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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALBA LUZ ORTIZ ARCINIEGAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de agosto de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Alba Luz Ortiz Arciniegas, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se ordene suspender el descuento que se viene efectuando a su mesada por la aparición de una nueva beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. De igual manera, se condene a Colpensiones a devolver todos los valores descontados y a

pagar los intereses moratorios; junto con lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: convivió con Manuel Alfonso López Jiménez, quien falleció el 31 de mayo de 2012; mediante Resolución GNR 034207 del 12 de marzo de 2013 Colpensiones le otorgó la pensión de sobrevivientes; la señora Claudia Janneth López Prieto, en representación de Edna Mabel López Prieto (hija del causante), reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada a través de la Resolución GNR 350258 del 11 de diciembre de 2013 argumentando que no se aportó dictamen de PCL emitida por una Junta Nacional o Regional de Calificación; por medio de Resolución GNR 79635 del 17 de marzo de 2015 Colpensiones concedió a Edna Mabel López Prieto la prestación y ordenó distribuir las mesadas en partes iguales: 50% para ella y 50% para Edna Mabel López Prieto; en el mismo acto administrativo se ordenó el cobro del mayor valor pagado por concepto de mesadas pensionales a la accionante, que asciende a $41.296.305,oo; a partir de diciembre de 2018 se iniciaron los descuentos a las mesadas pensionales, en cuantía de $468.297,oo mensuales; Colpensiones ordenó el embargo y secuestro de un vehículo propiedad de Alba Luz Ortiz; a través de Resolución No. 02007 del 13 de mayo de 2019, Colpensiones profirió mandamiento de pago en contra de la demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 48 a 49 del archivo 2 del expediente digital). Aceptó los hechos planteados. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, legalidad de los actos administrativos demandados, compensación, prescripción, imposibilidad de indemnización por costas judiciales, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo denominado "CD'S y Audios"); en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas a la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurre en apelación argumentando que su actuar no estuvo revestido de mala fe, ya que es ignorante de la Ley 100 de 1993 y no tiene conocimientos sobre seguridad social. Agregó que, efectivamente sabía que el causante tenía una hija en condición de invalidez, pero este hecho no demuestra que hubiese actuado de manera fraudulenta y dolosa. Dijo que quien actuó de mala fe fue Colpensiones, toda vez que negó la pensión a Edna Mabel López Prieto exigiendo requisitos no contemplados en la ley. Indicó que es posición reiterada a las Altas Cortes que "no habrá lugar a recuperar las prestaciones periódicas pagadas a los particulares de buena fe, salvo que se pruebe por la entidad Estatal que el demandado incurrió en conductas deshonestas, fraudulentas, dolosas, es decir, que actuó de mala fe con el fin de obtener un beneficio al cual no tenía derecho".

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.

Colpensiones también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte actora.

CALIDAD DE PENSIONADA DE LA ACCIONANTE

No se discute que a Alba Luz Ortiz Arciniegas le fue reconocida pensión de sobrevivientes por parte de Colpensiones mediante Resolución GNR 034207 del 12 de marzo de 2013, a partir del 1° de junio de 2012, con ocasión al fallecimiento de Manuel Alfonso López Jiménez.

De igual manera, está demostrado que el 11 de abril de 2013 Edna Mabel López Prieto reclamó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, aduciendo su calidad de "Hijo(a) Inválido(a)" del causante; obteniendo respuesta negativa a través de la Resolución GNR 350258 del 11 de diciembre de 2013, con el argumento de no haber acreditado su estado de invalidez con dictámenes emitidos por las Juntas Regionales o la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Decisión que fue revocada por medio de Acto Administrativo GNR 79635 del 17 de marzo de 2015, en el que se resolvió conceder la prestación a Edna Mabel López Prieto y a Alba Luz Ortiz Arciniegas, en un 50% a cada una, a partir del 31 de mayo de 2012. Allí mismo se ordenó a la promotora de la litis el "reintegro del mayor valor pagado por concepto de pensión de sobrevivientes".

También está acreditado que, a partir de diciembre de 2018 se iniciaron los descuentos a las mesadas pensionales de la demandante, en cuantía de $468.297,oo mensuales; conforme se establece con los desprendibles de pago aportados al plenario.

COBRO DE SUMAS PAGADAS EN EXCESO

La parte demandante interpone recurso de apelación insistiendo en que ha recibido sus mesadas pensionales de buena fe, por lo que no hay lugar a devolución de suma alguna; para lo cual cita artículo 164 del CPACA, que en su numeral 1° literal c) consagra la imposibilidad de recuperar prestaciones periódicas pagadas a particulares de buena fe.

Este planteamiento del recurrente debe analizarse en armonía con el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, que faculta a quienes respondan por el pago o reconozcan prestaciones económicas con cargo a los recursos del erario, para que revoquen directamente los actos administrativos sin necesidad de autorización del particular, si se reconocieron de manera irregular.

Esta última norma fue estudiada por la Corte Constitucional en sentencia SU 182-2019, oportunidad en la que analizó el principio de buena fe, todo dentro del marco de la revocatoria directa de actos administrativos que otorgaron prestaciones económicas periódicas de manera irregular, como en el sub lite; concluyendo lo siguiente:

> ***"4.3. Quien se aprovecha del error ajeno o incumple su deber de buena fe, actúa en contravía de la Constitución, y no merece protección sobre los derechos así adquiridos***
>
> *[….]*
>
> *[…] se tiene el principio general de la buena fe, que el artículo 83 Superior elevó a rango constitucional y consagró como un deber. Según este, "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas". En su acepción más simple, la buena fe equivale a "obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones".*
>
> *La buena fe no solo se reclama a las autoridades públicas, imponiéndoles la obligación de abstenerse de modificar abruptamente sus decisiones, sino que también se predica de los particulares. Esta busca materializar la confianza mutua, lo cual exige una disposición respetuosa y leal de ambas partes:*
>
> *[….]*
> *Es por lo anterior que frente a una circunstancia de ostensible ilegalidad, la Corte ha defendido que "la aplicación del principio de buena fe deberá operar es en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias.*
>
> *[…]*
>
> *En conclusión, la revocatoria unilateral de un acto de reconocimiento pensional se habilita ante un comportamiento lo suficientemente grave como para ser enmarcado en algún tipo delictivo, sin que sea necesario demostrar la responsabilidad penal a través de una sentencia condenatoria.* ***Tampoco hace falta que el afiliado sea el que haya concertado o inducido en error a la administración, pues el ordenamiento jurídico también sanciona a quien se aprovecha de estos escenarios****. El cumplimiento de las normas es un presupuesto básico del Estado social y democrático de derecho. Actuar con rectitud y honestidad es una exigencia que se deriva del principio general de la buena fe y que permite crear un ambiente de confianza mutuo, imprescindible para el buen funcionamiento de la sociedad" (destaca la Sala)*

Siguiendo la jurisprudencia en cita, es claro que nadie está en la posibilidad de evitar que una entidad, como sería el caso de Colpensiones, incurra en error a su favor, máxime cuando éste no resulta sencillo identificar para el afiliado. Sin embargo, lo que reprueba el ordenamiento jurídico, es que, una vez conocida la irregularidad, el ciudadano pretenda ignorar el yerro y sacar provecho propio de un infortunio ajeno, pues en este escenario se está apropiando conscientemente de dineros improcedentes y bajo ninguna perspectiva tal actuar, dentro del cual se enmarca el de la demandante, puede considerarse como de buena fe. Y es que, recuérdese que fue la misma Alba Luz Ortiz Arciniegas quien, al absolver

interrogatorio de parte, reconoció tener conocimiento de la existencia de otra beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y de su estado de invalidez, y, pese a ello, no informó a Colpensiones sobre tal situación.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptase que el actuar de la actora estuvo revestido de buena fe, lo cierto es que en el sub examine se configuran los elementos constitutivos de un enriquecimiento sin causa, pues se presentó el enriquecimiento de un patrimonio (el de Alba Luz Ortiz Arciniegas), a expensas de otro (el de Edna Mabel López Prieto), sin una causa que lo justifique. En estas condiciones, carecería de asidero el argumento de la recurrente referente a que la actora recibió los dineros de buena fe, comoquiera que el obrar o no de buena fe no es una exigencia requerida para que se configure el enriquecimiento sin causa (Corte Suprema de Justicia SL1527-2021).

Aunado a lo anterior, resulta claro que Colpensiones no puede asumir el doble pago de la pensión aquí reclamada, y que la compensación de las sumas pagadas en exceso a Alba Luz Ortiz Arciniegas opera de pleno derecho y por ministerio de la ley, tal como lo dispone el artículo 5° de la Ley 1204 de 2008, en cuyos términos:

> ***"ARTÍCULO 5o. TÉRMINOS PARA DECIDIR LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL DEFINITIVA.*** *Si no se presentare controversia, la sustitución, de manera definitiva, se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término del edicto emplazatorio. En caso de controversia se resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.*
>
> *En caso de que los beneficiarios iniciales tuvieren que hacer compensaciones a los nuevos por razón de las sumas pagadas, así se ordenará en el acto jurídico y lo ejecutará la entidad pagadora.*
>
> *Las compensaciones se harán descontando el valor correspondiente de las futuras mesadas".*

En punto a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL226-2021, reiterada en la SL5034-2021 y en la SL1180-2022, señaló:

> *"Por esa razón, y para evitar que se sacrifique el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional ante la reclamación y surgimiento del derecho en cabeza de nuevos beneficiarios de la prestación económica, y se llegue a considerar un pago doble o sin causa alguna, el legislador permitió a la entidad que asume el reconocimiento de la pensión, compensar las sumas de dinero con las mesadas que a futuro reciban quienes inicialmente fueron aceptados como beneficiarios iniciales, o en su defecto, iniciar las acciones de recuperación de esos rubros pagados sin justificación, muy a pesar de que al principio los reclamantes lo hubieran hecho de buena fe o creyendo que los hechos y el momento respaldaban su solicitud.*

> *Así, debe traerse a mención el artículo 5° de la citada Ley 1204 de 2008, en que la recurrente respalda su cuestionamiento: (…)*
>
> *Esta norma opera de pleno derecho, y no es necesario que el operador judicial acuda a ella en el instante de resolver una controversia entre beneficiarios de la prestación pensional, para que la entidad se encuentre habilitada a recuperar aquellas sumas de dinero que perdieron su causa, y en aquellos casos en que no es posible esa compensación, pueda ejercer la acción judicial pertinente ante el enriquecimiento sin causa de aquellas personas que perdieron la calidad de beneficiarios y recibieron unas mesadas sin respaldo normativo alguno.*
>
> *De manera que existe un mecanismo para evitar una doble erogación a cargo del Estado cuando se presentan nuevos beneficiarios, como es la compensación, que significa, como se ha venido explicando, que los beneficiarios iniciales deben ir devolviendo los dineros percibidos en el pasado, hasta lograr que se ajusten los porcentajes definitivos desde el momento en que se causó el derecho pensional, lo cual aplica no solo por decisión propia de la administración sino incluso cuando el asunto es resuelto definitivamente por la jurisdicción."*

Acorde con lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada, de conformidad con lo considerado.*
Segundo.- *Costas a cargo de la parte actora. Inclúyase en la liquidación respetiva la suma de $200.000,oo, por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NANCY PATRICIA TAVERA GOMEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con C.C. No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir SA y Colpensiones contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2022, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Nancy Patricia Tavera Gómez, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA y Colfondos SA, para que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS. En consecuencia, se traslade a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y demás emolumentos; debiendo Colpensiones recibir los dineros trasladados y activar su afiliación en el RPMPD. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 06 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 8 de marzo de 1968; en julio de 1993 empezó a cotizar en el RPMPD; se trasladó al RAIS en julio de 1994 cuando asesores de Colfondos SA le manifestaron que el cambio de régimen le resultaría más seguro y rentable; en febrero de 1998 se trasladó a Porvenir SA; al momento del traslado los asesores de ambas AFP omitieron brindarle información acerca de las ventajas y desventajas entre ambos regímenes, y sobre los riesgos o consecuencias de su afiliación; presentó reclamación ante Porvenir SA y ante Colpensiones, obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 10 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento

de la actora, su inicial vinculación al RPMPD, la reclamación presentada y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, y la genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 08 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Finalmente, Colfondos SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 17 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; en cuanto a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 22 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, el 11 de octubre de 1994, por intermedio de la AFP Colfondos SA. Condenó a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional de la demandante. Condenó a las AFP accionadas a devolver a Colpensiones todos los vales que hubieren con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración debidamente indexados, y sumas adicionales con los respectivos intereses, junto con los rendimientos que se causaron. Condenó a Colpensiones a aceptar los dineros devueltos. Condenó en costas a las AFP accionadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas Colpensiones y Porvenir SA interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que la devolución de las sumas debidamente indexadas es incompatible con la devolución de los rendimientos, ya que esto comporta una doble sanción.

Colpensiones manifestó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado consagrada en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Agregó que la accionante ha realizado actos de relacionamiento, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS; aunado a que no se trata de un afiliado lego, sino que es una abogada, condición que le permite conocer las normas. Por último, indicó que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Colpensiones como Porvenir SA presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivos recursos.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas Porvenir SA y Colpensiones al momento de sustentar sus respectivos recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que la mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un

hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 54 años de edad, en tanto nació el 8 de marzo de 1968, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 06 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 11 de octubre de 1994, con destino a la AFP Colfondos SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Colfondos SA quien tenía la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico. Por lo que la alzada se restringe a revisar las inconformidades planteadas respecto de la incompatibilidad de la indexación y los rendimientos, la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, así como la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil[1]*, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que "En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en*

este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)." *(SL 3463-2019).*

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con*

> *solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordenó la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos, como acertadamente lo determinó el a quo; lo que impone confirmar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo

de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones; precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional,

en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Colfondos SA y Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a las AFP Porvenir SA y Colfondos SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*
Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*
Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de $800.000,oo a cargo de cada una de ellas, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA LUISA PRIETO BELTRÁN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 29 de abril de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

María Luisa Prieto Beltrán, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la

omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Protección SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, con todos sus frutos e intereses; debiendo Colpensiones recibir los recursos mencionados. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 02 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 26 de octubre de 1959; comenzó a cotizar al ISS el 1˚ de julio de 1995; en noviembre del año 2000 agentes de la AFP Protección SA se acercaron para realizar conferencias sobre las ventajas de trasladarse a un fondo privado; le indicaron que el monto de su pensión sería más alto, que se pensionaría a la edad que quisiera, que el ISS fracasaría y que podía negociar su pensión después de los 50 años; la AFP accionada no cumplió con su obligación de brindar asesoría personalizada al momento de la afiliación, ni le suministró información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen; como consecuencia del ocultamiento de información y la omisión en asesorías, se generaron perjuicios en su derecho pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 19 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y su inicial vinculación al ISS; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de

legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

A su turno, Protección SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 23 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y su traslado a esa AFP; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 29 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de Protección SA. Ordenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos, frutos e intereses. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y a actualizar la historia laboral de la accionante. Se abstuvo de imponer condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no es procedente su traslado en cualquier tiempo; aunado a que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado, al faltarle menos de 10 años para acceder a la pensión. Dijo que la decisión del a quo afecta la sostenibilidad financiera del sistema y que la AFP cumplió con sus obligaciones, en los términos

vigentes para la época del traslado. Indicó que la promotora de la litis es profesional con posgrado, por lo que tiene la capacidad para ilustrarse e indagar sobre su situación pensional. Por último, afirmó que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP accionada, lo que conlleva que no puede verse afectada ni favorecida con la decisión aquí adoptada.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar su apelación.

La parte actora también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que la AFP demandada no brindó información clara, completa y comprensible en los términos que establece la ley.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a esa entidad de seguridad social.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por cuanto es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 63 años de edad, en tanto nació el 26 de octubre de 1959, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 05 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 16 de diciembre de 1999,

efectivo a partir del 1˚ de febrero del 2000, con destino a la AFP Protección SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, o cuando no se acreditan los requisitos jurisprudenciales para el traslado de régimen en cualquier tiempo, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub lite no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Protección SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar los reparos planteados frente a la sostenibilidad financiera, así como las demás condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil[1], el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que "En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo

invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)." (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante, imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar a Protección SA a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas la consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos

cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Protección SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a la AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Segundo.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la AFP Protección SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Tercero.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Cuarto.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000,oo, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALEJANDRO GARAY CANTILLO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y PALMERAS DE LA COSTA SA

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Palmeras de la Costa SA contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Alejandro Garay Cantillo, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a Palmeras de la Costa S.A. para que se declare la existencia de un contrato de

trabajo con esta última. En consecuencia, se condene a Colpensiones a efectuar el cálculo actuarial por los periodos comprendidos del 14 de agosto de 1989 al 9 de junio de 1994, debiendo Palmeras de la Costa SA trasladar las sumas correspondientes a dicho cálculo. Asimismo, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 24 de agosto de 2002; junto con las mesadas adicionales, los incrementos de ley y los intereses moratorios, o en subsidio la indexación de las sumas. De igual manera, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 03 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 24 de agosto de 1942; trabajó para Palmeras de la Costa SA desde el 14 de agosto de 1989 hasta el 9 de octubre de 2005; Palmeras de la Costa SA lo afilió a pensión el 10 de junio de 1994; mediante Resolución No. 350142 de 2014 Colpensiones le reconoció indemnización sustitutiva de pensión de vejez en cuantía de $26.232.994,oo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra (archivo 12 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, y la innominada o genérica.

