo que las órdenes impartidas al demandante, provenían tanto de este, como de Reinaldo Plata y Maritza Blanco, quienes tenían

poder sancionatorio, pues cuando no se atendían las instrucciones, suspendían la autorización de ingreso del trabajador por 2 o 3 días.

Finalmente, el deponente Reinaldo Plata Bueno, tachado por el extremo demandante, señaló que conoce al actor desde el año 2002, porque como trabajador de Terpel S.A. percibió que prestaba los servicios en la zona de lubricantes, ubicada en Bucaramanga, las cuales consistían en el cargue y descargue de productos, ello, a favor de los transportadores de diferentes empresas, como Copetran y Coltanques. Adujo que eran los transportadores quienes pagaban la remuneración del demandante; que la labor de cargue y descargue de vehículos era coordinada con un auxiliar de bodega de Terpel S.A. Señaló que la planta en donde prestaba servicios el demandante se cerró el 30 de junio de 2018, cuando fue entregada a Comercializadora Andina- DAC y desconoce si el accionante continuó realizando la labor de cargue y descargue, posterior a esa fecha. Refirió que Multiservicios López fue una cooperativa constituida por los cotereros, precisando que la demandada no tenía ningún vínculo con dicha cooperativa y que los pagos que se le hicieron, obedecieron a unas labores de paletizado que eventualmente realizaron por orden de compra. Que la demandada no impartía órdenes al actor y este como cualquier contratista, debía acreditar su afiliación al Sistema de Seguridad Social para ingresar a la planta de Terpel S.A.

Del anterior relato de medios de prueba incorporados al plenario, necesario resulta resaltar el desacierto en la determinación esbozada por la falladora de primer grado, al señalar que el actor no logró demostrar la prestación personal del servicio a favor de la encartada, y mucho menos que esta se haya desplegado de manera subordinada, pues de la valoración de las declaraciones recaudadas en las diligencias, las cuales además, fueron contestes y espontáneas, pese a las tachas por sospecha que fueron formuladas en su contra, la Sala advierte que la parte llamante a juicio logró definir la prestación personal del servicio a favor de la Organización Terpel S.A., como quiera que todos los testigos fueron claros en aducir que el actor se desempeñó dentro de las instalaciones de la planta de lubricantes que se encontraba ubicada en la ciudad de Bucaramanga.

Adicional a ello, los testigos de la parte demandante, quienes tienen la virtud de brindar certeza al Colegiado, al unísono refirieron que el actor efectuó labores de jardinería, aseo y paletizado directamente para Terpel S.A. en la ubicación ya mencionada, e igualmente, labores de cargue y descargue de productos, que si bien estas últimas fueron remuneradas por los conductores de los camiones pertenecientes a terceras empresas, lo cierto es que conforme a lo dicho por el testigo Wilfer López, también lo fue en vehículos propios de la demandada.

Esto último, puede constatarse claramente con las órdenes de compra y cuentas de cobro allegadas por la accionada, obrantes a folios 37 a 88 del archivo 008 del expediente digital, cuyo contenido da cuenta de la prestación de servicio de cargue y descargue, de vehículos propios de la llamada a la acción, a través de Multiservicios López, entre los años 2013 y 2017.

Por manera que, en el presente caso, contrario a lo definido por el Juzgado de Conocimiento, el señor Ramos Sánchez, sí prestó sus servicios directamente a favor de la pasiva, en labores no solo de jardinería, aseo y paletizado, sino también de cargue y descargue de productos, por haberse llevado a cabo esta última labor, en vehículos de propiedad de la encartada, circunstancia que no se derruye, por la creación de Multiservicios López, por parte de un grupo de coteros al que pertenecía el actor, porque ello sólo tuvo lugar hasta el 1º de septiembre de 2008, como así lo refirió el testigo Wilfer López, siendo que el convocante venía prestando sus servicios desde el año 1998, como así espontáneamente lo indicó el declarante Luis Antonio Suárez Moreno.

Aunado a ello, nótese que la Juez de Conocimiento, en la audiencia celebrada el 19 de abril de 2022, al interrogar al testigo Wilfer López, puso de presente el registro de matrícula de Multiservicios López, del cual se puede advertir que se trata de un establecimiento de comercio que fue constituido por dicho declarante (minuto 59:36 archivo de audio 16 del expediente digital); de manera que no se trata de una sociedad o una cooperativa, como así lo quiso hacer ver la organización demandada, razón por la cual no puede considerarse que el convocante fuera trabajador directo de Multiservicios López, por cuanto ciertamente no se trata de una persona jurídica; a lo sumo, pudo haber sido trabajador de su

propietario, sin embargo, de las declaraciones recaudadas no emana que los servicios fueran prestados a favor y por disposición de Wilfer López, quien en realidad se presentó como un trabajador que tenía las mismas condiciones del actor, y que creó tal establecimiento únicamente para recibir el pago de las labores encomendadas por la demandada.

Tampoco desdice de lo hasta aquí concluido, el hecho que el actor efectuara cargue y descargue de mercancías a favor de transportadores ajenos a la Organización Terpel S.A., quienes remuneraban ese servicio, como quiera que el testigo Luis Antonio Suárez Moreno, fue claro al indicar que las órdenes sobre tal labor, provenían directamente de Ismael Mendoza, en calidad de empleado de la demandada, pues era él quien indistintamente, indicaba qué vehículo debía cargarse y descargarse en las instalaciones de esta.

En ese orden, es claro para el Colegiado, que en el *examine* ha operado a favor del demandante la presunción de que trata el artículo 24 del CST, misma que no se encuentra desvirtuada por el extremo pasivo; antes bien, de las declaraciones traídas por la parte demandante, es evidente que al actor se le impartían órdenes por personal de la Organización Terpel S.A., y además, podía ser sancionado con suspensión, al evitar su ingreso a la planta de lubricantes de propiedad de la encartada, que además, era autorizado por los propios empleados de esta.