Palmeras de la Costa SA dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (archivo 17 del expediente digital). Aceptó los hechos planteados, excepto el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez por parte de Colpensiones. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, y las innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 18 del expediente digital) en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y Palmeras de la Costa S.A., vigente del 14 de agosto de 1989 al 9 de octubre de 2005. Condenó a Palmeras de la Costa S.A. a pagar el cálculo actuarial que realice Colpensiones a su entera satisfacción, por los periodos laborados por el actor entre el 14 de agosto de 1989 y el 9 de junio de 1994, teniendo como salario base el mínimo legal mensual vigente de cada anualidad, para lo cual concedió un término de 15 días hábiles siguientes a la elaboración del cálculo. Ordenó a Colpensiones que elabore el cálculo actuarial por los aportes pensionales en favor del demandante por el periodo comprendido entre el 14 de agosto de 1989 y el 9 de junio de 1994, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia; e igualmente aceptar su pago por parte de Palmeras de la Costa S.A. y validar dichos tiempos en la historia laboral del demandante. Condenó a Colpensiones a reconocer, pagar e incluir en nómina de pensionados, dentro de los dos meses siguientes al recibo del cálculo actuarial por parte de Palmeras de la Costa SA, la pensión de vejez a favor del actor, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad, con fecha de causación 16 de agosto de 2002, pero con fecha de disfrute del 1° de octubre de 2019; cuyo retroactivo deberá ser indexado al momento de su pago. La pensión reconocida por Colpensiones será compartida con la que en la actualidad goza el demandante por parte de Palmeras de la Costa SA, por ello, desde el 1° de octubre de 2019 Palmeras de la Costa SA deberá pagar únicamente al actor el mayor valor, si lo hubiere, entre las dos prestaciones; "en caso de que la pensión que Colpensiones liquide sea menor a la que Palmeras de la Costa pagaba para el año 2019, deberá pagar el retroactivo de la pensión legal de vejez a Palmeras de la Costa SA, por virtud de la compartibilidad acordada entre las partes; de lo contrario, es decir, en caso de que la pensión legal de vejez resulte ser superior a la que Palmeras de la Costa SA pague para el año 2019, no deberá trasladarle ningún retroactivo a dicho empleador, sino pagárselo directamente al demandante". Autorizó a Colpensiones a deducir no sólo los aportes a seguridad social con destino a la EPS a la que se encuentre afiliado el demandante, sino los $26.232.994,oo que le pagó por concepto de indemnización sustituta de la pensión de vejez. Condenó en costas a Palmeras de la Costa SA y a favor de Colpensiones y del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandada Palmeras de la Costa S.A. interpone recurso de apelación argumentando que no está obligada a pagar el cálculo actuarial, toda vez que le reconoció directamente al actor la pensión de vejez, de conformidad con la conciliación celebrada ante el Ministerio del Trabajo; aunado a esto, ha venido pagando las cotizaciones con posterioridad al reconocimiento de la prestación, operando la compensación sobre las sumas objeto de condena.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, el demandante presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Palmeras de la Costa SA al momento de sustentar su recurso, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

NEXO LABORAL

No es objeto de discusión que entre el demandante y Palmeras de la Costa S.A. existió un contrato de trabajo vigente del 14 de agosto de 1989 al 9 de octubre de 2005, conforme se establece con la carta de aceptación de renuncia, la liquidación final de salarios y prestaciones sociales, y el acta de conciliación No. 2138 del 10 de octubre de 2005; así como de lo aceptado por Palmeras de la Costa S.A. al contestar la demanda. Supuestos fácticos establecidos en primera instancia, sin que fueran objeto de reproche en la alzada.

También está acreditado que, a través de conciliación adelantada ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barranquilla el 10 de octubre de 2005, Palmeras de la Costa S.A. y el actor acordaron reconocer a este último una pensión, en los siguientes términos:

"Que entre la empresa Palmeras de la Costa S.A. y el señor ALEJANDRO GARAY CANTILLO, se firmó un contrato individual de trabajo a término indefinido el día 14 de agosto de 1989.

Que la empresa y el trabajador acordaron dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes el día 9 de octubre de 2005, con el fin de pensionar anticipadamente al señor ALEJANDRO GARAY CANTILLO, a partir del 10 de octubre de 2005.

Que el trabajador prestó servicios a la empresa en forma continua durante 16 años, 4 meses y 21 días, en la fecha cuenta con más de 55 años de edad.

Que al 1° de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, el señor ALEJANDRO GARAY CANTILLO tenía más de 40 años de edad, por lo cual se beneficia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la citada ley.

Que el señor ALEJANDRO GARAY CANTILLO cumple con los parámetros establecidos en los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del código sustantivo del trabajo y demás disposiciones, razón por la cual la empresa PALMERAS DE LA COSTA S.A. entra a pensionarlo anticipadamente a partir del 10 de octubre de 2005 con el 75% del salario promedio del último año de servicios.

Que el salario promedio del último año del trabajador asciende a la suma de $763.428.00 pesos moneda corriente.

Que la empresa pagará al señor ALEJANDRO GARAY CANTILLO, la suma de QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS M.L., ($572.571.00) como mesada pensional a partir del 10 de octubre de 2005.

Que la empresa se compromete a cancelar mesadas pensionales adicionales en junio y diciembre de cada año.

Que la empresa se compromete en incrementar anualmente el valor de las mesadas pensionales de acuerdo al índice de precios al consumidor emitido por el DANE, en el mes de enero de cada año.

Que la empresa se compromete en asumir el 100% del valor de los aportes al fondo de pensiones en el cual se encuentra afiliado el señor ALEJANDRO GARAY CANTILLO, teniendo en cuenta el artículo 5 del decreto 813 de 1994, hasta que el ex trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, una vez esto ocurra, el extrabajador reunirá los requisitos de semanas cotizadas y edad, parar acceder a la pensión con el SEGURO SOCIAL, cuando esta entidad le reconozca su derecho, la empresa cancelará la diferencia, si la hubiere, entre una y otra compartida con el Seguro Social.
[…]"

PAGO DEL TÍTULO PENSIONAL

El reparo de la demandada Palmeras de la Costa S.A. se centra en la improcedencia del cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 14 de agosto de 1989 y el 9 de junio de 1994, ya que ha venido pagando directamente la prestación pensional a Alejandro Garay Cantillo.

Para dilucidar este asunto, considera la Sala pertinente rememorar la historia de la asunción de los riegos de invalidez, vejez y muerte. Al respecto, tenemos que, en sus inicios, la pensión de jubilación se encontraba a cargo del empleador, por lo

cual, con el fin de reglamentar las relaciones con los trabajadores, se expidió la Ley 6ª de 1945, que creó a cargo de los empleadores, mientras se organizaba el Instituto Social Obligatorio, indemnizaciones y prestaciones sociales, y concretamente impuso a las empresas con capital superior a $1.000.000,oo, la obligación de reconocer y pagar una pensión de jubilación a los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, continuos o discontinuos[1] *(art. 14).*

Posteriormente, la Ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales que, como se indicó, finalmente asumiría las enunciadas prestaciones sociales para quienes laboraran para otro, "en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje, inclusive a los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico"[2]*.*

De la mano con la creación del Seguro Social, fue definido un sistema tripartito de contribuciones, es decir que el empleador, el trabajador y el Estado estaban obligados a realizar aportes para la financiación de los diferentes riesgos amparados[3]*, sin embargo el sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, abandonando así el sistema tripartito y radicando únicamente las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono. Con todo esto, frente a la denominación de pensión de jubilación, que venía desde la legislación anterior, el artículo 76 de la referida ley determinó reemplazarla, en adelante, por pensión de vejez.*

---

[1] *Art. 14, ib. "La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos ($1.000.000) estará también obligada:*
a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos este situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;
b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;
c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos ($ 30) ni exceder de doscientos pesos ($ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión."

[2] *Art. 2°, L. 90/46.*

[3] *Art. 16, ib.: "Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos, serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos ($ 30.000), o de ciento veinticinco mil ($ 125.000) tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado contribuirá con una parte de la respectiva cuota patronal, que el decreto reglamentario fijará entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la misma. Los aportes del Estado se financiarán, en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables.*
PARÁGRAFO. Cuando se trate de asegurados obligatorios que tengan efectivamente más de cuatro personas a su cargo, de aquellas a las que está obligado a alimentar de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, el Estado podrá contribuir hasta con la mitad del aporte que le corresponda al asegurado, lo que regulará el Departamento Matemático - Actuarial, teniendo en cuenta el excedente de personas que vivan a cargo de éste." Sin embargo, ese sistema de común financiación fue modificado por los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973.

Así, con el fin de que el Seguro Social estuviera en capacidad de asumir el riesgo de vejez, en relación con los servicios prestados con anterioridad a la expedición de esa ley, estableció:

> *"… el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esta obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de estas pensiones eventuales.*
> *En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley."*[4]

Esa gradualidad fue adoptada por el Código Sustantivo del Trabajo, Decretos 2663 y 3743 de 1950, en el artículo 259 determinó de manera temporal:

> *"1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.*
> *2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los {empleadores} cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto."*

En ese orden, el trabajador que hubiere laborado para una misma compañía, con un capital igual o superior a $800.000,oo que haya cumplido 50 años de edad si es mujer, o 55 años si es hombre, y acredite 20 años de servicios "continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio"[5]*.*

Luego, fue expedido el Decreto 3041 de 1966[6]*, cuyos artículos 60*[7] *y 61 regularon la subrogación paulatina por la referida entidad al empleador en el reconocimiento de la pensión de jubilación (art. 260 CST), de modo que "bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales tan solo podía, por mandato de la ley, asumir gradual*

---

[4] *Art. 76, ib..*
[5] *Art. 260, CST.*
[6] *Mediante el Decreto 3041 de 1966 se aprobó el Acuerdo 224 de 1966, que a su vez reglamentó el seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte.*
[7] *D. 3041/66, art. 60: "Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000) M/cte. o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado, a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono."*

y progresivamente las pensiones de creación estrictamente legal, esto es las consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo"[8]**.**

Así, a la entrada en funcionamiento del Seguro Social se efectuó de manera paulatina y progresiva, tardándose un tiempo importante después de la expedición de la ley que establecía su creación, por lo cual la obligatoriedad en la afiliación de los trabajadores se dio a partir de enero 1° de 1967; pero no para todo el territorio nacional.

De modo que la carga pensional de jubilación continuó a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no hubiera presencia del ISS; deber que se mantuvo con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que así se contempló en los artículos 259 y 260 de dicho estatuto.

Ahora, la inscripción para los riesgos de invalidez, vejez y muerte se ordenó por primera vez a través del Acuerdo 224 de 1966 y comenzó a partir del 1º de enero de 1967, pero sólo en algunas zonas del país. Fue con la vigencia de la Ley 100 de 1993 que se estableció la afiliación obligatoria para todos los trabajadores dependientes del país, entre otros. Por su parte, en los artículos 23 y 24 de dicha norma se establecieron sanciones y acciones de cobro cuando los empleadores no efectúen los aportes que les corresponde realizar en los términos establecidos en la ley .

Además, en el artículo 33 de la ley en comento se contempló la situación de aquellos trabajadores que prestaron servicios a un empleador y que no fueron afiliados al régimen de pensiones, para lo cual se estableció que, para efectos del reconocimiento de la prestación de vejez, se tendría en cuenta dicho tiempo de servicio y que aquel debía asumir el título pensional correspondiente, conforme a

---

[8] *Art. 31 ib.: "Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse al Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000) M/cte, o superior a diez o más años de servicios continuos o discontinuos, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados en las mismas condiciones establecidas en el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8 de la ley 71 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez, en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.*
La obligación consagrada en el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 y en esta disposición, de seguir cotizando al seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, sólo rige para el patrono."

las disposiciones contempladas en la misma normativa y en sus decretos reglamentarios.

Igualmente, el Decreto 813 de 1994 reglamentó, entre otros asuntos, el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley de seguridad social integral respecto de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado.

Bajo los anteriores derroteros, baste indicar que ha sido criterio reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que todos aquellos tiempos trabajados y no cotizados, independientemente de si ello ocurrió por la ausencia de cobertura del Sistema General de Pensiones según los términos del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, o con ocasión de la negligencia u omisión del empleador, deben ser asumidos y financiados por este último. Ello con el objetivo que el trabajador no vea menoscabado su eventual derecho pensional, por ausencia del requisito de semanas necesarias para acceder a dicha prestación correspondiente a un tiempo en el que sí prestó sus servicios.

Dicho esto, resulta claro que el derecho pensional del trabajador no se ve afectado en aquellos eventos en que la empresa empleadora reconoce y paga directamente la pensión, como en el sub lite, lo que descarta la obligación de Palmeras de la Costa S.A. de pagar el título pensional. Así lo adoctrinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1342-2019:

> *"No obstante lo anterior, concluyó que, en este caso, la empresa accionada no estaba obligada a cancelar el cálculo actuarial correspondiente porque asumió directamente el pago de la prestación de jubilación a favor del trabajador, a partir del 1.º de enero de 1987.*
>
> *Para la Corte, tal razonamiento no es errado. De un lado, porque está acorde con su jurisprudencia, que de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores, (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017), máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018) y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL173002014, SJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017 y CSJ SL068-2018).*
>
> *Por el otro, porque el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos períodos no cotizados por cualquier motivo e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez. De modo que si la empresa asume por su propia cuenta la contingencia pensional, no tiene sentido que entregue valor alguno a aquella, puesto que el riesgo ya está cubierto."*

En consecuencia, erró el fallador de primer grado al imponer a Palmeras de la Costa S.A. la obligación de pagar el título pensional con destino a Colpensiones, por los periodos comprendidos del 14 de agosto de 1989 al 9 de junio de 1994, pese a que ha venido pagando la pensión al actor a partir del 10 de octubre de 2005 y ha efectuado los aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones, a efecto de completar el mínimo de semanas requerido para que Garay Cantillo acceda a la pensión de vejez. Recuérdese que los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, en armonía con el artículo 5° del Decreto 813 de 1993, brindan la posibilidad al empleador que concede la prestación, de quedar liberado total o parcialmente cuando el ISS asumiera el reconocimiento pensional, con sujeción a sus reglamentos, para lo cual, el empleador debía continuar aportando en favor de su subordinado, después de conceder el derecho, en aras de lograr la compartibilidad; como efectivamente lo ha hecho Palmeras de la Costa S.A.

Corolario de lo anterior, se revocará la decisión de primer grado en este punto para, en su lugar, absolver a Palmeras de la Costa S.A. del pago del título pensional.

PENSIÓN DE VEJEZ

Siguiendo con el análisis de los problemas jurídicos planteados, es de precisar que el fallador de primer grado condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del accionante la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año; entonces, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, es cuestión primordial establecer si Alejandro Garay Cantillo se encuentra inmerso en el régimen contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el artículo en mención estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad tuvieran 35 años siendo mujeres o 40 siendo hombres o 15 años de servicios; requisito que cumple el demandante toda vez que, para la entrada en vigencia de la referida ley, esto es, el 1° de abril de 1994, contaba con 51 años de edad, pues nació el 24 de agosto de 1942, tal y como se observa en la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 02 del expediente digital). Por lo que no existe duda que su situación pensional puede ser analizada bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, por haber prestado sus servicios en el sector privado y haber estado afiliado al régimen de prima media

administrado por Colpensiones, desde el año 1985. Tampoco es objeto de reparo que la edad de 60 años a la que refiere el artículo 12 del mentado acuerdo la cumplió el 24 de agosto de 2002.

Ahora, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 exige como requisito para acceder a la prestación pensional 500 semanas de aportes dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida o 1000 en cualquier tiempo. Así, la Sala constata que el accionante tan sólo acredita 419,17 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima (24 de agosto de 1982 a 24 de agosto de 2002) y 857,71 semanas hasta el 31 de julio de 2010, que resultan insuficientes para acceder al derecho pretendido; sin que sea posible extender los beneficios del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, dado que a 29 de julio de 2005 (entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005) tan sólo acreditaba 604 semanas de aportes.

Aunado a lo anterior, se observa que el último aporte pensional del accionante se efectuó para el ciclo septiembre de 2018, de conformidad con lo consignado en la historia laboral emitida el 17 de octubre de 2018, completando 1.273 semanas de cotización, por lo que tampoco acredita los condicionamientos para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

En consecuencia, se revocará de sentencia apelada y, en su lugar, se absolverá a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, absolver a Colpensiones y a Palmeras de la Costa SA de todas las pretensiones formuladas en su contra.*
Segundo.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LAURA CRISTINA GÓMEZ WINEBRENNER CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA; LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con C.C. No. 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferidos.

Notifíquese

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Laura Cristina Gómez Winebrenner, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Skandia SA y Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, así como de los traslados horizontales efectuados entre AFP. En consecuencia, se condene a las AFP accionadas a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración; debiendo Colpensiones recibir los dineros trasladados y actualizar su historia laboral. De igual manera, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 02 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 3 de septiembre de 1969; realizó aportes al RPMPD entre el 3 de julio de 1992 y el 1° de septiembre de 1993; el 6 de febrero de 1996 se trasladó a la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, realizando cotizaciones hasta febrero de 2008; se trasladó a Skandia el 29 de enero de 2008, donde actualmente se encuentra afiliada; los asesores de las AFP no le informaron de manera clara, cierta, oportuna y suficiente sobre las consecuencias jurídicas que tendría su traslado, tampoco la ilustraron sobre las características, ventajas y desventajas entre ambos regímenes; reclamó ante las demandadas la ineficacia de su traslado al RAIS; obteniendo respuestas negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo

21 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, los aportes realizados al RPMPD, su traslado al RAIS, las reclamaciones presentadas y las respuestas emitidas; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 18 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Skandia SA contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda (archivo 19 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación de la actora a esa AFP, la solicitud presentada y su respuesta; sobe las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó la demandante para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con afiliación al RPMPD administrado por el liquidado Instituto de Seguros Sociales, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, 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 la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, buena fe, y la genérica.