Así las cosas, no puede la Sala, adoptar conclusión distinta que entre las partes, existió un verdadero contrato de trabajo, al no encontrarse demostrada independencia y discontinuidad en las labores desempeñadas por el convocante a juicio, al ser claros los deponentes en el horario de trabajo, de lunes a viernes de 7 am a 12m y de 2pm a 5pm, cuyo extremo inicial debe tomarse desde el último día del año 1998, esto es, 31 de diciembre, ya que sólo el testigo Luis Antonio Suárez Moreno, dio cuenta de observar al actor en sus labores desde tal anualidad, sin precisar mes y día.

Aunado a ello, debe tomarse como extremo final el 30 de junio de 2018, pues todos los deponente fueron claros en indicar que la relación se terminó porque la planta de lubricantes ubicada en Bucaramanga, fue trasladada a la ciudad de

Cartagena, lo cual tuvo lugar en esta última data, conforme al dicho del testigo Reinaldo Plata, que es coincidente con la certificación expedida por la empresa obrante a folio 90 del archivo 008 del expediente digital, misma que no fue redargüida ni desconocida por el demandante.

Siendo la remuneración del actor, equivalente al mínimo legal, en atención al artículo 145 del CST, puesto que los testigos si bien indicaron que mensualmente se distribuían entre \$1.000.000 y \$2.000.000 entre 9 trabajadores, lo cierto es que tal ejercicio no permite obtener una suma equivalente al mínimo legal para el año 2008, a más que no existe prueba del valor adicional que el demandante percibió por el cargue y descargue de vehículos pertenecientes a empresas distintas a la llamada a la acción.

Puestas así las cosas, no queda otra solución al presente debate que, revocar la decisión impugnada, para en su lugar, reconocer la relación laboral alegada, en los términos anteriormente expuestos; ello, no sin antes verificar la procedencia de las pretensiones encaminadas al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones formuladas, para lo cual habrá de resolverse primeramente lo concerniente al medio exceptivo de la prescripción, de la manera que sigue.

PRESCRIPCIÓN

La parte convocada a juicio, al dar contestación al *libelo genitor*, propuso, entre otras excepciones, la de prescripción.

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que *“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”* (Subraya y negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que al fenecer el vínculo el 30 de junio de 2018, la parte activa contaba con tres años para elevar la correspondiente reclamación, misma que no fue ejecutada sino hasta el 3 de agosto de 2021, como se observa del mensaje de datos remitido a la dirección electrónica de la demandada, militante a folios 19 a 21 archivo 001 del expediente digital; siendo por tanto evidente que el fenómeno de la prescripción operó sobre las prestaciones sociales, las vacaciones, la indemnización por despido sin justa causa y la sanción por falta de consignación de cesantías perseguidas, dado que el reclamo del demandante fue elevado cuando ya habían transcurrido más de 3 años, desde que cada emolumento se hizo exigible.

Situación que además, impide el reconocimiento de la indemnización moratoria reclamada, toda vez que no hay lugar a impartir condena a título de prestaciones sociales, al operar sobre estas el medio exceptivo en estudio.

Puestas así las cosas, sólo resulta procedente acometer el análisis del reconocimiento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, como quiera que la prescripción no tiene alcance sobre los mismos, según así lo ha asentado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Sobre este aspecto, baste con decir que, al declararse la existencia del contrato de trabajo, surge la obligación de la demandada de efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, de conformidad con los artículos 15 y 22 de la Ley 100 de 1993, siendo responsable del pago de su aportes y el del aporte

del empleado a su servicio por el monto total, en el evento que no hubiese efectuado el descuento al trabajador.

Por tanto, y al no haber demostrado la parte pasiva la afiliación del demandante, deberá pagar las cotizaciones al sistema de pensiones por el interregno comprendido entre el 31 de diciembre de 1998 al 30 de junio de 2018, con destino a la administradora de pensiones que indique el trabajador, con fundamento en cálculo actuarial, tomando como salario base el mínimo legal correspondiente para cada anualidad. Lo anterior, pese a que el trabajador demandante afirmó haberse afiliado en calidad de independiente, pues tal circunstancia no exonera a la convocada de la obligación que le ha impuesto la ley en referencia.

COSTAS. Las costas de ambas instancias estarán a cargo de la parte demandada.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 17 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** que entre el señor **LUIS RAMÓN SÁNCHEZ** y la **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.** existió un contrato de trabajo a término indefinido del 31 de diciembre de 1998 al 30 de junio de 2018, cuya remuneración fue equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

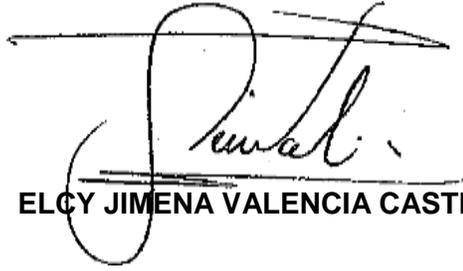
SEGUNDO: CONDENAR a la **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.** a pagar las cotizaciones al Sistema General de pensiones a favor del actor, por el interregno comprendido entre el 31 de diciembre de 1998 al 30 de junio de 2018, con destino a la Administradora de Pensiones que indique el trabajador, con

fundamento en cálculo actuarial, tomando como salario base, el mínimo legal correspondiente para cada anualidad.