Skandia SA llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros SA, quien propuso las excepciones que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la 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 de la demandante a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 40 del expediente digital) en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, teniéndola como válidamente afiliada al RPMPD. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores descontados por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados. Condenó a Skandia SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió de la demandante, como cotizaciones, rendimientos, usufructos civiles, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales. Condenó a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPMPD, como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Absolvió a la llamada en garantía de todas las pretensiones formuladas en su contra. Condenó en costas a Skandia SA y a Porvenir SA en favor de la demandante. Condenó en costas a Skandia SA en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Colpensiones argumentó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003. Agregó que no se demostró vicio en el consentimiento que permita declarar la ineficacia del traslado; aunado a que en ningún momento la actora mostró ánimo de retornar al RPMPD.

Por su parte, Porvenir S.A. manifestó que no es posible devolver los gastos de administración, ya que fueron descontados por disposición legal y no hacen parte integrante de la pensión, por ello están sujetos a prescripción. Refirió que las únicas sumas susceptibles de devolución son los aportes con sus rendimientos, pues las primas de seguro previsional fueron giradas a la aseguradora quien cumplió con la cobertura. Dijo que, de mantenerse la condena impuesta en primera instancia, se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Solicitó que se condene en costas también a Colpensiones.

A su turno, Skandia SA aseguró que no es posible devolver los gastos de administración, la prima de seguros previsionales ni las comisiones, toda vez que ha cumplido con el deber legal de administrar la cuenta de ahorro individual de la actora generando altos rendimientos. Agregó que lo único que se debe devolver es el saldo contenido en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y los destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Solicitó que, en caso de confirmarse la condena de primer grado, la misma se redireccione hacia la aseguradora Mapfre. Por último, peticionó que se declare probada la excepción de prescripción, por cuanto estos dineros no hacen parte integrante de la pensión de vejez.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Colpensiones como las AFP accionadas presentaron alegatos de instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus respectivos recursos.

El extremo demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas al momento de sustentar sus recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que la misma no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 53 años de edad, en tanto nació el 3 de septiembre de 1969, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 02 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 6 de febrero de 1996, con destino a la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub lite no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Porvenir SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar las inconformidades planteadas por las AFP accionadas, encaminados a que se les absuelva de la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; así como las condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil[1]*, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que "En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)." (SL 3463-2019).*

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante, sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por las AFP demandadas en su apelación, relativos a que no es posible devolver las comisiones por administración ya fueron descontados por disposición legal y como contraprestación por la gestión adelantada, en virtud de la cual se generaron altos rendimientos; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *"2Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

De conformidad con el criterio jurisprudencial antedicho, resulta claro que corresponde a Skandia SA asumir, con cargo a su propio patrimonio, lo descontando por concepto de gastos de administración, en los que se incluye el valor del seguro previsional; como acertadamente lo concluyó el a quo. Imponiéndose confirmar la absolución impartida respecto de la llamada en garantía, ya que "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." (Sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989).

Siguiendo con el análisis del problema jurídico planteado, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como

administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional y su actuar estuviese revestido de buena fe, dadas la consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta

Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Porvenir SA y Skandia SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, considera la Sala que Porvenir SA no tiene interés para interponer recurso de apelación en lo relativo a la absolución de la otra demandada del pago de las costas procesales, por no resultarle desfavorable la decisión de primer grado en este punto (art. 320 del CGP).

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero.-** Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA y a Skandia SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*
Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000,oo por concepto de agencias en derecho, a cada una de ellas.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CONSUELO ROJAS MONJE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con C.C. No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 2 de agosto de 2022 por el Juzgado Veinticinco

Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Consuelo Rojas Monje, actuando por intermedio de su curadora Julieta Rojas Monjes, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a partir del 20 de enero de 2014, con ocasión al fallecimiento de su progenitor Marco Antonio Rojas Ávila; junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 02 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: la accionante nació el "22" de febrero de 1955 y es hija de Marco Antonio Rojas Ávila; mediante Resolución No. 05223 del 25 de mayo de 1988 el ISS reconoció pensión de vejez al señor Marco Antonio Rojas Ávila, quien falleció el 19 de enero de 2014; la actora padece trastorno psicótico (esquizofrenia residual) desde hace más de 25 años y fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el 15 de marzo de 2017 con una PCL del 59,89% y fecha de estructuración 23 de junio de 2011; el 29 de mayo de 2009 Julieta Rojas Monje se posesionó como curadora general de Consuelo Rojas Monjes; el 27 de abril de 2017 Julieta Rojas Monjes solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes para su hermana, obteniendo respuesta negativa a través de Resolución SUB 91702 de 8 de junio de 2017 con el argumento que Consuelo Rojas ya recibía una pensión de vejez y que los gastos generados por su enfermedad los asumía su curadora y hermanos; decisión que fue confirmada mediante Resolución DIR 11149 del 19 de julio de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (fls. 54 a 61 del archivo 7 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la calidad de pensionado del causante, la fecha de su deceso, la condición de invalidez de Consuelo Rojas Monje, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 19 del expediente digital), en la que condenó a Colpensiones a pagar a Consuelo Rojas Monje la pensión de sobrevivientes a partir del 28 de abril de 2014, mesada que a la fecha de retiro de nómina del causante equivalía a $1.911.370,oo, con sus respectivos ajustes y mesadas adicionales año a año; con un retroactivo causado a 2 de agosto de 2022 de $261.208.404,oo. Condenó a Colpensiones a pagar los intereses moratorios desde el 28 de agosto de 2017 y hasta que se verifique el pago. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción. Condenó en costas a Colpensiones.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interpone recursos de apelación, así: Colpensiones solicitó que se absuelva de la condena en costas, en atención a que no tiene un rubro destinado para tal fin. Agregó que no se verifican los criterios jurisprudenciales para la imposición de intereses moratorios, por lo que peticionó que se revoque esta condena.

La parte accionante solicitó que se revisen las operaciones aritméticas efectuadas por el a quo, ya que el retroactivo pensional adeudado asciende a

$356.354.409,oo, teniendo en cuenta el número de mesadas anuales y las actualizaciones año a año.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar sus respectivos recursos.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las partes, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – HIJA EN CONDICIÓN DE INVALIDEZ

En el presente caso no está en discusión que mediante Resolución No. 05223 de 25 de mayo de 1988 el ISS reconoció a Marco Antonio Rojas Ávila una pensión de vejez en cuantía inicial de $92.921,oo, a partir del 20 de agosto de 1987; según se colige de la documental aportada con el escrito de demanda. De igual manera, se encuentra acreditado que Marco Antonio Rojas Ávila falleció el 19 de enero de 2014, conforme se establece con el registro civil de defunción (archivo 02 del expediente digital); y que a través de la Resolución SUB 91702 del 8 de junio de 2017 Colpensiones negó a Consuelo Rojas Monje la pensión de sobrevivientes aduciendo que no se acreditó la dependencia económica hacia el causante.

Así las cosas, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, corresponde a la Sala dilucidar, en primer lugar, si Consuelo Rojas Monje cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento de Marco Antonio Rojas Ávila.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 19 de enero de 2014, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:

> *"**Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *[…]*
>
> *c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993; […]"*

Al respecto debe indicarse que, en la sentencia C-066 de 17 de febrero de 2016, por medio de la cual se declaró exequible la expresión "si dependían económicamente del causante" contenida en la norma antes citada, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

> *"[...] para esta Corporación la dependencia económica ha sido comprendida como: (i) la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia; (ii) la presencia de ciertos ingresos no constituye la falta de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios mantener su mínimo existencial en condiciones dignas."*

Con arreglo a lo anterior, la actora requería acreditar tres requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes: (i) su calidad de hija del causante; (ii) su condición de invalidez; y (iii) su dependencia económica hacia el pensionado fallecido, en los términos fijados por la Corte Constitucional.

El primero de los condicionamientos, esto es, el parentesco padre-hija se encuentra plenamente acreditado con el registro civil de nacimiento, en el que, además, se verifica que Consuelo Rojas Monje nació el 15 de febrero de 1955. En similar sentido, la condición de invalidez de la promotora del proceso está demostrada con el dictamen emitido por el área de medicina laboral de Colpensiones el 15 de marzo de 2017, en el que se le determinó una PCL del 59,89% y fecha de estructuración 23 de junio de 2011, por enfermedad de origen común "ESQUIZOFRENIA RESIDUAL - Trastornos psicóticos y del humor".

El debate se concreta en el requisito de la dependencia económica, por lo tanto, la Sala procede a analizar el material probatorio allegado al proceso. Se aportó certificación expedida por la IPS Centro Especializado en el Adulto Mayor Las Canitas Ltda. el 22 de febrero de 2018 en la que hace constar que "CONSUELO ROJAS MONJE […] es usuaria de esta INSTITUCIÓN desde el 09 de Diciembre de 2005 con diagnóstico de ESQUIZOFRENIA RESIDUAL. La persona responsable de las obligaciones contractuales de la usuaria era su padre señor MARCO ANTONIO ROJAS AVILA […] el cual cancelaba la mensualidad, por intermedio de sus hijas JULIETA ROJAS MONJE Y/O ABELINA ROJAS MONJE, hasta el día de su fallecimiento en Enero de 2014. La mensualidad inicial que cancelaban era de $585.000 y a partir de Enero de este año el valor de la mensualidad es de UN MILLÓN DOSIENTOS MIL PESOS ($1.200.000) MONEDA CORRIENTE" (archivo 02 del expediente digital).

De igual manera, obra declaración extrajuicio suscrita por Alejandro Rojas Monje el 3 de julio de 2019, en la que manifiesta que "mi hermana CONSUELO ROJAS MONJE […] fue declarada interdicta mediante sentencia del 23 de octubre de 2006 proferida por el Juzgado 13 de Familia de Bogotá D.C. Manifiesto que mi hermana CONSUELO ROJAS MONJE convivía y dependía económicamente de nuestros padres el señor MARCO ANTONIO ROJAS AVILA (q.e.p.d.) quien […] falleció el 19 de enero de 2014 y la señora MARIA CECILIA MONJE DE ROJAS quien […] falleció el 16 de octubre de 2016".

Igualmente, milita en el informativo declaración extraproceso firmada por Avelina Cecilia, Amparo, Raquel y Julieta Rojas Monje, el 19 de junio de 2019 en la que hacen constar que "nuestra hermana CONSUELO ROJAS MONJE […] fue declarada interdicta mediante sentencia del 23 de octubre de 2006 proferida por el Juzgado 13 de Familia de Bogotá D.C. Manifiesto que mi hermana CONSUELO ROJAS MONJE convivía y dependía económicamente de nuestros padres el señor MARCO ANTONIO ROJAS AVILA (q.e.p.d.) quien […] falleció el 19 de enero de 2014 y la señora MARIA CECILIA MONJE DE ROJAS quien […] falleció el 16 de octubre de 2016" (archivo 02 del expediente digital).

También se allegó sentencia proferida por el Juzgado Trece de Familia de Bogotá el 23 de octubre de 2006, mediante la cual declaró en interdicción por demencia a Consuelo Rojas Monje y designó como su curadora general a Julieta Rojas Monje; decisión confirmada por la Sala de Familia de este Tribunal el 20 de marzo de 2007 (archivo 18 del expediente digital).

Asimismo, fue aportada Resolución GNR 197065 del 31 de julio de 2013 por medio de la cual Colpensiones concedió a Consuelo Rojas Monje una pensión de vejez a partir del 1˚ de agosto de 2013, en cuantía equivalente a un smlmv.

Rindió testimonio Avelina Cecilia Rojas Monje, hermana de la accionante, quien manifestó que Consuelo Rojas Monje padece esquizofrenia desde hace varios años, y debido a esa patología es sumamente violenta y agresiva, llegando a agredir a todos en la familia, además, solía salirse de la casa y perderse, por lo que la internaron en una clínica. Añadió que hace 15 o 16 años internaron a la accionante en la clínica donde está actualmente; inicialmente su papá pagaba la mensualidad de la clínica, luego los hermanos empezaron a colaborar con los gastos. Aseguró que la manutención de la demandante asciende a $1.500.000,oo, más los medicamentos que son $1.000.000,oo, y todo lo correspondiente a ropa, productos de aseo personal, desplazamientos al médico. Por último, indicó que Consuelo Rojas Monje percibe una pensión de salario mínimo.

A su turno, la testigo Raquel Rojas Monje, hermana de la demandante, afirmó que la accionante padece esquizofrenia paranoide y desde hace 16 años decidieron internarla en la clínica donde está actualmente debido a que es extremadamente agresiva. Que el encargado de la manutención de Consuelo Rojas Monje era el causante y los hermanos a veces le colaboraban. Agregó que Consuelo Rojas Monje percibe una pensión de salario mínimo que no le alcanza para todos los gastos que tiene, ya que paga una mensualidad en la clínica de $1.600.000,oo más los medicamentos.

Del estudio conjunto de los anteriores medios de convicción, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se colige que la demandante sí dependía económicamente de su padre fallecido, como acertadamente lo concluyó el fallador de primera instancia. Y es que, el hecho de que Consuelo Rojas Monje reciba una pensión de vejez en cuantía equivalente a un smlmv, en nada desvirtúa la dependencia económica hacia su padre Marco Antonio Rojas Ávila, quien era el encargado de pagar la mensualidad en la IPS Centro Especializado en el Adulto Mayor Las Canitas Ltda., donde actualmente se encuentra interna la reclamante, y cuyo costo supera el salario mínimo.

Aunado a esto, las testigos fueron contestes al señalar que el encargado de la manutención de Consuelo Rojas Monje era el pensionado fallecido, destacando que la ayuda brindada por los hermanos es ocasional e insustancial.

La ayuda económica que le proporcionaba el pensionado fallecido a Consuelo Rojas Monje resultaba absolutamente necesaria para mantener su mínimo existencial en condiciones dignas, el cual se encuentra actualmente comprometido, comoquiera que, dada la gravedad de la patología que padece, le resulta imposible prodigárselo por sí mismo, y la ayuda económica que recibe de sus hermanos y la pensión de vejez resultan insuficientes, tal como lo relataron las testigos.

Así las cosas, al encontrarse plenamente acreditados los requisitos para acceder a la prestación pretendida, se confirmará la decisión apelada y consultada en este punto.

Ahora, previo a cuantificar el retroactivo adeudado, se hace preciso estudiar la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6º del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando

efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.

Importa recordar que la actora es una persona declarada interdicta por demencia, lo que trae como consecuencia la aplicación del artículo 2530 del CC, en cuanto contiene un beneficio para determinadas personas a quienes la ley protege suspendiendo el término de prescripción. Empero, cumple recordar que en sentencia del 23 de octubre de 2006 se le designó curadora general, por lo que al momento del deceso del causante podía ejercer sus derechos por intermedio de la persona designada; lo que torna en improcedente la suspensión del término prescriptivo.

Acorde con lo anterior, verifica la Sala que en el sub examine el derecho pensional se reconoce a partir del 20 de enero de 2014, la reclamación se presentó el 27 de abril de 2017, obteniendo respuesta negativa a través de la Resolución SUB 91702 de 8 de junio de 2017 y la demanda se radicó el 1° de febrero de 2020 (acta de reparto, archivo 04 del expediente digital); por lo que es claro que las mesadas causadas con anterioridad al 27 de abril de 2014 se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo; pese a ello, como este punto se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, al resultarle más favorable la decisión del a quo, se confirmará la misma en este sentido.

CUANTIFICACIÓN DEL RETROACTIVO

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, encuentra la Sala que el retroactivo adeudado desde el 28 de abril de 2014 hasta el 31 de enero de 2023, tomando como monto inicial de la prestación $1.911.370,oo según lo consignado en la Resolución SUB 91702 de 8 de junio de 2017, asciende a la suma de $282.080.637,oo, como a continuación se detalla:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
28/04/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 1.911.370,00*	*10,10*	*$ 19.304.837,0*
01/01/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 1.981.326,00*	*14,00*	*$ 27.738.564,0*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 2.115.462,00*	*14,00*	*$ 29.616.468,0*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 2.237.101,00*	*14,00*	*$ 31.319.414,0*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 2.328.598,00*	*14,00*	*$ 32.600.372,0*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 2.402.647,00*	*14,00*	*$ 33.637.058,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 2.493.948,00*	*14,00*	*$ 34.915.272,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 2.534.101,00*	*14,00*	*$ 35.477.414,0*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 2.676.517,00*	*14,00*	*$ 37.471.238,0*
01/01/23	***31/01/23***	*13,12%*	*$ 3.027.676,03*	*1,00*	*$ 3.027.676,0*
Total retroactivo				***$ 282.080.637,00***	

En estos términos se modificará la decisión del a quo, para lo cual se autoriza a la entidad de seguridad social accionada a efectuar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir la pensionada con el fin de no alterar el correcto funcionamiento del sistema de seguridad social (CSJ sentencia SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015).

INTERESES MORATORIOS

Solicita la parte demandada en su apelación que se absuelva del pago de los intereses moratorios, aduciendo que no se verifican los presupuestos jurisprudenciales para su imposición.

Frente a esta inconformidad, sea lo primero recordar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al indicar que los intereses moratorios deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a mitigar los efectos adversos que produce al acreedor pensional la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, su carácter es resarcitorio y no sancionatorio.