TERCERO: COSTAS de ambas instancias a cargo de la parte **DEMANDADA**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

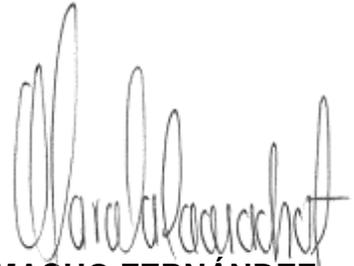
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



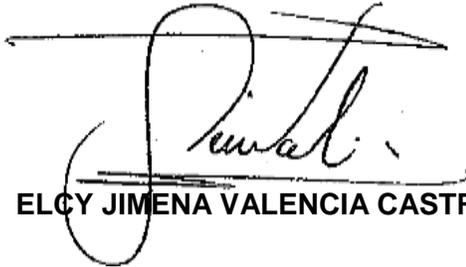
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE LA PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada en la suma de \$600.000.



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-036-2019-00866-02
DEMANDANTE:	ROCÍO OSORIO DE BARRERA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 8 de julio de 2022
JUZGADO:	Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Prescripción – Cálculo actuarial
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDANTE contra la sentencia del 8 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **ROCÍO OSORIO DE BARRERA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **UNIVERSIDAD DE LOS ANDES**, con radicado No. **11001-31-05-036-2019-00866-02**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que el señor Antonio Barrera Carrasquilla se desempeñó como Decano en la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES del 01-03-1973 al 30-06-1974; que la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES efectuó el pago al ISS de los aportes pensionales correspondientes al periodo 01-03-1973 al 30-06-1974; que el ente universitario realizó la novedad de retiro, retroactiva del pago de aportes pensionales por el lapso comprendido entre el 01-02-1974 al 30-06-1974 y con ello se ocasionaron daños y perjuicios a la demandante como cónyuge sobreviviente; como consecuencia de ello, se condene a UNIANDES pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial actualizado correspondiente al periodo 01-02-1974 al 30-06-1974 con base en un salario de \$20.000 y, reconocer y pagar a la actora el valor de 546 SMMLV en razón de los perjuicios causados por la novedad de retiro. Adicionalmente, se ordene a COLPENSIONES elaborar y cobrar el cálculo actuarial.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que contrajo matrimonio con el señor Antonio Barrera Carrasquilla, el 27 de julio de 1963; que el señor Barrera Carrasquilla cotizó al otrora ISS entre el 1º de febrero de 1971 al 22 de noviembre de 1977, fecha última en la cual falleció; que el causante prestó servicios en la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES del 1º de marzo de 1973 al 30 de junio de 1974, pero realizó aportes pensionales por el periodo del 1º de marzo de 1973 al 30 de enero de 1974, pues según comunicación del 16 de diciembre de 2016 emitida por COLPENSIONES, la Universidad hizo una desafiliación retroactiva; que según certificación laboral, el último salario devengado por el causante ascendía a la suma de \$20.000; que la demandante elevó varias solicitudes a la Universidad para que pagara los periodos pensionales faltantes a fin de que COLPENSIONES le reconociera la pensión de sobrevivientes, recibiendo como respuesta del ente que adelantaría las gestiones ante la AFP para proceder al pago, pero al presentar la reclamación administrativa, la prestación económica le fue negada bajo el argumento que el afiliado fallecido solo había cotizado 143 semanas dentro de los seis años anteriores a su deceso, requiriendo un mínimo de 150 semanas, por lo

¹ Archivos 01 y 03 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

que se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Finalmente, sostiene que convocó a la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES a una audiencia de conciliación para solicitar el pago de los aportes pensionales faltantes, pero la diligencia fracasó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES²

La AFP se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra y, como argumento de defensa, sostuvo que a la demandante no le asiste derecho al cálculo actuarial pretendido, pues en cumplimiento del artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, solo podrá efectuarse el pago correspondiente a dichas obligaciones, siempre y cuando no hubiera tenido lugar el siniestro que daría lugar al pago de las prestaciones de invalidez o sobreviviente y, en el presente asunto, el causante falleció hace 43 años, por lo que la contingencia que se pretende asegurar ya ocurrió, luego no es posible su aseguramiento posterior, no hay cálculo que realizar y mucho menos sumas que indexar. Agregó, que la negativa de la entidad para reconocer la prestación de sobrevivientes no solo fue porque el afiliado fallecido no acreditó las 150 semanas de cotización en los últimos 6 años, pues solo cotizó 143, sino que además tampoco reúne el requisito de 75 semanas en los tres años anteriores a la muerte, sino 39,14, por lo que es claro que la negativa no fue solo por déficit de 7 semanas cotizadas.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación, genérica.

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES³

La entidad educativa se opuso a la totalidad de las pretensiones con excepción de la declaratoria del contrato de trabajo, exponiendo, como argumentos de defensa, que pagó oportunamente los aportes a pensión causados durante toda