No sobra mencionar que si bien ese Máximo Tribunal ha señalado que, excepcionalmente, las administradoras de pensiones públicas o privadas se

encuentran exoneradas del pago de los mentados intereses moratorios, también lo es que precisó que ello sólo es posible en casos específicos, bien sea: i) cuando la administradora de pensiones niega el derecho con apego minucioso a la ley vigente aplicable al caso concreto; ii) cuando el reconocimiento de la prestación obedece a un cambio de criterio jurisprudencial que obviamente dicha entidad no podría prever para la época en que le fue presentada la solicitud prestacional; o iii) cuando la administradora niega la prestación pensional por existir disputa entre sus posibles beneficiarios (sentencias CSJ SL787-2013 con radicado No. 43602; SL10504-2014 con radicación No. 46826, SL10637-2015 con radicado No. 43396 y SL1399-2018 con radicación No. 45779), situaciones que no son predicables en el presente asunto, dadas las circunstancias fácticas y fundamentos jurídicos que lo rodearon.

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado en este tópico.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> *"(…)*
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".*

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

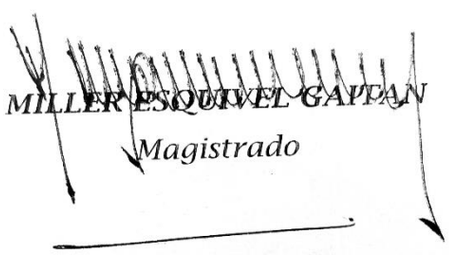
Argumentos por los que igualmente se le impondrá condena en costas a la recurrente en esta instancia, ante la improsperidad de su recurso.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Modificar el ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada en el entendido que el retroactivo adeudado desde el 28 de abril de 2014 hasta el 31 de enero de 2023 asciende a $282.080.637,oo; para lo cual se autoriza a Colpensiones a efectuar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir la pensionada.*
Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*
Tercero.- *Costas a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respetiva la suma de $800.000,oo, por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MERCEDES MURILLO ALDANA Y VICTOR ARÉVALO MALAVER CONTRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Mercedes Murillo Aldana y Víctor Arévalo Malaver, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandaron a la AFP Protección SA, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su hija Jenny Milena Arévalo Murillo, a partir del 8 de agosto de

2019; junto con las "mesadas causadas a título de sanción moratoria", los perjuicios ocasionados (materiales, fisiológicos, morales y a la vida de relación), la indexación de las sumas, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso. En subsidio peticionó el reconocimiento de la prestación en favor de Mercedes Murillo Aldana, así como el pago de los intereses moratorios.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: Jenny Milena Arévalo Murillo falleció el 8 de agosto de 2019, quien se encontraba afiliada a la AFP Protección SA y era hija de los aquí demandantes; el 13 de agosto de 2019 la AFP accionada expidió la historia laboral de la causante, en la que figuraban 55,77 semanas cotizadas en los últimos 3 años; los actores reclamaron ante Protección S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, obteniendo respuesta negativa con el argumento que la afiliada fallecida, entre el 8 de agosto de 2016 y el 8 de agosto de 2019, sólo había cotizado de 48 semanas; la causante era soltera, no tenía hijos y convivió con sus padres hasta el momento del deceso, quienes dependían económicamente de ella.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Protección SA dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 08 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó las fechas de nacimiento y fallecimiento de la afiliada y la respuesta negativa dada a la petición presentada por los demandantes; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones que denominó incumplimiento del requisito legal para acceder a la pensión de sobrevivientes establecido en el numeral 2 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, incumplimiento del requisito legal para acceder a la pensión de sobrevivientes establecido en el literal d del artículo 74 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 15 del expediente digital), en la que declaró probada la excepción de incumplimiento del requisito legal para acceder a la pensión de sobrevivientes establecido en el numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Absolvió a Protección SA de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas a los demandantes.

Como fundamento de su decisión, el fallador de primer grado encontró acreditado que, dentro de los 3 años anteriores al deceso, la causante cotizó 51,14 semanas; pese a ello concluyó que los accionantes no acreditaron su dependencia económica hacia la afiliada fallecida, pues, si bien ésta brindaba una colaboración en el hogar, la misma no era determinante.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: los demandantes argumentaron que sí se acreditaron la dependencia económica hacia su hija fallecida; acotando que, conforme lo ha explicado la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, la dependencia exigida a los padres no es calificada o cualificada, ni es viable exigir un porcentaje destinado a cubrir los gastos del hogar. Agregaron que, si bien ambos percibían ingresos, los mismos resultaban insuficientes para cubrir sus gastos. Solicitaron que se absuelva de la condena en costas, ya que les fue reconocido amparo de pobreza.

A su turno, Protección SA manifestó que no es posible contabilizar como semanas cotizadas los 13 días de agosto y los 9 días de septiembre de 2017 con el empleador Apoyo Logístico Integral AYL SAS, ya que esta sociedad no reportó afiliación al sistema, por lo que no le asistía obligación a la AFP de iniciar acciones de cobro frente a esta empresa. Indicó la vinculación inicial de la causante se realizó con el empleador Acción del Cauca SAS en octubre de 2017, sin que se verifiquen 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores al deceso. Por último, afirmó que, a quien le asiste la obligación de, eventualmente, reconocer la

prestación es a Apoyo Logístico Integral AYL SAS, dada su omisión en el deber de afiliar a su trabajadora.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Protección SA como la parte demandante presentaron alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos al sustentar sus respectivos recursos.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las partes al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – PADRES

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que Jenny Milena Arévalo Murillo falleció el 8 de agosto de 2019, como da cuenta su registro civil de defunción (archivo 01 del expediente digital). Tampoco es tema de debate que los accionantes ostentan la calidad de padres de la afiliada fallecida, conforme se observa en el registro civil de nacimiento de esta última; y que la AFP Protección SA, mediante comunicación del 20 de noviembre de 2019, negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los promotores de la litis argumentando que la causante no completó 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores al fallecimiento, acreditando únicamente 48 semanas.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar, en primer lugar, si Jenny Milena Arévalo Murillo dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes; en caso afirmativo, deberá determinarse si Mercedes Murillo Aldana y Víctor Arévalo Malaver cumplen los condicionamientos para acceder a la prestación que reclaman con ocasión al fallecimiento de hija.

Pues bien, considerando la data del deceso de la causante, 8 de agosto de 2019, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual reza:

> *"Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
>
> *1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
>
> *2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: […]"*

Así, revisada la historia laboral de Jenny Milena Arévalo Murillo expedida por Protección SA el 13 de agosto de 2019, la Sala verifica la siguiente información: i) la afiliación de la causante al sistema de seguridad social en pensiones se realizó en el ciclo 2017/10 con el empleador Acción del Cauca SAS; y ii) desde la fecha de afiliación y hasta su deceso, Arévalo Murillo cotizó un total de 48 semanas, siendo su último aporte efectuado con el empleador Big Data Company SAS.

Ahora, no pasa por alto la Sala que, mediante comunicación adiada 13 de octubre de 2020, la demandante Mercedes Murillo Aldana comunicó a la AFP accionada lo siguiente:

> *"Protección me informa que no es posible acceder al beneficio de la pensión de sobrevivencia, porque mi hija JENNY MILENA ARÉVALO MURILLO […] no cotizó 50 semanas en los 3 años anteriores a su deceso, que solo tenía 48, es decir que faltan dos. Por lo anterior deseo anexar copia de pago y certificación laboral, de 3 semanas que laboró mi hija en 2-2017" (archivo 01 del expediente digital).*

También se observa una certificación expedida el 17 de noviembre de 2020 por la sociedad Apoyo Logístico Integral AYL SAS, en la que hace constar que la afiliada fallecida "laboró en esta compañía desde el 19 de Agosto de 2017 hasta el 08 de Septiembre de 2017, desempeñando el cargo de operaria".

Milita, igualmente, una historia laboral expedida por Protección SA el 12 de enero de 2021, en la que se reflejan 13 días de agosto y 9 días de septiembre de 2017 con el empleador Apoyo Logístico Integral AYL SAS; tiempos con los que se superarían las 50 semanas de cotización requeridas por la norma antes citada.

De la información vertida en los documentos previamente reseñados, se deriva que tanto la afiliación como el pago de los aportes por parte del empleador Apoyo

Logístico Integral AYL SAS, se efectuaron con posterioridad al deceso de Jenny Milena Arévalo Murillo. En este sentido, para al momento de suscitarse el hecho generador del riesgo asegurable, el aludido empleador se encontraba remiso frente a su obligación de afiliarle al sistema general de pensiones, y no simplemente incurso en estado de mora frente a las respectivas cotizaciones causadas durante la vigencia del presunto vínculo laboral, como erradamente lo entendió el a quo, por lo que no resultaba viable imputarle a la AFP accionada omisión en adelantar las acciones de cobro; como acertadamente lo refirió al sustentar su recurso de apelación.

Y es que, ciertamente, en el sub judice se trata de una situación completamente distinta, y con consecuencias también diferentes, a la simple mora del empleador, que ha cumplido con su deber de afiliar al trabajador al sistema pensional, pero deja de cancelar oportunamente las cotizaciones, y cuya omisión de cobro por parte de la respectiva administradora de fondos de pensiones, conforme lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le representa a esta última asumir el pago de las acreencias que se deriven de los riesgos asegurados.

Recuérdese que la consecuencia es diversa si el empleador deja de afiliar al trabajador y pagar los aportes al sistema general de pensiones, sin que convalide dicha omisión antes de la activación del riesgo asegurado, evento en el cual, las referidas prestaciones recaen en el empleador.

Así las cosas, es indudable el error del a quo, el cual resulta suficiente para confirmar la decisión absolutoria de primer grado, pero por las razones aquí expuestas, en tanto los medios probatorios analizados son demostrativos de que no existió convalidación oportuna de la afiliación ni de los tiempos servidos, ni subrogación del riesgo, sino la comprobada falta de afiliación de la causante ante Protección SA por parte de Apoyo Logístico Integral AYL SAS. De lo que se desprende que no le asiste obligación alguna a la AFP accionada en el reconocimiento y pago de la prestación aquí reclamada; tal como lo ha definido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en asuntos similares al presente, entre otras sentencias del 30 abril de 2013 con radicado No. 38587, SL4103-2017, SL19556-2017, SL2032-2018 y SL3619-2022. En la primera de estas providencias se señaló:

> *"Ahora bien, contrario a lo que sostiene el censor, esta Sala de la Corte, de tiempo atrás ha sostenido que cuando el empleador no ha cumplido su obligación de afiliar al sistema, lo que apareja que no haya efectuado el pago de las cotizaciones en pensiones, y acontezca el riesgo que aquellas protegen, le corresponde asumir la pensión, pues no es posible que se pierda el derecho pensional por la incuria de quien estaba obligado a aportar a la seguridad social integral.*
>
> *En efecto, si quien estando llamado a proteger los riesgos propios de la seguridad social, a través de las cotizaciones al sistema, ni siquiera afilia al empleado, no puede exonerarse de su responsabilidad en el pago de la pensión y eso es precisamente lo que concluyó el juzgador de segundo grado al resolver la controversia, esto es, que ante la inexistencia de la afiliación en pensiones, le correspondía asumir el riesgo, dado que no lo había subrogado, y por ello no advierte esta Sala el dislate jurídico al que se hace referencia."*

Además, en la sentencia SL4103-2017, esa máxima corporación ilustró claramente la distinción entre las consecuencias de incurrir en mora en las cotizaciones y la ausencia de la afiliación al sistema, frente al riesgo de vejez o de sobrevivencia, precisando que:

> *"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)".*

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria del a quo, pero por las razones aquí expuestas.

CONDENA EN COSTAS - AMPARO DE POBREZA

Solicitan los accionantes que se absuelva de la condena en costas, en atención a que les fue concedido amparo de pobreza.

Al respecto, efectivamente encuentra la Sala que, mediante proveído del 21 de junio de 2021, se le concedió a los accionantes amparo de pobreza, al encontrarse acreditados los condicionamientos del artículo 151 del CGP.

Así, cumple precisar que el artículo 154 ibídem, aplicable por remisión analógica en materia laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, indica que:

> *"El amparado por pobre no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y no será condenado en costas."*

De la norma en cita se colige que, tal y como lo afirma el extremo demandante en su apelación, resultaba improcedente la imposición de costas a su cargo, dado el amparo de pobreza que les fue concedido; imponiéndose revocar la decisión de primer grado en este punto.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero.-** Revocar el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada para, en su lugar, absolver a los demandantes del pago de las costas.*
***Segundo**.- Confirmar en lo demás la decisión absolutoria de primer grado, pero por las razones aquí estimadas.*
***Tercero.-** Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA CECILIA ORTEGA TÉLLEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Liseth Dayana Galindo Pescador quien se identifica con C.C. No 1.073.680.314 y la T.P. No. 215.205 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 13 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del

Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Martha Cecilia Ortega Téllez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de pensiones, Colpensiones, para que se declare su omisión en el cobro de los aportes no efectuados por el Centro de Diagnóstico Ecográfico, presentándose allanamiento a la mora. En consecuencia, se condene a incluir en su historia laboral los periodos comprendidos del 3 de mayo de 1990 al 2 de septiembre de 1992. Asimismo, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 6 de octubre de 1959; prestó sus servicios para el Centro de Diagnóstico Ecográfico desde el 2 de noviembre de 1984 hasta el 2 de septiembre de 1992, para un total de 2.824 días; el referido empleador realizó aportes a pensión por el periodo comprendido del 2 de noviembre de 1984 al 2 de mayo de 1990, reportando un retiro por error, dejando de cotizar a partir del 3 de mayo de 1990; el ISS no realizó las gestiones de cobro de los periodos faltantes; el Centro de Diagnóstico Ecográfico Ltda. fue liquidado y su matrícula cancelada el día 16 de abril de 2007; la demandante solicitó ante Colpensiones que realizara las gestiones de cobro correspondientes, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 14 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido,

buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento (archivo 22 del expediente digital), ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que ordenó a Colpensiones integrar en la historia laboral de la demandante los periodos en mora por parte del empleador Centro de Diagnóstico Ecográfico, esto es, los comprendidos entre el 3 de mayo de 1990 y el 2 de septiembre de 1992. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la actora la pensión de vejez, con pago efectivo a partir del día siguiente a la última cotización o desafiliación del sistema, teniendo en cuenta hasta la última cotización para calcular la pensión con el IBL del promedio de los últimos 10 años o toda la vida laboral, lo que le sea mas favorable. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Absolvió a Colpensiones de las restantes pretensiones. Condenó en costas a la entidad de seguridad social accionada.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia aduciendo que no se le puede endilgar culpa alguna, ya que no conoció de la relación existente entre la actora y el Centro de Diagnóstico Ecográfico, ni el monto de los salarios percibidos.

La parte demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado.

C O N S I D E R A C I O N E S

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

COTIZACIONES EN MORA – CORRECCIÓN DE HISTORIA LABORAL

Aduce la accionante que, pese a que prestó sus servicios a través de un contrato de trabajo con el empleador Centro de Diagnóstico Ecográfico, del 2 de noviembre de 1984 al 2 de septiembre de 1992, lo cierto es que en su historia laboral no se observan los ciclos comprendidos del 3 de mayo de 1990 al 2 de septiembre de 1992, por lo que solicita que se incluyan como cotizaciones efectivamente realizadas.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, cumple señalar que una es la mora en cotizaciones y otra, muy diferente, la falta de cotizaciones por falta de afiliación del empleado, tal como se advierte de los artículos 1º y 32 del acuerdo 224 de 1966; 1º y 45 de acuerdo 049 de 1990, y artículos 13, 15, 17, 24 y 33 de la ley 100 de 1993, entre otros, y que como bien lo ha dilucidado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre las cotizaciones en mora y la falta de afiliación al sistema, con respecto a lo primero ha sostenido que, para contabilizar períodos registrados en mora en la historia laboral, si se presenta duda frente a la relación de trabajo, con el fin de evitar fraudes al sistema, es necesario acreditar la existencia del vínculo laboral del cual se pretende computar, dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones las cotizaciones se causan o se generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (CSJ SL1691-2019, CSJ SL2000-2021).

En lo segundo, esto es, la falta de afiliación, la Corte ha señalado que no es posible atribuirle responsabilidad a la administradora en relación con el cobro de los aportes, en tanto desconoce el hecho generador de la cotización. De esta manera, ha señalado que Colpensiones no está habilitada para adelantar

acciones de cobro contra los empleadores omisos, por cuanto era ajena a la existencia de la relación de trabajo (CSJ SL3609-2021, CSJ SL3845-2021, CSJ SL1506-2021, CSJ SL5058-2020).

Bajo los anteriores derroteros, encuentra la Sala que, en la historia laboral expedida por Colpensiones el 3 de febrero de 2022, ciertamente obra un reporte con el empleador Centro de Diagnóstico Ecográfico entre el 02/11/1984 y el 02/05/1990, para un equivalente de 286,86 semanas, que corresponde a una parte del periodo laborado con el aludido empleador. En efecto, se acreditó en el plenario que dicho vínculo se extendió hasta el 2 de septiembre de 1992, tal como dan cuenta la carta de terminación del vínculo laboral adiada 2 de septiembre de 1992, la liquidación final de salarios y prestaciones sociales sobre una base de 2.824 días trabajados con fecha de terminación 2 de septiembre de 1992, así como los aportes efectuados por Centro de Diagnóstico Ecográfico a favor de la demandante en la Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio del 31/01/1990 al 02/09/1992 (archivo 01 del expediente digital)

Ahora, no pasa por alto la Sala que en la historia laboral tradicional se reporta novedad de "Retiro" con el empleador Centro de Diagnóstico Ecográfico el 02/05/1990. Empero, también milita un documento expedido por el extinto ISS denominado "TARJETA DE COMPROBACIÓN DE DERECHOS" en el que se consigna que, Martha Cecilia Ortega Téllez, con afiliación válida hasta el 10 de agosto de 1992 bajo el No. patronal 01008216265, fue "RETIRADA POR ERROR". Es de aclarar que el referido número patronal corresponde al de Centro de Diagnóstico Ecográfico.