² Archivo 12 Expediente Digital

³ Archivo 15 Expediente Digital

la relación laboral; no obstante, resalta que la información para acreditar el pago de aportes al ISS hoy COLPENSIONES, es de hace más de 45 años, razón por la cual ha sido muy dispendiosa la búsqueda y consecución de la misma, pero allega soporte de pago del mes de abril de 1974, lo que da fe que la entidad si cumplió con las obligaciones a cargo y a favor del señor Antonio Barrera Carrasquilla (Q.E.P.D.). añadió, que conforme lo establecido en la legislación, la Universidad no tiene la obligación de conservar de manera indefinida la documental de sus extrabajadores, pues la máxima reglamentación en materia laboral de conservación de información se refiere a los registros y documentos que soportan el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST, para lo cual, el artículo 2.2.4.6.13 del Decreto 1072 de 2011, establece un período mínimo de conservación de veinte (20) años contados a partir del momento en que cese la relación laboral del trabajador con la empresa y, en este caso, el vínculo laboral finalizó en el año 1974, de manera que los 20 años se cumplieron en 1994, razón por la que resulta evidente que pese a su esfuerzo por localizar toda la información referente al causante, no fue posible la obtención de la misma, de ahí que no cuenta con soporte alguno de la supuesta novedad de retiro retroactiva, pero a pesar de ello, una vez tuvo conocimiento de una posible inconsistencia en el registro del pago de los aportes pensionales, procedió a realizar todos los trámites tendientes al correspondiente pago del cálculo actuarial, por lo que no ha causado ningún perjuicio a la demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, mi representada no adeuda a la demandante suma alguna, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe de la Universidad de los Andes, prescripción, allanamiento a la mora por parte del Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 8 de julio de 2022, declaró que entre el señor Antonio Barrera Carrasquilla y la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, existió un contrato de trabajo del 1° de marzo de 1973 al 30 de junio de 1974; declaró probada la excepción de

prescripción; absolvió a las demandadas de todas las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó la A quo, en relación con el vínculo laboral entre el señor Antonio Barrera Carrasquilla y la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES por el periodo del 1º de marzo de 1973 al 30 de junio de 1974, que el mismo no ameritaba discusión alguna por haber sido admitido desde la contestación de la demanda y ratificado con medios de prueba como el interrogatorio de parte del R. L. del ente universitario y la certificación adiada el 9 de octubre de 2017, de la cual también se extraía el salario devengado por el trabajador fallecido. Seguidamente, frente al cálculo actuarial pretendido, sostuvo que este resultaba improcedente en atención a que la jurisprudencia laboral ha establecido que este solo resulta viable en el caso de las pensiones de vejez, más no de sobrevivencia, ya que este busca garantizar las contingencias del afiliado, pero no de sus beneficiarios, aunado a que tampoco resulta procedente ordenar el pago de dicho cálculo para financiar una prestación de sobrevivencia con posterioridad a la materialización del riesgo, es decir, la muerte del afiliado. Agregó, que no es posible condenar a la Universidad al pago de la pensión por la omisión de afiliación y pago de aportes por el periodo del 1º de febrero de 1974 al 30 de junio de 1974, ya que aun sumando dicho interregno a la historia laboral, la demandante no tendría derecho a la prestación porque el afiliado no cumplió los requisitos del Decreto 3041 de 1996, norma que es aplicable en atención a la fecha de la muerte -22 de noviembre de 1977-, debido a que si bien contaría con las 150 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso, no acredita las 75 semanas de aportes dentro de los tres años.

Finalmente, sostuvo que la parte demandante no demostró los perjuicios que endilga al ente universitario por el no reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero que, en todo caso, si se admitiera que dicha demandada debe asumir a título de resarcimiento la diferencia de la suma pagada por COLPENSIONES por indemnización sustitutiva y la que le correspondería incluyendo los periodos de omisión, la misma se encuentra afectada por la prescripción, ya que estos se hicieron exigibles desde la fecha de fallecimiento del causante.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte DEMANDANTE presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, argumentó que sorprende que se haya declarado la prescripción en los términos de la seguridad social, ya que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 señala que los aportes son imprescriptibles, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la CSJ al indicar que cuando se cumplen los requisitos de edad y aportes, la prestación es imprescriptible por los riesgos de IVM. Agregó, después de reconocer que la norma que regula el derecho pensional de la actora es el Decreto 3041 de 1996, que el causante no dejó de laborar y prestó servicios a entidades públicas y privadas, por lo que no hubo un corte en los periodos de cotización y por ello no puede predicarse que no cumple con el requisito de las 75 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, pues justamente lo que se reclaman son los periodos faltantes de 1974, que fueron anulados por la Universidad, para que se reconozca la prestación por cualquiera de las accionadas, pues con esos periodos completaría las 75 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso y superaría las 150 semanas dentro de los seis años anteriores al insuceso, lo que daría el derecho a la prestación económica.

De otro lado, aduce que la anulación de los aportes no exime de la responsabilidad legal que tiene el empleador, ya que cuando este no ha cancelado los aportes se hace responsable de las consecuencias que de dicha omisión se deriven y lo que existió en este caso fue una desafiliación retroactiva en los términos del Decreto 3063 de 1989, como lo indicó COLPENSIONES en diversas comunicaciones, o en su defecto, los aportes nunca fueron realizados por la accionada, por lo que deben imponerse sanciones por esa novedad de retiro a posteriori de la muerte del afiliado, ya que la demandada es la responsable de que la actora no pueda tener una pensión justa, motivo por el cual se deben acceder a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de los extremos procesales allegaron sus alegaciones finales.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos y las pretensiones de la presente acción, lo decidido por la Primera Instancia, y el recurso de apelación propuesto por la parte activa, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁴, el determinar; primero, si la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES debe ser condenada al pago del cálculo actuarial correspondiente al periodo del 1º de febrero de 1974 al 30 de junio de 1974; segundo, si la demandante tiene derecho al pago de perjuicios por parte de la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES por el no reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y; tercero, si es procedente o no declarar probada la excepción de prescripción.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso siguiendo los lineamientos trazados por el artículo 66A del CPL, es decir, ciñéndose a lo que es motivo de la impugnación y, para efectos de llevar un hilo argumentativo coherente, primero se analizarán los reproches a la sentencia relativos al cálculo actuarial y los perjuicios reclamados, para finalmente referirse a la prescripción, a pesar de que este último fue el primer punto de controversia esgrimido contra el fallo de primera instancia.

⁴ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor Antonio Barrera Carrasquilla (Q.E.P.D.) y la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES sostuvieron un vínculo laboral que tuvo vigencia del 1° de marzo de 1973 al 30 de junio de 1974, según lo definido por la primera instancia e incontrovertido por las partes; **2.** Que la señora ROCÍO OSORIO DE BARRERA y el señor Antonio Barrera Carrasquilla contrajeron matrimonio, el 27 de julio de 1963 (f. 25 archivo 01); **3.** Que el señor Antonio Barrera Carrasquilla falleció el 22 de noviembre de 1977 (Archivo 12 Carpeta 12 Subcarpeta 7); **4.** Que la demandante presentó ante COLPENSIONES reclamación administrativa de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada a través de Resoluciones GNR 214441 del 19 de julio de 2016, GNR 247006 del 22 de agosto de 2016, VPB 38460 del 5 de octubre de 2016 y GNR 324767 del 31 de octubre de 2016, reconociéndosele a través de este último acto administrativo la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes (fs. 92-112 archivo 01) y; **5.** Que la promotora de la acción convocó a la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES a una audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación para que se le reconociera la suma de \$100.000.000 por concepto de aportes en mora de su cónyuge fallecido más daños y perjuicios, pero las partes no llegaron a ningún acuerdo conciliatorio (fs. 113-116 archivo 01).

Ahora, la principal premisa fáctica en que el recurrente sustenta su inconformidad con la sentencia de primera instancia es que en este caso se presentó una desafiliación retroactiva del señor Antonio Barrera Carrasquilla (Q.E.P.D.) por parte de la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, pues así se lo hizo saber COLPENSIONES a la parte actora a través de distintos comunicados. Sin embargo, debe indicar la Sala que analizados de manera minuciosa el abultado material probatoria que milita en el plenario, no se encuentra un solo elemento de juicio que permita colegir de forma certera, que en efecto la entidad de educación superior demandada realizó ante la AFP un trámite de desafiliación retroactiva en los términos del artículo 37 del Decreto 3063 de 1989, pues las comunicaciones de COLPENSIONES que alude el apoderado de la parte actora en el recurso de alzada, deja más incertidumbres que certezas sobre ese aspecto.

En efecto, se observa que COLPENSIONES a través de oficios del 19 de diciembre de 2016 (f. 74 archivo 01) y del 17 de agosto de 2017 (f. 64 archivo 01), le indicó a la demandante, en respuesta a unas solicitudes de corrección de la historia laboral de su difunto esposo, que la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES llevó a cabo, “...una novedad de retiro con efectos retroactivos realizada en virtud de lo establecido en el Art. 37 del Decreto 3063 de 1989...”, pero en dichos comunicados expresa que dicha novedad se llevó a cabo “...en el ciclo 197606...” y que, “...fue asentada para el día 197401...”, es decir, que la AFP sostiene que en junio de 1976 se llevó a cabo una novedad de retiro con efectos retroactivos a partir de enero de 1974, con base en una norma que, para la calenda aducida por la entidad, no había nacido a la vida jurídica, como quiera que el Decreto 3063 entró en vigor el 29 de diciembre de 1989, aspecto que le resta coherencia fáctica y jurídica a lo expuesto por la entidad de seguridad social.

Como si fuera poco, mediante oficios del 30 de enero de 2017 (f. 77 archivo 01) y del 29 de marzo del mismo año (f. 80 archivo 01), igualmente en respuesta a solicitudes de corrección de historia laboral, COLPENSIONES esgrime como argumento que hace improcedente la corrección, ya no la supuesta desafiliación retroactiva, sino que señala, en el primero de los oficios que, “...únicamente se realizaron cotizaciones a nombre de ANTONIO BARRERA CARRASQUILLA (Q.E.P.D.) para los (...) Ciclos 1973-03-01 a 1974-01-30...” y, en el segundo documento expone, “...con UNIVERS DE LOS ANDES BGTA patronal 01008200845 realizó cotizaciones para los ciclos 197303 a 197401...”.

Al respecto, debe resaltar la Sala que esta última información es la que coincide con lo registrado en la historia laboral tradicional y consolidada del señor Antonio Barrera Carrasquilla (Q.E.P.D.), pues de dicha documental se tiene que la novedad de ingreso con la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, bajo el patronal antes identificado, se realizó el 1º de marzo de 1973 y la novedad de retiro se efectuó el 30 de enero de 1974 (Archivos 02 y 03 Carpeta 29), sin que se registre que esta última novedad se realizó con efectos retroactivos en fecha posterior, como tampoco se observa en el expediente administrativo que la Universidad haya realizado tal trámite en los términos del ya referido Decreto. Por lo anterior, considera este Cuerpo Colegiado que, contrario a lo aducido por el recurrente, en este caso no es

posible colegir que UNIANDES anuló, en perjuicio del derecho a la pensión de sobrevivientes de la promotora de la acción, los aportes pensionales del señor Antonio Barrera Carrasquilla (Q.E.P.D.) correspondientes al periodo del 1º de febrero de 1974 al 30 de junio de ese mismo año.

Ahora bien, lo que si se encuentra plenamente acreditado en este asunto es que la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES omitió afiliar al causante por el periodo aludido en líneas anteriores, pero a pesar de ello, no es posible acceder a la pretensiones relativa al pago del cálculo actuarial con destino a COLPENSIONES, pues como lo tiene adocinado de vieja data la jurisprudencia especializada laboral, para los casos de las pensiones de invalidez o sobrevivientes, las cuales aseguran un riesgo, es imprescindible que la convalidación de tiempos servidos y no cotizados a causa de una falta de afiliación por parte del empleador se haga con anterioridad a la configuración del hecho que da lugar al surgimiento de la prestación, es decir, ante la omisión de la empresa de afiliar a su trabajador y hacer las correspondientes cotizaciones, este debe remediar la situación mediante el pago de un título pensional antes de que se produzca la muerte del empleado cuando se trata de la prestación de sobrevivencia.