En este orden, atendiendo que la novedad de retiro fue reportada por error, como expresamente lo reconoce la pasiva, es claro que Colpensiones no puede omitir los ciclos comprendidos del 3 de mayo de 1990 al 2 de septiembre de 1992 para la definición del derecho pensional de la accionante, pues por disposición expresa del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en los Decretos 1161 de 1994 y 2633 de 1994, la entidad de seguridad social accionada está facultada para realizar el cobro de los mismos en caso de tardanza en el pago por parte de los empleadores, de modo

que el derecho del afiliado no puede verse afectado por el incumplimiento de obligaciones que se encuentran en cabeza de terceros; lo anterior con independencia de que los periodos en mora sean o no anteriores a la expedición de la Ley 100 de 1993. Así lo ha expresado en numerosas ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, como en la sentencia del 22 de julio de 2008, radicado No 34270, entre otras.

Corolario de lo anterior, habrán de adicionarse 120 semanas de cotización con el empleador Centro de Diagnóstico Ecográfico por el periodo comprendido del 3 de mayo de 1990 al 2 de septiembre de 1992, tomando como IBC el salario mínimo de cada anualidad, dado que no se acreditó un salario superior; imponiéndose confirmar la decisión consultada en este punto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En relación con la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el derecho pensional de la demandante, en últimas, es imprescriptible. Así mismo, debe recordarse que, mientras esté en proceso de consolidación el derecho pensional, aquellas acciones tendientes a su construcción, como ocurre con la corrección de la historia laboral son imprescriptibles, es decir, que en cualquier tiempo es viable para el afiliado solicitar a la entidad administradora su acomodo a la realidad, pues de ello dependerá el acceso a las prestaciones económicas. En consecuencia, en ese punto no se equivocó el sentenciador al declarar no probada dicha excepción.

PENSIÓN DE VEJEZ

También peticiona la accionante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, en cuyo artículo 9, modificatorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se establecen dos requisitos para acceder a la prestación económica, para quienes los cumplan

a partir del 1° de enero de 2014: tener 57 años si es mujer, como en este caso sucede, y acreditar 1300 semanas de cotización. Encontrando que la promotora de la litis cumplió la edad mínima exigida el 6 de octubre de 2016, pues nació el mismo día y mes del año 1959, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía. Tampoco ofrece reparo alguno que, una vez sumados los tiempos que aquí se ordena computar, acredita un total de 1.314,29 semanas de cotización, tal como se desprende de la historia laboral expedida por Colpensiones. Por lo que no existe duda que la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, como acertadamente lo concluyó el a quo; cuya cuantía será determinado por Colpensiones acogiendo lo señalado en el artículo en el artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2003, una vez se verifique el retiro del sistema; imponiéndose confirmar la decisión consultada en este tópico.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> *"(…)*
> 1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".*

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia consultada*
Segundo.- *Sin costas en este grado jurisdiccional.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

Salvo voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN ESTEBAN MORALES RAMOS CONTRA EDUARD JUNCA DIAZ

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 18 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral Circuito de esta ciudad, en el asunto de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Juan Esteban Morales Ramos por intermedio de apoderado judicial, demandó a Eduard Junca Díaz, para que se declare la existencia del vínculo laboral entre el 1˚ de octubre de 2018 y el 16 de marzo de 2020, y como consecuencia, se condene al pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social ante Colpensiones, las cesantías e intereses de cesantías, la compensación de las

vacaciones, las indemnizaciones por despido sin justa causa, moratorias por la no consignación de las cesantías y no pago de las prestaciones a la terminación del contrato, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte de la aplicación de las facultades extra y ultra petita, más las costas.

Como fundamento de las pretensiones, indicó que celebró un contrato de trabajo verbal a término indefino con el demandado, el 1° de octubre de 2018, para desempeñar el cargo de lavador de vehículos en el establecimiento de nombre Clean Car 183, en el cual se pactó como retribución el 40% por cada automotor lavado, dentro de un horario de lunes a domingo entre las 7:00 am y las 6:00 pm; que para el desarrollo de la labor, el demandado le suministró tanto los insumos como la maquinaria; que durante todo el tiempo, el demandado le dio órdenes y directrices sobre cómo desarrollar la labor; que el 16 de marzo de 2020, el demandado le informó que el vínculo había finalizado por cuenta de la pandemia Covid-19, sin haberle reconocido las prestaciones sociales respectivas, mucho menos las indemnizaciones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, ésta fue contestada en forma legal y oportuna por el demandado, quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Con respecto a los hechos manifestó no constarle y no ser ciertos. En su defensa explicó, que entre las partes existió un contrato de arrendamiento de bien mueble, a partir del 1 de octubre de 2018, el cual tenía vigencia de 6 meses, renovado en tres oportunidades, por ende, se descartaba "(…) algún tipo de subordinación, ya que debido a la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento de bien inmueble suscrito entre las partes, por un lado, el arrendatario, hoy demandante, contaba con el uso y goce de ciertos bienes muebles, y por otra parte, el arrendador hoy demandado, a su turno, de recibir cierta suma de dinero por concepto de valor de canon de arrendamiento, dicho pago solo se generaba del producido del de los bienes objeto del contrato de arrendamiento.

Como medios de defensa propuso las excepciones de mérito que denominó: ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos de procedibilidad (conciliación extrajudicial), inexistencia de vínculo laboral entre las partes,

incumplimiento contractual del arrendatario a favor del arrendador, inexistencia de elementos estructurales del contrato realidad, cobro de lo no debido, mala fe – temeridad, inexistencia de prueba fundamental, habérsele dado a la demanda un proceso diferente al que corresponde y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo pedido por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (fls. CD 2), en la que declaró que, entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, del 1° de octubre de 2018 hasta el 29 de febrero de 2020, desempeñando el cargo de lavador de carros y, como consecuencia, condenó al demandado a reconocer a favor del demandante: $1.323.074 por cesantías; $117.462 intereses; $1.323.074 prima de servicios; $629.092 compensación de vacaciones; $9.761.358 sanción por no consignación de cesantías; $29.260 diarios por concepto de indemnización moratoria, a partir del 1º de marzo de 2020 hasta que se efectúe el pago total de las prestaciones; aportes a pensión a satisfacción de fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el demandante, conforme al cálculo actuarial que deberá realizar al fondo de pensiones respectivo; denegó la demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, el demandado la recurrió en apelación de la siguiente manera: Aunque la exposición es enredada, en esencia señala que no se valoró por el despacho correctamente los testimonios ni los interrogatorios de parte, ya que el mismo demandante manifiesta que firmó un contrato de arrendamiento y no contrato de trabajo. Que de las mismas no se evidencia que el demandado haya contratado al señor Juan Esteban, reparos que en su debido tiempo sustentara ante el tribunal.

ALEGATOS ANTE ESTA INSTANCIA

El demandado, en síntesis, señala que el juez no le dio la respetiva relevancia a las pruebas documentales como el contrato de arrendamiento y los paz y salvos que el mismo demandante manifiesta haber suscrito a su propia voluntad, ratificando que efectivamente había realizado un contrato el cual nada tenía que ver con un contrato laboral; así mismo, que los testimonios dan cuenta de la realidad contractual que se emanó de las partes entre sí, sometidos a las reglas del código civil y no del laboral.

Por su parte, el actor defendió las conclusiones del juzgador de primera instancia, aduciendo que, el demandado no logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del CST.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por el demandado al momento de sustentar su recurso, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, se circunscribe en determinar si resultó acertada la conclusión de existencia del contrato de trabajo declarada por el juzgador de primera instancia.

Pues, bien el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: "es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración", siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurran los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así,

indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato". De otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó en 1991 (art. 53 de la CP).

En resumidas cuentas, si se demuestra la prestación de un servicio personal por el demandante y a favor del demandado, en aplicación de la presunción a que alude el artículo 24 del CST, debe deducirse que aquél se ejecutó en virtud a un contrato de trabajo, por lo que, la labor de desvirtuar la referida presunción se radica en la parte demandada, quien debe desplegar una actividad probatoria dirigida a demostrar la autonomía e independencia del trabajador en la realización de las actividades para las cuales se comprometió.

Bajo tales derroteros, es evidente que, la actividad personal del trabajador en favor del demandado quedó acreditada con la manifestación de éste último tanto al contestar la demanda, como en lo dicho en el interrogatorio de parte, al haber aceptado que, efectivamente, tuvo un vínculo con el actor, a partir del 1˚ de octubre de 2018, sólo que, fue a través de un contrato de arrendamiento; así mismo, se acredita ese elemento con los contratos escritos de enero de 2019, febrero de 2020, incluso, también es prueba de ello, los paz y salvos de diciembre de 2018, 2019 y enero de ese mismo año, refiriéndose a los contratos de arrendamientos suscritos entre las partes, documentales aportadas por el convocado al contestar el libelo.

Entonces, tanto de la manifestación del demandado como de dichos documentos se acredita la prestación personal del servicio, por ende, se activa inmediatamente la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, sin que, como lo ha indicado la jurisprudencia, esa presunción se desvirtúe con la simple exhibición de los contratos de "naturaleza civil o comercial" suscritos entre las partes, dado que, corresponde ahondar en la demostración de inexistencia del elemento de subordinación que caracteriza el contrato de trabajo, pues, nunca se encuentra en discusión el contenido y la autenticidad de los documentos que dejan entrever las formalidades con que se surtió la vinculación, tales como ofertas de servicios, actas de liquidación de contratos, pólizas de cumplimiento, paz y salvos, etc., luego ellos, en sí mismos, en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, no pueden dar cuenta de la forma efectiva como se ejecutó la labor. A propósito de ello, en sentencia CC C-665 de 1998, se indicó:

> *"…La presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza implica un traslado de la carga de la prueba al empresario.* ***El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente.*** *Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción…" (Negrilla fuera del original).*

De igual manera, la jurisprudencia laboral ha enseñado que, si el demandado alega la existencia de un contrato civil o comercial o de cualquier otra naturaleza, acepta la prestación del servicio y, por lo tanto, opera la presunción del vínculo laboral. En sentencia CSJ SL 24 abr 2012, rad. 39600, la alta Corporación señaló:

> *"De lo anterior se extrae que probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume.*
>
> *Por ende, muy poco le sirve al demandado, para exonerarse de las obligaciones propias del contrato de trabajo, la aceptación de la prestación del servicio de manera continua con la sola negativa de la existencia del contrato de trabajo, o la sola afirmación de que se trató de un contrato de distinta naturaleza.*
>
> ***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.*

En este caso el juez debe proceder al análisis probatorio teniendo en cuenta, como lo ha dicho de antaño la jurisprudencia, "…que no ha sido extraño para la jurisprudencia y la doctrina que en muchas ocasiones se pretende desconocer el contrato de trabajo, debiéndose acudir por el Juzgador al análisis de las situaciones objetivas presentadas durante la relación, averiguando por todas las circunstancias que rodearon la actividad desarrollada desde su iniciación, teniendo en cuenta la forma como se dio el acuerdo de voluntades, la naturaleza de la institución como tal, si el empleador o institución a través de sus directivos daba órdenes perentorias al operario y como las cumplía, el salario acordado, la forma de pago, cuáles derechos se reconocían, cuál horario se agotaba o debía cumplirse, la conducta asumida por las partes en la ejecución del contrato etc., para de allí deducir el contrato real, que según el principio de la primacía de la realidad, cuando hay discordia entre lo que se ocurre en la práctica y lo que surge de documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Quiere decir lo anterior que la relación de trabajo no depende necesariamente de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentra colocado. Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina a la luz del artículo 53 de la Carta Política, se orientan a que la aplicación del derecho del trabajo dependa cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento aparecen circunstancias claras y reales, suficientes para contrarrestar las estipulaciones pactadas por las partes, por no corresponder a la realidad presentada durante el desarrollo del acto jurídico laboral.

Y es evidente que al aplicar el mencionado principio, lo que se busca es el imperio de la buena fe que debe revestir a todos los contratos, haciendo que

> *surja la verdad real, que desde luego en el litigio tendrá que resultar del análisis serio y ponderado de la prueba arrimada a los autos, evitando la preponderancia de las ficciones que con actos desleales a la justicia, tratan de disimular la realidad con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o convencionales." (resaltado del texto)*

Corolario de lo anterior, con la prueba de la prestación personal del servicio del actor para el demandado, el contrato de trabajo celebrado entre las partes quedó plenamente demostrado, sin que el demandado hubiere desvirtuado la presunción; y, aunque es cierto que en el interrogatorio de parte que absolvió el demandante, adujo que celebró un contrato de arrendamiento, esa mención por sí misma no es prueba de confesión, ya que ese fue el contrato que suscribieron, cosa distinta es cuál fue la realidad de la ejecución del mismo. Sin embargo, siguiendo con el interrogatorio inmediatamente precisó en varias respuestas, que ese era el documento que firmó, pero que, en el interregno nada de ello se respetó, al punto que le descontaba del porcentaje pactado, lo relacionado con los insumos y lo del aseguramiento al sistema de seguridad social, incluso, tenía que cumplir horario, además de no tener control sobre el cobro de la prestación del servicio a los clientes, ya que éstos le pagaban directamente al demandado quien era a su vez el administrador; es decir, que el demandante cuestionó la formalidad o apariencia del vínculo, y en tal sentido, que haya dicho que firmó un "contrato de arrendamiento" con esas precisiones o aclaraciones, no le trae consecuencias negativas.

Sobre lo anterior, la alta Corporación del trabajo ha señalado que la aceptación del contratista de esos elementos del contrato formal no desvirtúa la presunción que opera en su favor. Así, en sentencia CSJ SL 28 sep 2005, rad. 25242, dijo:

> *Es cierto, por otra parte, que el demandante firmó cada uno de los contratos suscritos, así como las respectivas prórrogas, que jamás, durante la ejecución de los contratos, reclamó prestaciones sociales y que presentó cuentas de cobro mensuales reclamando honorarios, pero estas circunstancias no son suficientes para desvirtuar la transmutación de la relación que encontró acreditada el tribunal cuando estableció, con base en otras probanzas, que la relación fue subordinada, pues lo que en definitiva permite proclamar la existencia de un contrato de trabajo es la presencia de este último elemento y no la ausencia de aquellos, siendo plenamente viable la coexistencia de ambos en determinados eventos.*
>
> *No puede perderse de vista que en el tipo de contrato analizado el mayor interés en el ocultamiento recae en una de las partes (de suyo el contratante),*

> *pero ello no descarta que el denominado contratista pueda desplegar algunas acciones o conductas que induzcan a presuponer su aceptación del tipo de nexo que se muestra exteriormente, más estas actitudes no pueden ser tomadas a la ligera como reconocimiento o asentimientos conscientes de dicho nexo o de la calificación subyacente en los mismos, ni como concluyentes para determinar la naturaleza de la relación, sino que es necesario examinar la situación en toda su complejidad y riqueza, sin olvidar en ningún momento que en la especie de contratos como el que se analiza suele presentarse ese tipo de dicotomías y ambigüedades.*
>
> *De manera que por las razones expuestas y reiteradas la afirmación del juzgador en cuanto estableció que la relación existente entre las partes fue subordinada y dependiente, no resulta infirmada por el hecho de que el actor no haya reclamado en vigencia de los contratos las respectivas prestaciones sociales, haya admitido la calificación que se hizo en los contratos como de "prestación de servicios independientes y autónomos" y al cobrar sus emolumentos se haya referido a ellos como honorarios."*

De igual manera, si la Sala se remite a los contratos escritos de arrendamiento celebrados que aportó el demandado, en varias de sus cláusulas se logra establecer el elemento de la subordinación jurídica, esto es, la posibilidad jurídica que tiene el patrono para dar órdenes e instrucciones en cualquier momento, y en la obligación correlativa del trabajador para acatar su cumplimiento, no sin antes precisar, tal como lo mencionó el juzgador de primera instancia, que se debe tener en cuenta la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, que compila un haz de indicios que permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta. Precisamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha compilado varios de estos indicios (ver CSJ SL 3695 de 2021), los cuales, si bien no son reglas exhaustivas, se relacionan con los mencionados en el referido instrumento internacional, así:

> *"(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).*

En efecto, acorde con ese haz de indicios, uno importante es la realización de la labor en locales o con los instrumentos del demandado, lo cual pone en entredicho la autonomía del contratista y su capacidad de disposición, en cuanto los bienes con los cuales se desarrolla la labor tienen restricciones en su uso, cuidado, mantenimiento, etc, lo cual se asemeja a un contrato de trabajo, en donde es obligación del trabajador, cuidar esos elementos y restituirlos en buen estado (numeral 3° del artículo 58 del CST)1. Por esa razón, cuando los contratos de arrendamiento celebrados por las partes indicaron que, "(…) el arrendatario manifiesta expresamente que recibe los equipos objeto de este contrato en perfecto estado de funcionamiento y se obliga a restituirlos en el mismo estado de funcionamiento, responsabilizándose para su utilización a conservarlo o repararlo inmediatamente a su defección" que "los equipos arrendados constituyen un equipo integral y no pueden ser retirados parcial o totalmente del sitio de su funcionamiento", que "los gastos de funcionamiento en servicios públicos serán por cuenta y a cargo del arrendador" o que dentro de las obligaciones del arrendador, se encuentran las de "mantener la prestación de los servicios públicos al día, mantener y garantizar el espacio en que están instalados los equipos objeto de este contrato para su perfecto funcionamiento", no se está haciendo otra cosa que intentar camuflar con otros términos una de las obligaciones especiales de un empleador, como son, según los numerales 1° y 2° del artículo 57 del CST, las de "poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores (…) y procurar a los trabajadores locales apropiados".