Frente a este aspecto se pronunció la Sala Laboral de la CSJ dentro de la Sentencia SL4103 de 2017, en los siguientes términos:

*“Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un **mínimo de capital**, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un **aseguramiento del riesgo**, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes.*

Es por ello que, en tratándose de una prestación definida en función del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes, para la Corte resulta trascendental que, antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del riesgo, las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o, en subsidio, con algún trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero con antelación a que se concrete el riesgo.

Lo contrario equivaldría a imponer una carga desproporcionada en contra de las entidades de seguridad social, que tendrían que asumir el pago completo de una pensión de sobrevivientes, por la convalidación de un tiempo mínimo e indeterminado de servicios y sin poder adoptar medidas para la gestión adecuada del riesgo, por la falta de afiliación. Así, por ejemplo, si se admitiera

irrestrictamente que, ante la falta de afiliación, las administradoras de pensiones son las encargadas del pago de la pensión, se llegaría a la conclusión de que el Instituto de Seguros Sociales, como administradora del régimen de prima media, debe asumir el pago de una pensión respecto de la cual: i) no tuvo conocimiento para iniciar acciones de cobro de los aportes; ii) no pudo prever y gestionar el riesgo de sobrevivientes, a través de reservas o seguros; iii) y tiene que financiar en un 100%, aun si los aportes que puede convalidar a través de título pensional no alcanzan para ello.

Con arreglo a lo anterior, para la Corte, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir, la muerte. Si ello es así, la entidad de seguridad social puede asumir y gestionar válidamente el riesgo, a través de los mecanismos y recursos establecidos legalmente para ello, mientras que, si se admitiera esa posibilidad una vez causado el riesgo, se podría dar lugar a que la entidad tenga que financiar una pensión completa, tras el pago de escasos recursos por tiempos indeterminados de servicios.

Como corolario de lo dicho, si el empleador omiso en la afiliación no realiza el trámite de convalidación de tiempos servidos, antes de la causación del riesgo de muerte, debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, en aplicación de disposiciones como el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995 y sentencias de esta Sala como la CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211. De esta orientación deben excluirse, eso sí, los casos en los que se ha realizado la afiliación del trabajador y la administradora de pensiones incumple las gestiones de cobro, que han recibido otro tratamiento en la jurisprudencia (Ver CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622, CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839, y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802).” (Negrita de la Sala).

Esta tesis fue reiterada recientemente por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral mediante la Sentencia SL1807 de 2022, en la que además de repetir lo antes dicho, expuso como argumento para reafirmar su postura, que la pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes se conciben en función de diferentes criterios: la primera, a partir de la conformación de un capital y tiempo mínimo y, las dos últimas en el aseguramiento de un riesgo mientras se logra la primera. Con lo cual, los trámites de afiliación y pago de aportes extemporáneos juegan un rol diferente, pues definen si la Administradora encargada ha tenido la capacidad de gestionar determinada contingencia o si, por el contrario, de lo único que se trata es de completar el monto necesario de recaudo para financiar la vejez.

En ese sentido, no resulta procedente que se ordene el pago de un cálculo actuarial más de cuarenta años después de la materialización de la contingencia que se pretende asegurar, es decir, la muerte del afiliado, que lo fue, como ya se

indicó, el 22 de noviembre de 1977, motivo por el cual se confirmará la decisión de primera instancia en ese ítem.

Ahora, que no sea procedente el pago del cálculo actuarial con destino a la AFP, no se traduce per se que en el empleador omisivo quede liberado de su obligación, pues como se indica en la jurisprudencia trascrita en precedencia, le correspondería a este asumir el pago de la prestación por no haber subrogado el riesgo en el sistema pensional. No obstante, en este caso, contrario a lo argüido por el recurrente, el afiliado fallecido, aun teniendo en cuenta los periodos no cotizados que echa de menos, no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, como se pasa a explicar:

Es bien sabido que la norma aplicable para el estudio del derecho a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del afiliado, que como ya se anotó, ocurrió el 22 de noviembre de 1977, calenda para la cual estaba vigente el Decreto 3041 de 1966 en su versión original, norma que dispone en su artículo 20, en consonancia con el artículo 5 del mismo compendio normativo, que para que un afiliado deje causado el derecho a la pensión de sobrevivientes debe tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la muerte, setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años.

Realizado el cómputo de semanas por parte de la Sala, con base en las historias laborales (tradicional y consolidada) aportadas por COLPENSIONES, e incluyendo como periodo efectivamente cotizado el transcurrido del 1º de febrero de 1974 al 30 de junio de ese mismo año, se tiene que el afiliado fallecido no alcanzó la densidad de semanas mínima exigida por la normatividad aplicable, pues si bien dentro de los seis años anteriores al fallecimiento, que corresponde al periodo del 22 noviembre de 1971 al 22 de noviembre de 1977, alcanza un total de 165,14 semanas cotizadas, en los últimos tres años anteriores al deceso, interregno que corrió del 22 de noviembre de 1974 al 22 de noviembre de 1977, tan solo cotizó 39 semanas, suma inferior al mínimo de 75 semanas exigidas por la norma, lo que se traduce en la no causación del derecho a la pensión de sobrevivientes.