Igualmente, se encuentra falseada la autonomía del contratista en el tal llamado "contrato de arrendamiento de maquinaria", bajo el entendido que no puede disponer de su tiempo y, por el contrario, dedicarse a cumplir las órdenes del contratante, cuando en los contratos de arrendamiento se pactó que aquél debía "prestar ininterrumpidamente el servicio de LAVADO DE CARROS y garantizar su continuidad para los usuarios del LAVADERO DE CARROS", incluso, está tan limitada la actividad del contratista y su labor es tan personalísima, que no puede valerse de otros o en colaboración de terceros para desempeñar la labor, lo cual se asemeja más a un verdadero contrato de trabajo, en cuanto pactaron las partes que "el arrendatario no podrá ceder ni total o

parcialmente el presente contrato realizado por consideración a su persona exclusivamente". Labor que debía ejecutarse dentro de un horario como lo expresó el testigo Uriel Olaya.

Así mismo, la cláusula según la cual el arrendador "le hace entrega de dotación de guantes, gafas, cachucha y peto para su protección de uso obligatorio" más que elementos de simple identificación, terminan asemejándose a la obligación especial número 2 del artículo 57 del CST, sobre la entrega que el empleador debe hacer al trabajador de elementos adecuados que le permitan desempeñar la labor contratada y, de paso, lo protejan contra accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.

Esos aspectos que se asemejan más a un contrato de trabajo que a uno de arrendamiento fueron confirmados con la declaración de Uriel Olaya, en su calidad de compañero de trabajo del actor al final de 2018, en cuanto el testigo se retiró para finales de esa anualidad; de suerte que, debe recordarse lo señalado por la jurisprudencia laboral, sobre la importancia de las declaraciones de los compañeros de trabajo, ya que, dichas personas por estar en contacto directo con las partes del vínculo que acordaron, pueden dar cuenta de esas circunstancias que rodearon esa contratación, pero sólo en la medida que así lo hayan percibido (CSJ SL 30 sept 2004, rad. 22842).

En efecto, dicho declarante precisó que laboró para el demandado en el establecimiento de su propiedad denominado Clean Cars 183 bajo la misma modalidad del actor, esto es, con la firma de un contrato de arrendamiento como lavador de carros a cambio del pago de un porcentaje por el lavado de cada automotor, cuyos precios era fijados por el propio demandado en su tabla respectiva, cuyo pago recibía aquél de los propios clientes luego del servicio prestado; indicó que pese a que se había pactado un porcentaje como contraprestación del servicio, el demandado les descontaba el valor de los insumos, ya que a él debían comprárselos. Agregó, que trabajaban de domingo a domingo y contaban con un día aleatorio de descanso, sin embargo, en casos de llegadas tarde o fallas, eran sancionados por el demandado retrasándoles los turnos o impidiéndoles trabajar por varios días.

Por su parte, los testigos Harrison Cobo Grisales y Celso Enrique Castaño Vásquez, pese a haber indicado que fueron compañeros de trabajo del actor bajo la misma modalidad de contrato de arrendamiento de maquinaria, manifestaron que no les constaba la situación específica del señor Juan Esteban Morales Ramos, pues no tuvieron mucho contacto con él, y, aunque, confirmaron el contenido del clausulado celebrado con todos los lavadores de carros, llama la atención de la Sala, que en materia de la forma de pago del valor del lavado de los automotores, en igual sentido que lo señaló el anterior testigo, indicaron que esos dineros los recaudaba directamente el demandado acorde con el listado previamente establecido por él.

Claro, los contratos civiles o comerciales que impliquen prestación de servicios, como lo ha explicado de antaño la jurisprudencia laboral, se caracterizan por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, no está vedado a una coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes o establecer medidas de supervisión o vigilancia, siempre que dichas acciones no desborden su finalidad, y conviertan tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo; así mismo, en dichos contratos, el contratista, por lo general desempeña sus actividades con sus propias herramientas, aunque es posible que esa actividad se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada, pero, se debe insistir, que eso no puede ser utilizado para todo tipo de labores con el fin de defraudar los derechos mínimos de un verdadero trabajador porque todo depende del tipo de actividad contratada.

Así, en sentencia CSJ SL 22 jul 2009, rad. 35201, enseñó que la subordinación se debe mirar desde el tipo de labor:

> *Cabe destacar, que la Sala Laboral de la Corte ha dicho que la subordinación se debe analizar bajo la naturaleza de la labor que desempeñe el prestador del servicio, y del conjunto de circunstancias en que este se desarrolle; en el sub lite la subordinación laboral se advierte en la clase de actividad aunada al nivel de jerarquía del trabajador, en cuanto revelan una ausencia total de iniciativa del trabajador incompatible con la autonomía de uno independiente; este aspecto resulta definitivo y más trascendente, in casus, que otras circunstancias propias de un trabajador por cuenta propia, como el*

> *que los servicios se hayan prestado por fuera de las instalaciones de la demandada sin control de tiempo; el que el pago haya sido por unidad de obra no resulta determinante, pues a ello se puede acudir en contratos laborales y civiles; así entonces, al acreditarse que el demandante no era autónomo, ni independiente en la prestación de sus servicios, pues la labor quedaba enteramente sujeta a instrucciones, sin margen para la creación personal, que se le exigía disponibilidad de tiempo, que era supervisado en sus labores, se ha de concluir que el actor está sujeto a subordinación laboral.*

Entonces, si como ocurre en este caso en donde se trata de una labor que no requiere mayor especialización, es decir, que se trata de una actividad no calificada, como lo enseñó la Corte, la subordinación es más acentuada, más ostensible, pues ya lo dijeron los testigos, sobre todo el primero, que el trabajador demandante debía prestar el servicio con los elementos suministrados por el demandado, se le aplicaba sanciones si no cumplía los turnos prestablecidos, no recaudaba el dinero y mucho menos fijaba los precios, y como lo previeron los contratos escritos, el lavador siempre debía estar disponible sin tener mayor injerencia en el mantenimiento de los equipos y el pago de los servicios públicos, es decir, una disminución total de cualquier autonomía en la ejecución de la labor, por lo que, es evidente que la actividad de lavado de carros que ejecutó el accionante, fue subordinada, en tanto la misma se desarrolló de manera continua, en las instalaciones del empleador, con las herramientas y materiales que éste suministró, en cumplimiento de un horario de trabajo y bajo una remuneración, lo que indiscutiblemente configura un contrato de trabajo.

Como a lo anterior se restringió el recurso de apelación, se confirmará la sentencia impugnada. Las costas de segunda instancia se imponen al recurrente.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero.-** Confirmar la sentencia apelada.*
***Segundo.-** Costas en esta instancia a cargo del demandado. Inclúyase en la*

liquidación respectiva la suma de $800.000,oo por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YAQUELINE HENAO CASTRO CONTRA TECHEDGE COLOMBIA SAS

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2022, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Yaqueline Henao Castro, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Techedge Colombia SAS., para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 2 de enero de 2019 al 30 de junio de 2020. Asimismo, se declare que la bonificación no constitutiva de salario es un pago por concepto de comisión en razón al cumplimiento de metas, en consecuencia, se condene al pago de: la comisión pactada el 26 de febrero del 2020 por valor de $40.000.000.oo, sanción moratoria consagrada en el artículo

65 del CST, reliquidación de primas, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías, sanción moratoria consagrada en la ley 50 de 1990, todas las sumas anteriormente mencionadas debidamente indexadas. Que se condene a la demandada al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que, en síntesis se indicó que: fue vinculada por la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido; que estuvo vigente, entre el 2 de enero de 2019 y el 30 de junio de 2020, en virtud del cual desempeñó el cargo de ejecutiva comercial; que la empresa demandada prometió un salario fijo más un componente variable con ocasión a las ventas realizadas, pagadero al cierre del año denominado (variable salary sheme 2019); que el salario devengado en el 2019, fue de $3.800.000.oo y para el 2020, fue de $4.150.000.oo más la comisión; que el 26 de febrero de 2020, fue presionada a suscribir documento denominado acuerdo de voluntades en el cual ocultaba la naturaleza salarial de las comisiones; que el acuerdo de voluntades establecía que las bonificaciones serían pagadas solo si el contrato de trabajo se encontraba vigente; que la bonificación se deriva de rendimiento por ventas y atracción de clientes; que el 30 de junio de 2020, presentó renuncia al cargo, pero la demandada dentro de la liquidación omitió el pago de la suma por concepto de comisión, en consecuencia, no realizó de forma correcta el cálculo y correspondientes aportes a seguridad social, toda vez que, no tuvo en cuenta la comisión como factor salarial; que solicitó a la demandada el 6 de agosto de 2020 el pago de la comisión pactada en el Acuerdo No. 001, pero recibió respuesta negativa, el 18 del mismo mes y año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Techedge Colombia SAS., dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 7 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales del mismo, el cargo desempeñado por la actora, los salarios pactados para los años 2019 y 2020, la existencia del documento denominado "Acuerdo de Voluntades"; que el pago de la bonificación se realizaría si el contrato de trabajo se encontraba vigente, la fecha de renuncia de la actora, la omisión del pago de las comisiones, el cálculo

de las prestaciones sociales, la solicitud presentada a esta por la actora y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción de la acción, excepción de cobro de lo no debido, ausencia de causalidad, falta de legitimación por pasiva y activa, excepción de buena fe, excepción de mala fe del demandante y excepciones genéricas.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 14 del expediente digital) en la que declaró que el pacto de carácter no salarial de la bonificación suscrito por la demandante era ineficaz y, por lo tanto, condenó a la empresa Techedge Colombia SAS al pago de: bonificación, diferencia en prima de servicios, diferencia en cesantías e intereses a las cesantías, diferencia en vacaciones, aportes pensionales causados del 1˚ de enero de 2020 al 30 de junio del mismo año, con la correspondiente indexación de todas las sumas, y absolvió a la demandada de las demás pretensiones. Finalmente, condenó en costas a la pasiva.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interpusieron recurso de apelación así: La demandante señaló que se debía condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que, quedó probado dentro del proceso el actuar de mala fe.

La demandada manifestó que, se pactó una suma que ocasionalmente se iba a cancelar a los trabajadores, de la cual era conocedora la demandante, aunado a que también conocía las condiciones y las variables que debían cumplirse plenamente para poderse cancelar esas sumas de dinero. Adujo que, si bien era cierto, como lo refirió el despacho, no es obligación que el trabajador continúe laborando para la compañía, sin embargo, no se cumplieron los objetivos y las metas propuestas que fueron suscritos con la trabajadora, o por lo menos, sólo se cumplió un componente, que incluso en cuanto a las ventas, se requería que la

demandante hiciera la gestión de cobro con uno de los clientes y, por ello, no se ha podido hacer el recaudo, dado que, ese usuario sigue en mora. Precisó, que, se cumplió con los lineamientos que establece el artículo 128 del CST, aunado a que fue un acuerdo de voluntades, máxime que estaba en vigencia del contrato de trabajo y la demandante conocía los componentes y las características que se debían cumplir para poder cancelar el valor de la bonificación. En ese orden de ideas, solicitó la revocatoria de la sentencia condenatoria.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuesto al sustentar su recurso de apelación.

C O N S I D E R A C I O N E S

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por las partes, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No fue objeto de discusión en la alzada las conclusiones del juzgador de primera instancia, según las cuales, quedó acreditada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente, entre el 2 de enero de 2019 y el 30 de junio de 2020, en virtud del cual la accionante desempeñó el cargo de ejecutiva comercial, con un salario mensual de $3.000.000 para 2019 y $4.150.000, para 2020; que el vínculo terminó por renuncia voluntaria de la demandante; que las partes pactaron el reconocimiento de una bonificación que dependía del cumplimiento del 100% de los objetivos de la empresa, los cuales se encontraban en el documento "variable schemy 2019", y que la trabajadora no lo logró en ese porcentaje; que la bonificación estaba supeditada a varios aspectos que eran conocidos por las partes, entre ellos, la variable por recaudo, todas cumplidas por el área comercial de la compañía.

En ese orden, el problema jurídico a resolver es, por una parte, si la aludida bonificación estipulada en el Acuerdo No. 001, es salario y, por lo tanto, fuente de la reliquidación de prestaciones sociales, pese a que, el documento que lo contiene le dio otra connotación, y por la otra, si la demandante tiene derecho al pago de ese valor, pese a no haber cumplido con la totalidad de los objetivos planteados para acceder al pago de la bonificación. Por último, en caso de prosperar el pago, se procederá a establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, se encuentra que entre las partes suscribieron el Acuerdo No. 001 en el cual estipularon lo siguiente:

> *(…) hemos acordado mediante este acto adelantar un pacto de exclusión salarial de conformidad con el Artículo 15 de la Ley 50/90 que modificó el Artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 17 de la Ley 344/96, razón por la cual, los pagos por beneficios o auxilios, que de mera liberalidad realice la empresa al trabajador, no tendrán efectos salariales ni serán tenidos en cuenta para efectos de pagar aportes a pensión, EPS, ARP y/o parafiscales dentro de los términos de ley. Estos pagos se harán en los siguientes términos y teniendo en cuenta las declaraciones que se contienen en este acto: PRIMERO: Que de manera voluntaria y de la propia liberalidad de la empresa, ésta promete al trabajador, un beneficio especial, de carácter ocasional, el cual se pagará solo si el empleado se encuentra vinculado con la empresa a la fecha del pago. En tal sentido, la empresa otorgará un beneficio de CUARENTA MILLONES DE PESOS M.CTE ($40000000). Podrá igualmente otorgar en cualquier época, beneficios similares, los cuales quedan cubiertos por el presente pacto. Esta suma podrá ser variada para los siguientes años o podrá ser suprimida de manera unilateral por parte del empleador, sin que se considere desmejora, por ser un hecho de mera liberalidad. SEGUNDA: EXCLUSIÓN DE EFECTOS SALARIALES: Ratificamos las partes, que el beneficio otorgado por la empresa, lo hace por su mera liberalidad y que bajo ninguna causa o criterio será considerado como salarial, pues se ha pactado bajo el ámbito del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que modificó al artículo 128 del CST. Por lo tanto, el trabajador acepta que ese beneficio no es salarial, y no serán tenidos en cuenta para efectos de pagar aportes a pensión, EPS, ARP y/o parafiscales, en concordancia con el artículo 17 de la (sic) 344 de 1996 (…)"*

Frente a esa bonificación, se tiene que la demandada al absolver el interrogatorio de parte, indicó que, si bien la empresa no le otorgaba la denominación de "comisiones", su objetivo consistía en remunerar el cumplimiento de unos objetivos, es decir, unas metas personales en cuanto a metas numéricas de ingresos por ventas de servicio y el reconocimiento por ventas de software y unos objetivos de la compañía. El representante precisó que esa bonificación no sólo se causaba por las ventas sino igualmente por el desempeño de la trabajadora, por

lo que, si la empresa no arrojaba utilidades no se pagaba, puesto que los recursos para su pago procedían de allí; además, que se trataba de un pago único en el año, acorde con el desempeño, incluido el recaudo de las ventas, así, indicó que el propósito de esa bonificación era "(…) incentivar a los puestos comerciales y a los puestos con roles de dirección, incentivarlos a que tengan un mejor rendimiento y también alinearlos con los objetivos de la compañía" y que, si no se cumplen los objetivos "por mera liberalidad si se puede hacer, pero lo que se busca con esto es el buen desempeño y pues un logro inferior al 80% no se considera que no se deba premiar, porque lo que se busca reconocer es la excelencia. Hay que tener en cuenta que todos los colaboradores que tienen este derecho a bonificación tienen un salario mensual de acuerdo a las condiciones del mercado".

Bastan dichas afirmaciones de la demandada, para aceptar la conclusión del juzgador, según la cual, la aludida bonificación, por lo menos, en uno de sus componentes, no es otra cosa que una verdadera comisión, pues, recuérdese que la utilización de esta figura permite remunerar al trabajador en la consecución de unas ventas y así obtener mayores utilidades, por lo que, las comisiones al ser una forma de remuneración por la prestación del servicio, son factor salarial.

Frente a ello, conviene indicar que, ciertamente, no se puede poner en duda la naturaleza salarial de las comisiones que percibe un trabajador producto de su esfuerzo, en tanto que, como la señalado la jurisprudencia laboral, "(…) se trata de una retribución directa por el servicio prestado por un empleado con esta clase de funciones. Explícitamente, así lo preceptúa el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, al preceptuar que «Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones» //Tampoco, puede considerarse como asidero jurídico en aras de soportar una supuesta equivocación de criterio acerca de la connotación salarial de las comisiones, lo dispuesto en el artículo 128 ibídem, sencillamente porque, ni por asomo, tal emolumento es susceptible de ser encasillado en alguno de los conceptos relacionados en dicho precepto legal. (CSJ SL3178-2015)".