Seis (06) años anteriores a la muerte

AFILIADO	F/DESDE	F/HASTA	TOTAL
ANTONIO BARRERA CARRASQUILLA	22/11/1971	30/01/1972	0
	31/01/1972	28/02/1973	395
	1/03/1973	30/06/1974	487
	22/02/1977	22/11/1977	274
TOTAL DIAS			1156
TOTAL SEMANAS			165,14

Tres (03) años anteriores a la muerte

AFILIADO	F/DESDE	F/HASTA	TOTAL
ANTONIO BARRERA CARRASQUILLA	22/11/1974	21/02/1977	0
	22/02/1977	22/11/1977	274
TOTAL DIAS			274
TOTAL SEMANAS			39

Debe resaltarse que si bien se observa que afiliado fallecido cuenta con tiempo de servicio público en el Departamento Nacional de Planeación del 28 de agosto de 1967 al 10 de enero de 1971 y en el Ministerio de Hacienda del 8 de agosto de 1974 al 9 de febrero de 1977 (f. 92 archivo 01), no es posible acumular dichos tiempos con los efectivamente cotizados al ISS para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes bajo el amparo del Decreto 3041 de 1966, como lo sugiere el apoderado de la parte demandante en la alzada, pues conforme la pacífica línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la CSJ, la posibilidad de la sumatoria de tiempos de servicio público no cotizados al ISS con los aportes sufragados a esa entidad, sólo fue concebida para efectos de acceder a las pensiones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, en desarrollo del literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en tanto que sigue siendo una realidad que los regímenes anteriores no permitían la convalidación de todos los tiempos laborados.

Esta postura fue reiterada dentro de la Sentencia SL2304 de 2021, en la que la Corte señaló lo siguiente:

“Ahora bien, como en el fondo lo que se pregona es que para el reconocimiento de la prestación pensional dicha norma no impide la acumulación de tiempos públicos con los efectivamente cotizados al ISS y, para ello, se invoca el principio de favorabilidad, ha de tenerse en cuenta que la Corte, en sentencia CSJ SL982-2021 enseñó que tal proceder no es posible, en casos como el que aquí se examina:

Con ello, olvida la censura que ante la claridad de la interpretación de la norma en comento, el Tribunal no estaba habilitado para acudir al principio de favorabilidad constitucional, pues este solo es aplicable cuando existe una duda real, seria, auténtica y objetiva que genere dos comprensiones o más de la misma norma (in dubio pro operario) o se esté ante dos o más normas aplicables (regla más favorable), caso en el cual se debe optar por la interpretación o aplicación más favorable a la parte débil de la relación de trabajo.

Recuérdese, está fuera de discusión la fecha de fallecimiento del de cujus, esto es 22 de abril de 1988 y, en el análisis hasta aquí efectuado, se ha demostrado que no hubo error al hacer operar en el caso el Decreto 3041 de 1966 con la modificación introducida por el Decreto 232 de 1984. Para el efecto, conviene tener presente que al artículo 20 del Decreto 3041 de 1966, para las prestaciones en caso de muerte, remite al artículo 5.º que regula los requisitos para obtener la de invalidez y que con la modificación ya mencionada, hecha por el artículo 1.º del Decreto 232 de 1984, quedó de la siguiente manera:

Artículo primero. El artículo 5.º del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por Decreto 3041 del mismo año quedará así:

Tendrán derecho a pensión por invalidez los asegurados que reúnan las siguientes- condiciones:

[...]

b) Tener acreditadas 150 semanas de cotización- para los riesgos de invalidez, vejez y muerte I. V. M., dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época.

Queda por dilucidar si, como lo sostiene la censura, las semanas de cotización a que alude el precepto, pueden ser indistintamente consideradas aquellas efectuadas directamente al ISS o si, además, podrían contemplarse los tiempos públicos reflejados en Cajanal.

Pues bien, en tratándose de normas de orden público, como lo son las de la seguridad social, a las cuales aplica la regla del artículo 16 del CST, como se recordó en precedencia, **lo procedente no es preguntarse dónde se encuentra una prohibición para tal acumulación de tiempos públicos y privados, sino de donde emerge una autorización, si la hay, para proceder en tal sentido.**

Tal como lo recordó el juez colectivo en su sentencia, para la época de vigencia de los reglamentos del ISS, ellos eran expedidos con base en la autorización impartida por los arts. 9.º y 16 la Ley 90 de 1946 y las normas que la modificaron o sustituyeron (Decreto Ley 433 de 1971, arts. 10-2 y 31 y Decreto Ley 1650 de 1977, arts. 11, 17 y 43-e) es decir, tales actos debían sujetarse a esas normas superiores que reglaron las fuentes financieras del sistema (art. 16), cuya base descansaba sobre un trípode conformado por una contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado y que, en todo caso, téngase presente, requerían aprobación del Gobierno Nacional, entre otras razones, para asegurar la armonía con las normas superiores a las cuales estaban subordinados y a las políticas públicas sobre esas materias, en una suerte de control de tutela.

Para el caso particular del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, el artículo 32 ordenó:

ARTICULO 32. Los recursos para financiar las prestaciones de estos seguros y para cubrir los gastos administrativos de su gestión serán obtenidos mediante las cotizaciones calculadas actuarialmente y el rendimiento de la inversión de las reservas de dicho seguro.

A su turno, el artículo 33 señaló los porcentajes crecientes de cotización tripartita en un horizonte de 25 años, el artículo 34 consignó una revisión cada cinco (5) años para determinar la suficiencia de sus recursos y reservas y el artículo 35 expresó con meridiana claridad que:

ARTICULO 35. No se podrá efectuar ningún aumento o modificación de las prestaciones señaladas en el presente reglamento, si antes no se ha realizado un análisis actuarial de la situación financiera y de las consecuencias económicas que impliquen las modificaciones o reajustes. (Subrayas y cursivas de la Sala).