Entonces, como las comisiones son remuneraciones ligadas al desempeño o la actividad del trabajador, se puede concluir que ellas son claramente retributivas y, por lo tanto, su pago ingresa al patrimonio de éste, lo que implica que tienen

incidencia en la liquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias, entre ellas, los aportes al sistema de seguridad social. Así mismo, la jurisprudencia recientemente destacó que las comisiones por ventas se causan por la mera prestación del servicio y no por el recaudo efectivo de los créditos, de tal suerte que, un pacto en sentido contrario resulta ineficaz. En sentencia CSJ SL1005-2021, se dijo:

> *"En correspondencia con lo anterior, esta Sala de la Corte ha determinado que, por regla general, las comisiones por ventas se generan por la efectiva prestación personal del servicio del trabajador en la gestión y materialización del respectivo negocio jurídico, independientemente de que el pago o recaudo se dé con posterioridad a la finalización de la relación laboral (CSJ SL, 16 jun. 1989, rad. 2963 y CSJ SL, 16 jun. 1989, rad. 2437, reiteradas en CSJ SL, 14 ag. 2012, rad. 37192).*
>
> *Igualmente, en la sentencia CSJ SL, 17 abr. 2013, rad. 41423, la Sala concluyó que los pactos que sujetan el nacimiento de las comisiones por ventas al recaudo de los dineros, en vigencia de la relación laboral, son contrarios a los derechos mínimos del trabajador. Dijo la Corte en esa oportunidad:*
>
> > *Ahora, en lo relacionado con las ventas realizadas en vigencia del contrato, pero en proceso de facturación a la fecha de retiro, obra en el expediente, a folio 25, copia del contrato de trabajo, que en el parágrafo quinto, señala:*
> >
> > *"Para ser exigibles la remuneración y comisiones mencionadas debe haber sido cancelada la factura en su monto total. EL TRABAJADOR y LA EMPRESA conviene expresamente en que deben cumplirse ineludiblemente los siguientes requisitos y condiciones:*
> >
> > > *A) Que el presente contrato de trabajo esté en plena vigencia, completa ejecución y no haya terminado por ninguna causa. Por consiguiente es expresamente entendido que no habrá derecho al pago de comisiones sobre negociaciones iniciados por el TRABAJADOR y que sean perfeccionados después de retirarse o de ser retirado por la EMPRESA.*
> >
> > *Con fundamento en ella, tanto los rubros a los que se hace referencia en el hecho 4° de la demanda, que admite el recurrente "se encontraban en proceso de facturación a la fecha de su retiro," aunque correspondían a los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2004, como la factura de Holcim, identificada con el número 4530014048, por la suma de $49.648.406, de 6 de octubre de 2004 (folios 131 y 132), en la que se pacta su cancelación 30 días después, fueron excluidos por la empresa.*
> >
> > *Sin embargo, **ese acuerdo es lesivo de los derechos del trabajador, pues si como la misma demandada lo acepta, Barbosa Chavarro realizó esas ventas, aunque solo se obtuvo su pago luego de que el contrato terminó, lo cierto es que tales ventas se concretaron por virtud de la prestación personal del servicio del actor, siendo evidente que debe recibir la comisión correspondiente.***
> >
> > *En efecto, la empresa, según el objeto incorporado en la cláusula primera del contrato de trabajo, pactó con el trabajador la obligación, entre otras, de "poner al servicio del EMPLEADOR toda su capacidad normal de trabajo en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las*

> *órdenes e instrucciones que le imparta el EMPLEADOR directamente o a través de sus representantes", a cambio de una remuneración que incluía el pago de las comisiones, y si aquel objeto se cumplió no existe razón valedera para excluirlas, ni siquiera bajo el argumento de las contingencias propias de los negocios ya finiquitados, dado que esa es una discusión que ya no le compete al trabajador.*
>
> *Así lo ha estimado esta Corte, incluso en reciente decisión de 14 de agosto de 2012, radicado 37192, en la que, en lo pertinente consideró:*
>
> *"es evidente el desatino del fallador de alzada al inferir que conforme la reflexión jurisprudencial que copió en parte, la comisión está supeditada a la prestación del servicio hasta la recolección efectiva de su costo, y que al no constituir tal rubro derecho adquirido, no le asistía derecho al trabajador a percibir la comisión pretendida, pues como antes se observó, la jurisprudencia prevé que es muy distinto el caso de las ventas que, realizadas en vigencia del contrato su pago sólo lo obtiene el patrono después de que éste ha terminado porque en ese caso, como claramente lo tiene definido la Sala, el trabajador debe recibir la comisión correspondiente (Rad. 2437, 16 junio/89)".*
>
> *En esos términos, incluso si la Corte considerara que la cláusula adicional al contrato de trabajo sujetó el pago de las comisiones al efectivo recaudo, en vigencia de la relación laboral, una estipulación de tal magnitud resultaría ineficaz, por vulnerar los derechos mínimos del trabajador, más si se tiene en cuenta que, como ya se advirtió, debido a los plazos generados a favor de los clientes, no era posible física y legalmente para el actor realizar esa tarea."*

Es claro, entonces, para esta Sala que el Acuerdo No. 001 suscrito entre la demandante y la demandada es ineficaz, toda vez que disfraza la naturaleza salarial de las comisiones, puesto que hacen parte integral del salario por ser una contraprestación directa de la prestación de los servicios de la trabajadora, ya que, su finalidad eran compensar a la trabajadora por el cumplimiento de las metas establecidas por la empresa, en cuanto a ventas y rendimiento. Indudablemente la pasiva quiso disfrazar tales comisiones como un pago de mera liberalidad, como un reconocimiento adicional a los trabajadores, cuando en realidad a la luz de la legislación laboral no pueden desmejorarse las condiciones de los trabajadores con este tipo de cláusulas, y como lo señaló la jurisprudencia antes referida, su reconocimiento no puede estar supeditado a la vigencia del contrato de trabajo y que se haya dado el recaudo en fecha posterior, ya que, si en vigor del vínculo se dio la gestión, ésta debe ser remunerada, máxime que quedó demostrado, según las consideraciones fácticas del a quo, la trabajadora no tenía a su cargo el recaudo o cobro de las ventas, lo mismo que el cumplimiento de unos objetivos, aunque no en el porcentaje total esperado, pero que, en cualquier caso, esa "bonificación" comprendía diversos componentes, entre ellos, las ventas.

En consecuencia, fue acertada la conclusión del juzgador de primera instancia, de considerar ese concepto como una verdadera comisión y su incidencia en la reliquidación de prestaciones sociales, liquidación que se mantiene incólume al no haber sido cuestionada por las partes.

Ahora, en cuanto a que se hubiera causado el valor de la comisión por los $40.000.000 en favor de la trabajadora, ella aceptó que, si bien no alcanzó el porcentaje de metas esperado por la compañía, sí logró el indicador de ventas de servicios y, es por ello, que se le debe reconocer ese valor que corresponde al ofrecido por la demandada en la "bonificación" que se intentó desalarizar. Ante lo cual, encuentra la Sala que, el documento que contiene ese valor, las partes nada dijeron sobre las condiciones de esa verdadera comisión, sino un pago con el solo condicionamiento a que estuviera vigente el vínculo, que, como se dijo atrás, resulta ineficaz, pero también se dijo, que las partes aceptaron que ese valor se pagaría tanto por las ventas como por el rendimiento o cumplimiento de metas de la trabajadora, en donde aquella efectuó ventas significativas, y en donde además, la pasiva adujo en el interrogatorio que, si todas ellas se hubieran recaudado, el valor a reconocer por la "bonificación" sería los 40 millones.

Así las cosas, como se acreditó que la trabajadora efectuó tanto ventas como el cumplimiento de unos objetivos -así hayan sido parciales- en donde el pacto de exclusión salarial no identificó o discriminó cómo se reconocería ese porcentaje, con el agravante de que el propio demandado reconoció que el valor total de la bonificación por los 40 millones se daba por ***el recaudo de las ventas****, es claro que, la trabajadora tiene derecho al reconocimiento de esa comisión, porque, en la realidad, su gestión debe ser remunerada, sin importar que el ingreso de esas ventas no lo hubiera logrado ella o se encuentre pendiente a la terminación del contrato, en cuanto ya se explicó, que el reconocimiento de las comisiones por ventas está supeditado a la prestación del servicio, mas no al recaudo efectivo de los créditos, por lo que, cualquier estipulación en contrario resulta ineficaz, con mayor razón, si quedó establecido, que el recaudo ni siquiera le correspondía ejercerlo a la trabajadora.*

Dichas razones son suficientes para confirmar la decisión en los puntos cuestionados por la demandada.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Ahora bien, como hubo una condena por reliquidación de prestaciones sociales y el pago de una forma de retribución por el servicio prestado, al analizar el punto de la indemnización moratoria, el juzgador de primer grado consideró que se debía absolver al empleador, porque éste tuvo la convicción de no adeudarle nada a la trabajadora, lo cual acepta la Sala por lo siguiente:

Como lo ha explicado inveteradamente la jurisprudencia laboral, dicha sanción no es de aplicación automática e inexorable, y para ello, es preciso examinar las condiciones particulares de cada caso y, con apego a ellas, establecer si el deudor tenía razones válidas, sólidas y atendibles para dejar de pagar los salarios y prestaciones sociales del trabajador, en este caso de manera correcta, a efectos de ser inscrito en el universo de la buena fe.

En el asunto, para la Sala está claro que, las comisiones se causaron y son salario, de ahí, que es evidente que, por más acuerdo escrito entre las partes, por ley no puede ser desconocida esa naturaleza, por lo que, el empleador debía liquidar las acreencias, incluso, los aportes al sistema en aquellos períodos en que se causaron con esa base salarial, pero, téngase en cuenta que, el valor reclamado por la trabajadora estaba fincado no sólo sobre las ventas, sino, igualmente, en el desempeño, es decir, en el cumplimiento de unas metas para la compañía, que estaba representado en un valor único que se pagaba al final del año, y que la misma trabajadora aceptó no haber logrado en el porcentaje asignado, y que, como también lo adujo la testigo Leidy Paola Pérez -trabajadora de la compañía en un cargo de dirección- se trataba de un pago que dependía de las utilidades de la empresa, esto es, de los resultados colectivos, lo que significa que, con ese segundo componente la realidad no estaba tan clara y, mucho menos, su naturaleza salarial, por lo que, las partes decidieron plasmarlo en un pacto de exclusión, lo que implica que, existía una creencia fincada en que no había deuda en favor de la trabajadora, al punto que, el mismo juez de primera instancia, al interrogar al representante legal de la demandada, tuvo que indagar con mayor fuerza, para intentar develar las características del acuerdo y su causación. De manera que, existían razones atendibles para que el empleador dejara de pagar a la trabajadora a la finalización del vínculo, lo que adeudaba.

Se recuerda, que el empleador a la terminación del contrato de trabajo, debe demostrar que el no reconocimiento de esos saldos no son producto de un verdadero aprovechamiento económico, tal como la jurisprudencia laboral lo ha aceptado para exonerar de esa condena (CSJ SL 14 sep. 2009, rad. No. 33810), y en este evento, se demostró que el pacto de exclusión salarial, que recaía, como se dijo, en un valor único, que dependía de dos componentes, uno de ellos que hacía creer al empleador que se trataba de una bonificación por mera liberalidad, siempre que se alcanzaran las metas de eficacia propuestas, descarta la intención de lesionar los derechos mínimos de la trabajadora, máxime que la demandante aceptó ese acuerdo con la mezcla de tales conceptos.

En tal sentido, se deberá confirmar dicho punto de la decisión apelada.

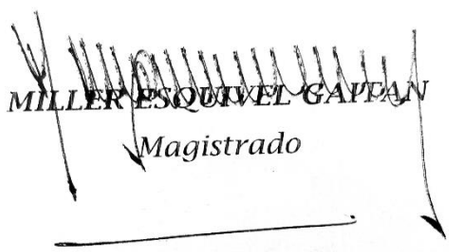
Hasta aquí el estudio del Tribunal, por cuenta de lo previsto en el artículo 66 A del CPT y de la SS. No se imponen costas en la alzada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la decisión de primera instancia.*
Segundo.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Salvo voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OMAR ORLANDO CASTRO LÓPEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 8 de julio de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Omar Orlando Castro López, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA y Colfondos SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones los aportes realizados; debiendo Colpensiones aceptar dichos dineros. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 02 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 27 de diciembre de 1959; el 25 de septiembre de 1984 comenzó a cotizar en el RPMPD; el 16 de febrero de 1995 se trasladó a la AFP Colfondos SA; el 6 de septiembre de 1999 se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA; retornó a Colfondos SA el 3 de octubre de 2000, donde actualmente se encuentra afiliado; los asesores de Colfondos SA nunca le ofrecieron elementos de juicio, ni información veraz y acorde con su situación previo al traslado; los promotores de las AFP accionadas no elaboraron una proyección previa que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada; el 11 de junio de 2021 presentó reclamación ante Colpensiones para la invalidez de su afiliación; en similares términos presentó reclamación ante Colfondos SA; ambas entidades respondieron negativamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 9 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la reclamación presentada y la respuesta emitida; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución

Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021, y la innominada o genérica.

A su turno, Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 12 del expediente digital); frente a los hechos aceptó el traslado inicial a esta entidad, su retorno, la reclamación presentada y la respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Finalmente, Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 14 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante y su traslado a dicha entidad; sobre los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 26 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Colfondos SA. Ordenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos, frutos e intereses. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y a actualizar la historia laboral del accionante. Absolvió a Porvenir SA de todas las pretensiones. Condenó en costas a Colfondos SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que no tuvo injerencia en la afiliación al RAIS realizada por el accionante en 1995, y que tal decisión fue tomada de manera libre y voluntaria. Indicó que la AFP accionada no acreditó el cumplimiento del deber de información, por lo que debe ser ésta quien asuma el reconocimiento pensional con los beneficios que ofrece el RPMPD. Por último, manifestó que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el demandante y las AFP, razón por la cual no puede verse afectada ni favorecida con la decisión aquí adoptada.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación.

La parte actora y Porvenir SA también presentaron alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a esa entidad de seguridad social.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub lite no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Colfondos SA quien tenía la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de

2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil[1]*, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que "En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)." (SL 3463-2019).*

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante, imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar tanto a Colfondos SA como a Porvenir SA a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía

de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *"Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021."*

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del

traslado de régimen pensional, dadas la consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado de régimen pensional, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera,

los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Colfondos SA y Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero.-** Adicionar el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del accionante, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

***Segundo.-** Revocar el ordinal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, condenar a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esa AFP. Al*

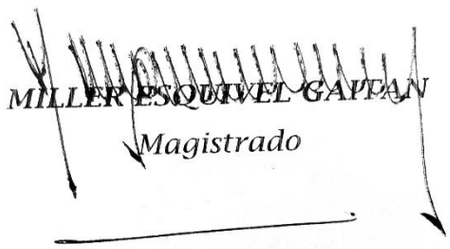
momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Tercero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a las AFP Colfondos SA y Porvenir SA el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Cuarto.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Quinto.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000,oo, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NORMA CONSTANZA LÓPEZ BENITEZ CONTRA CLAUDIA STELLA LÓPEZ LÓPEZ Y SOLIDARIAMENTE CONTRA FORJAR INVERSIONES SA, GRUPO ESPACIOS SAS, LUIS GUILLERMO ESTRADA GÓMEZ Y MARÍA LUCÍA RUEDA DÍAZ

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 14 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia,

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Norma Constanza López Benítez en nombre propio y de sus menores hijas Saray Valentina y Johana Victoria Zapata López, demandó a Claudia Stella López López y, solidariamente a Forja Inversiones SA, Espacios SAS, Luis Guillermo Estrada

Gómez y María Lucía Rueda Díaz, para que, se declare la existencia de un contrato realidad entre Gerly Jovany Zapata y la primer demandada, entre el 6 de abril de 2016 y el 15 de noviembre de 2017, tiempo durante el cual ejerció el cargo de instalador con un (1) smmlv y, como consecuencia, se condene de manera solidaria al resto de accionadas, al cálculo actuarial de pensión y salud, cesantías, intereses, prima de servicios, compensación de vacaciones, sanciones moratorias del artículo 65 del CST y del artículo 99 de la L. 50 de 1990, trabajo suplementario, indemnización de perjuicios del artículo 216 del CST, indexación y cualquier condene que resulte de la aplicación de la facultades extra y ultra petita, más las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: entre el señor Gerly Jovany Zapata y la señora Claudia Stella López López existió un contrato de trabajo cuya función principal era la de instalador de vallas, pendones, tubos metálicos y banderas publicitarias para todo tipo de proyecto comercial y de vivienda; que ella le indicaba al trabajador de manera directa y personal las obras y labores que debía realizar, igualmente ordenaba, coordinaba y señalaba la labores a ejecutar y determinaba las condiciones de modo, tiempo y lugar en el que el señor Gerly Zapata debía cumplir su labor, con disponibilidad de todos los días, inclusive domingos y festivos; que Gerly Zapata recibía como contraprestación por la labor, la suma de un (1) smmlv, la cual pagaba en efectivo.

Mencionó, que en octubre de 2017, el trabajador recibió la orden por parte de la empleadora de instalar 10 astas de hierro con sus respectivas banderas publicitarias, persona que, incluso, gestionó la autorización de ingreso a la obra dándole órdenes de iniciar labores el 1° de noviembre del mismo año a las 9:00 am; que el proyecto inmobiliario donde el trabajador tenía que prestar sus servicios se denominaba Área de Occidente de propiedad de Área de Occidente SAS, Forjar Inversiones y Grupo Espacios SAS; que la empleadora y las demandadas solidariamente no suministraron ni exigieron el cumplimiento de elementos de protección y seguridad personal necesarios para la prestación de la labor; que la empleadora nunca afilió a su trabajador al sistema de seguridad social integral; que el trabajador realizó su labor durante 15 días sin mayores herramientas de protección y seguridad.