Todo lo anterior muestra que sí existía una regulación legal y reglamentaria de la cotización como fuente de pago de las prestaciones económicas a reconocer, sustentada en un modelo financiero y matemático, que debía ser revisado periódicamente y que no podía ser alterado sin que previamente se efectuaran y validaran los estudios pertinentes.

Ello explica el por qué en ese esquema de los reglamentos del ISS, con fundamento en la ley, sólo las cotizaciones efectivamente percibidas por esa entidad eran tenidas en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones que fueron reguladas a lo largo del tiempo.

Obviamente, la legislación no es estática, menos en el campo de lo social y, por ello, tratando de equilibrar la balanza y reconociendo que las personas pueden trabajar indistintamente en el sector público y en el privado, hizo su aparición la llamada pensión por aportes, consignada en la Ley 71 de 1988, promulgada el 19 de diciembre de ese año, que autorizó por primera vez la mixtura de contribuciones, con los alcances que más adelante la daría la sentencia CSJ SL4457-2014, con lo cual era claro que antes de esa normativa, tal combinación no era posible.

Lo expuesto en precedencia, confluente en que como sólo hay una norma vigente aplicable al caso, no puede el Tribunal haber quebrantado el principio de favorabilidad y, dado que el entendimiento de ésta es unívoco, como se ha explicado ampliamente, tampoco es predicable la figura del indubio pro operario." (Negritas y subrayas de la Sala).

Extrapolando la anteriores consideraciones al caso concreto, queda claro que no es posible la acumulación de tiempos públicos con los efectivamente cotizados al ISS hoy COLPENSIONES para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la promotora de la acción, en atención a la fecha de causación del derecho, que lo fue, poco menos de treinta años antes de entrar en vigencia el SGSSP creado por la Ley 100 de 1993 y cuyo derecho se regula por el Decreto 3041 de 1996, por lo que ha de colegirse que no es posible condenar a la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES al pago de dicha prestación como consecuencia de la omisión de afiliación del señor Antonio Barrera Carrasquilla (Q.E.P.D.) por el periodo transcurrido entre 1º de febrero de 1974 al 30 de junio de ese mismo año, motivo por el cual también se confirmará la decisión de la A quo en ese puntual aspecto.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la prescripción declarada por la primera instancia, indicó el apoderado de la parte actora que sorprende que se haya declarado la prescripción en los términos de la seguridad social, ya que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 señala que los aportes son imprescriptibles. Sin embargo, dicho argumento nada tiene que ver con los fundamentos esgrimidos por la A quo para sustentar su decisión, como quiera que esta no declaró la prescripción frente a los aportes pensionales, sino que lo que consideró fue que, si en gracia de discusión se admitiera que los perjuicios reclamados por la promotora de la acción estuvieran demostrados, que no lo están, pues téngase en cuenta que los mismos se sustentan en la premisa de que el perjuicio se causó porque la falta de afiliación del señor Antonio Barrera Carrasquilla (Q.E.P.D.) por el periodo del 1º de febrero de 1974 al 30 de junio de ese mismo año le cercenó a la promotora de la acción su derecho a la pensión de sobrevivientes, que como quedó ampliamente explicado en precedencia no fue así, ya que aun teniendo en cuenta dicho periodo como efectivamente cotizado no se reúnen los requisitos de la normatividad aplicable para causar el derecho a dicha prestación, tal acción para reclamar los mencionados perjuicios estaría prescrita en los términos de los artículo 488 del C:S.T. y 151 del C.P.T. y S.S., como quiera que los mismos se hicieron exigibles desde la fecha de la muerte del causante, que se reitera, lo fue el 22 de noviembre de 1977, criterio que comparte enteramente esta Sala, pues en efecto, fue a partir de la fecha antes dicha que la demandante estaba habilitada para reclamar a la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, a título de perjuicio, suma de dinero que hubiese dejado de recibir por la omisión en la afiliación al sistema pensional de su cónyuge fallecido, pero como quiera que solo reclamó tales perjuicios a la entidad de educación superior, el 22 de octubre de 2019, cuando la convocó a una audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación (fs. 113-116 archivo 01), no merece ningún reparo la decisión apelada, pues surge de bulto que para esa calenda ya se encontraba más que vencido el trienio prescriptivo de la acción laboral.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad. Las Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho

una suma equivalente al SMMLV al momento de su pago, la cual se dividirá en partes iguales entre las entidades demandadas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

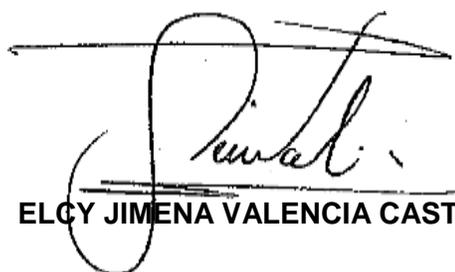
RESUELVE:

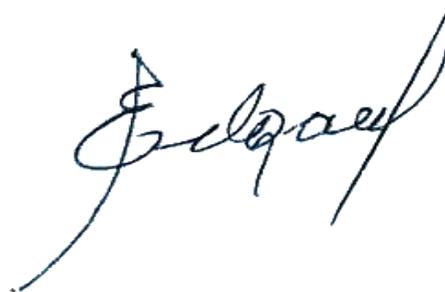
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 8 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte DEMANDANTE. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente al SMMLV al momento de su pago, la cual se dividirá en partes iguales entre las entidades demandadas.

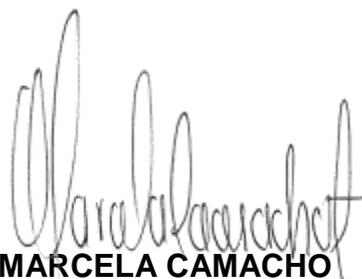
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO

(Salva voto)