Sostuvo, que el 11 de noviembre la empleadora se comunicó con el trabajador para indicarle que estaban solicitando la instalación de otra asta de hierro con su respectiva publicidad, por lo que, el 14 le ordenaron realizar ese mismo día la labor encomendada; que el 15 de noviembre continuó con la labor sin ayuda de maquinaria, supervisión de ningún ingeniero o arquitecto y sin los elementos de protección y seguridad; que, alrededor de las 2:15 pm un tubo cayó, haciendo contacto directo con el cableado eléctrico de alta tensión, lo cual provocó una descarga eléctrica y la muerte fulminante del señor Gerly Zapata; que no hubo ningún tipo de reporte de accidente laboral, ayuda médica, o primeros auxilios por parte del empleador o de las sociedades comprometidas.

Manifestó, que el 28 de noviembre de 2017, se expidió la certificación que indicaba que el señor Gerly Zapata se encontraba afiliado a la ARL Positiva como trabajador de una sociedad denominada Service Repair y Mainteinance, igualmente, la sociedad Construcción Área de Occidente SAS informó que no tenía ningún tipo de responsabilidad en el suceso, toda vez que, la labor que estaba prestando era por intermedio de un contratista; que, el 24 de noviembre de 2017 la demandante recibió por parte de la empleadora, la suma de $3.787.500 correspondientes al pago de los salarios adeudados al trabajador.

Señaló que, el 17 de enero de 2018 se radicó un derecho de petición ante la ARL Positiva solicitando información del origen del accidente, quien le respondió que el evento ocurrido no tenía cobertura, por lo que no se podía reconocer la prestación económica respectiva; que el señor Gerly Zapata nunca recibió remuneración alguna por concepto de recargos diurnos, nocturnos, horas extras, dominicales y festivos, ni le fueron pagadas las prestaciones sociales que se causaron durante la relación laboral; que las sociedades convocadas deben responder solidariamente por ser beneficiarias de la obra y que a raíz de la muerte del trabajador, la familia ha sentido su ausencia en todos los campos, por ende, sus integrantes deben ser indemnizados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, se pronunció el extremo pasivo de la siguiente manera:

Forjar Inversiones SA, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 3 del expediente digital); en cuanto a los hechos manifestó que no eran ciertos y que no le constaban, además, precisó que "(…) en lo que tiene que ver con los trabajos que el señor GERLY JOVANI ZAPATA (Q.E.P.D.) ejecutó, al mi representada no sostener vínculo contractual alguno con el mismo, naturalmente lo desconoce, no obstante se reitera que el señor GERLY JOVANI ZAPATA (Q.E.P.D.) nunca prestó servicio personal alguno a favor de mi representada, y en consecuencia en cabeza de mi representada no se encontraba obligación alguna de verificar elementos de protección algunos". Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de responsabilidad solidaria, pago, compensación, buena fe, cobro de lo debido, prescripción y genérica.

Grupo Espacios SAS en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 4 del expediente digital); frente a los hechos manifestó, igualmente, que no eran ciertos y que o no le constan. Precisó que "(…) Como se ha indicado en apartes anteriores de este escrito, mi representada jamás celebró con la codemandada CLAUDIA STELLA LÓPEZ LÓPEZ contrato comercial o de alguna otra índole, y en consecuencia de ninguna manera en cabeza de mi representada existe obligación alguna de asumir responsabilidad alguna respecto del señor GERLY JOVANI ZAPATA (Q.E.P.D.). Conforme a lo anterior, resulta claro que en el presente proceso no existe relación contractual o nexo causal alguno que involucre a mi representada en el reconocimiento y pago de las sumas de dinero que alegan las demandantes les adeudan, en la medida que ni siquiera de las pruebas documentales que se allegan con el escrito de demanda se logra acreditar si quiera sumariamente la existencia de una relación laboral entre la señora CLAUDIA STELLA LÓPEZ LÓPEZ y el señor GERLY JOVANI ZAPATA (Q.E.P.D.)". Propuso las excepciones que denominó inexistencia de responsabilidad solidaria, pago, compensación, buena fe, cobro de lo debido, prescripción y genérica.

Claudia Stella López López en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 7 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó que ella gestionó la autorización para que el trabajador pudiera ingresar a la obra, proyecto inmobiliario de vivienda Área de Occidente y según

los planos, inició el trabajo correspondiente, aclarando, que lo hizo con ayuda del personal contratado por él mismo, todo bajo su responsabilidad, en cuanto no era su trabajador sino un contratista independiente, y por ello, no estaba en la obligación de reconocerle salarios y prestaciones sociales, mucho menos, afiliarlo al sistema de seguridad social. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y prescripción

Luis Guillermo Estrada Gómez en oportunidad contesto oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 8 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la comunicación por parte del abogado Javier Rodríguez Ricaurte sobre las posibles consecuencias y el proceso en curso derivado de la muerte del señor Gerly Jovany Zapata; sobre los restantes manifestó que no eran ciertos y que no le constaban; también explicó que el trabajador fallecido jamás prestó sus servicios personales, dependientes o remunerados en su favor, razón por la que no era viable endilgarle responsabilidad alguna de las solicitadas. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de responsabilidad solidaria, falta de legitimación en la causa por pasiva, pago, compensación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y genérica.

María Lucia Rueda en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 9 del expediente digital); en cuanto a los hechos manifestó igualmente que no eran ciertos y que no le constaban. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de responsabilidad solidaria, falta de legitimación en la causa por pasiva, pago, compensación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 20 del expediente digital) en el que absolvió al extremo pasivo de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, en su lugar, la condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandante interpuso la alzada, para lo cual manifestó: Sostuvo, que no estaba de acuerdo con la declaratoria de inexistencia de la relación laboral, pues, contrario a lo concluido por el despacho sí existió el aludido vínculo, tal como lo demostraba la abundante prueba recaudada en el informativo. Precisó, que la señora Claudia López incumplió todas las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, con mayor relevancia, el tema del accidente de trabajo, puesto que hubo falta de diligencia y cuidado, en cuanto no se tomaron medidas de seguridad por parte de la empleadora, además de no haber verificado el estado de afiliación a una ARL para eventuales riesgos laborales, máxime que todo se hizo bajo las instrucciones de las demandadas y en su beneficio. Acorde con lo anterior, pide se revoque la decisión absolutoria de primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones formuladas en contra del extremo pasivo.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante reiteró los argumentos expuestos al momento de sustentar su respectiva apelación. La parte demandada, señora Claudia Stella López López manifestó que las pruebas documentales demostraban que Gerly Zapata no fue su trabajador, por lo que no se le podía condenar al reconocimiento de las prestaciones e indemnizaciones solicitadas.

Por su parte, las codemandadas reiteraron los argumentos de sus escritos de contestación.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandante al momento de sustentar su recurso.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

La parte actora en su calidad de cónyuge e hijas del causante, señor Gerly Jovany Zapata, solicitaron la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo entre el fallecido y Claudia Stella López López, del 6 de abril de 2016 y el 15 de noviembre de 2017, en virtud del cual, el trabajador desempeñó el cargo de "instalador de vallas, pendones, tubos metálicos y banderas publicitarias", y en cuya fecha final, el servidor falleció por cuenta de un accidente de trabajo, del cual le endosa culpa a la empleadora, en virtud del artículo 216 del CST, y por lo tanto, las prestaciones e indemnizaciones causadas deben ser asumidas solidariamente tanto por las sociedades demandadas como por las personas naturales convocadas, en cuanto todas se beneficiaron del servicio.

El juzgador de primer grado absolvió al extremo pasivo, pues, consideró que, luego de la valoración probatoria, concretamente, la prueba testimonial recaudada, no se logró demostrar los elementos del contrato de trabajo, tales como el cargo, el salario, además de haberse desvirtuado la subordinación, como también, no haberse acreditado los extremos temporales.

Acorde con los fundamentos de la impugnación, en donde la parte actora sostiene que, por el contrario, sí se acreditó la existencia del contrato de trabajo, conviene indicar que, el juzgador de primera instancia incurrió en unas imprecisiones jurídicas, ya que, no es posible concluir que no se probaron los elementos esenciales del contrato de trabajo, y a su vez indicar que quedó desvirtuada la subordinación, y a su turno, indicar que no se acreditaron otros elementos como el cargo, el salario, y los extremos.

Una cosa es la definición que trae el artículo 22 del CST, según la cual, el contrato de trabajo "es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración", siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST; de tal suerte que, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurran los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral, y otra, lo que

describe el artículo 24 del CST, que consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC). Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó (art. 53 de la CP).

Entonces, se insiste en que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el servidor; por esa razón, como lo ha explicado de antaño la jurisprudencia laboral, en ningún caso quien presta un servicio está obligado a probar que lo hizo bajo continuada dependencia y subordinación para que la relación surgida pueda entenderse gobernada por un contrato de trabajo. De ahí, que es incoherente afirmar que se desvirtuó la subordinación y a su vez indicar que no se probaron los tres elementos del contrato de trabajo, porque si claramente no se acreditó la prestación personal del servicio, no operó la presunción legal, y en tal sentido, para la parte pasiva no se exhibió necesario atacar el elemento de la subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, mucho menos hacer énfasis en los extremos y el cargo, porque, si no están acreditas las bases del contrato, esos elementos sobran.

Pese a lo anterior, para la Sala se deberá confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto la parte actora no logró acreditar la actividad personal del trabajador, que, como lo prevé la letra a) del numeral 1° del artículo 23 del CST, es la que realiza por sí mismo, es decir, que no puede suplirse a través de terceros o con su colaboración, al punto que, con el fallecimiento del trabajador, el vínculo

se extingue, y que, como lo tiene dicho la jurisprudencia laboral, "(…) Una de las consecuencias de que el contrato de trabajo se entienda intuitu personae es, precisamente, que por haberse pactado por razón a la persona del trabajador, (quien adquiere una obligación que como regla general, sólo él puede cumplir personalmente, esto es, personalísima) (CSJ SL 25 may 2010, rad 38522)"; de tal suerte que, si el vínculo se celebra sin consideración a la persona que haya de ejecutar la obra respectiva, ya no se trata de un servicio personal del trabajador, con lo cual el elemento intuitu personae, se rompe, y por lo tanto, no hay necesidad de verificar el resto de elementos.

Se llega a esa conclusión porque, aunque la demandada Claudia Stella López López, en la contestación de la demanda sostuvo que, "(…) contrató en varias oportunidades, discontinuamente, al señor GERLY JOVANY ZAPATA (q.e.p.d.) para que en condición de contratista le prestara servicios relacionados con publicidad en proyectos de construcción urbanística (…) y en el interrogatorio de parte que rindió, aceptó que, "contraté en varias oportunidades discontinuamente al señor Gerly zapata en calidad de contratista para que me prestara sus servicios en temas de publicidad en la instalación de vallas, pendones, tubos metálicos, banderas publicitarias, a través de su establecimiento de comercio visión digital", con lo cual se establece en forma difusa la actividad contratada, con la declaración del testigo Carlos David Chávez, se logra esclarecer con precisión, que esa contratación se hizo sin atender a la calidad del trabajador, en cuanto las labores para las cuales fue contactado, las realizó con la colaboración de terceros o, a través de ellos.

En efecto, el aludido testigo señaló, que el señor Gerly lo contactó en diversas oportunidades para realizar las labores que aquél había concertado, entre ellas, los contratos de Claudia Stella López. Sostuvo, que quien le pagaba era el señor Gerly, dado que, quien inicialmente recibía el dinero era él para luego repartirles a sus colaboradores, pues según el declarante, el señor Gerly siempre llevaba para sus trabajos a alguien para ese propósito. Precisó el testigo, que el día del accidente se encontraba junto con otro colaborador y el mismo Gerly, instalando unas vallas, en cuanto ese era el objeto del contrato con la señora Claudia Stella López. Aclaró que la forma de pago era en cheque, esto es, que Claudia le pagaba a Gerly y éste lo cambiaba para luego reconocerles el valor correspondiente por la labor realizada, bien sea por el día de labores o si era más tiempo y cantidad de trabajo, también el causante le remuneraba.

Lo anterior guarda relación con el dicho de los testigos Edwin Suárez y José Domingo Lancheros, quienes en calidad de clientes del causante, fueron contestes en señalar que el señor Gerly tenía su microempresa de publicidad, y era a través de ella que ofrecía los servicios propios de esa actividad a las personas que lo quisieran contratar acorde con las cotizaciones escritas o verbales, sobre todo esas últimas, debido a la informalidad de los servicios ofrecidos, al punto que el último declarante informó que fue él quien lo referenció con la señora Claudia Stella López, para los trabajos publicitarios debido a la calidad de los servicios. Precisó el primer testigo, que los diversos contratos los ejecutaba con su propio equipo de personas, al punto que en diversas ocasiones le exigió información de los colaboradores para los respectivos permisos de instalación.

Tales declaraciones se armonizan con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá aportado por la demandada Claudia Stella López en su contestación, en el cual se advierte que el señor Gerly Jovany Zapata estaba registrado como comerciante desde el 10 de mayo de 2012 y tenía un establecimiento de comercio denominado "Visión Digital Publicidad", con último año de renovación mercantil, el 2017, lo cual coincide la fecha alegada de la anualidad del insuceso, es decir, que resulta totalmente plausible lo dicho por la demandada y los últimos testigos, atinente a que el trabajador fallecido tenía su propio local y, a través de ese bien, ofrecía y prestaba servicios de publicidad a terceros, quienes en el gremio lo conocían y, por ello, fue contratado por la señora Claudia Stella López, para prestar los aludidos servicios por su propia cuenta y riesgo, como fue, valerse de su propio equipo de colaboradores para ejecutar las labores contratadas, todo lo cual se refuerza o guarda relación con la documental aportada por dicha pasiva, sobre las cotizaciones con el logotipo del establecimiento de comercio e identificación tributaria que tenía el señor Gerly Yovany sobre elementos de publicidad en abril de 2016, en favor de la señora Claudia Stella López, quien según documental también aportada por ella, ejercía igualmente como "tecnólogo en publicidad" y contratista para diversos clientes.

Así las cosas, con las pruebas anteriormente reseñadas, es claro para la Sala, que no se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte del señor Gerly

Yovany Zapata, en cuanto, se insiste, aquél contrató servicios de publicidad con la demandada Claudia Stella López López, pero, dichas labores fueron ejercitadas, no de manera personalísima, sino con apoyo de terceros por cuenta de su actividad comercial, por lo que, no nace la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo y, por tanto, tampoco surgió la ventaja probatoria a favor de aquel, lo cual resulta suficiente para descartar cualquier responsabilidad de tipo prestacional laboral e indemnizatoria en contra de la persona natural demandada, de quien se alegaba su calidad de directa empleadora, lo mismo que del resto de convocadas, en cuanto no se abre paso ningún análisis de solidaridad. Acotando, que en todo tipo de contratos bilaterales, como el de prestación de servicios, no existe autonomía plena del contratista para cumplir con el objeto del mismo, dado que debe cumplir con las condiciones impuestas o acordadas con el contratante (art. 1496 CC), sin que ello implique la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo.

Dado el resultado del recurso, se impondrán costas en esta instancia a la recurrente.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero.-** Confirmar la sentencia apelada, pero, por las razones esgrimidas en la parte motiva.*
***Segundo.-** Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $200.000,oo por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NELBA ROSA LÓPEZ RUIZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia del 29 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Nelba Rosa López Ruiz, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se declare que Jorge Enrique Rodríguez García dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, en aplicación del principio de condición más

beneficiosa. En consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 29 de marzo de 1998 en su calidad de cónyuge supérstite; junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 03 del expediente digital, en los que en síntesis indicó que: Jorge Enrique Rodríguez García falleció el 29 de marzo de 1998, momento para el cual se encontraba afiliado al ISS; el causante cotizó más de 300 semanas antes del 1° de abril de 1994; la demandante y el afiliado fallecido convivieron como esposos desde el 7 de diciembre de 1991 hasta el momento del deceso; la accionante, actuando en nombre propio y de su menor hija, reclamó ante el entonces ISS el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada mediante Resolución No. 002879 de 1999, bajo el argumento de no acreditar los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993; a la demandante le fue reconocida la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes; su hija actualmente es mayor de edad y no se encuentra estudiando.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (archivo 08 del expediente digitalizado). Aceptó la mayoría de los hechos, excepto la convivencia entre la actora y el causante. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago por intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Por auto del 12 de abril de 2021 se ordenó vincular al trámite a Andry Marcela Rodríguez López, en su condición de hija del causante (archivo 16 del expediente digital), quien presentó escrito manifestando que "no se presentará ningún tipo de solicitud respecto de la prestación reclamada por la demandante,

ya que en nuestro concepto no cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, así mismo manifiesto que renuncio al término para contestar la demanda".

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 05 de la carpeta 05 del expediente digital), en la que declaró que la accionante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de Jorge Enrique Rodríguez García, a partir del 29 de marzo de 1998, al haber acreditado la calidad de cónyuge del causante con el registro civil de matrimonio de 7 de diciembre de 1991. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la actora la pensión de sobrevivientes en cuantía inicial de 1 smlmv, a partir del 1° de agosto de 2016, por 14 mensualidades al año, más los reajustes legales anuales; y cuyo retroactivo al 31 de marzo de 2022 asciende a la suma de $65.004.386,oo, con la advertencia que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 1° de agosto de 2016. Autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, esto es, $1.258.945,oo, así como los aportes a salud. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios calculados sobre cada una de las mesadas que hacen parte del retroactivo y liquidados desde el 2 de agosto de 2016 hasta la fecha en que se verifique el pago del retroactivo. Absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones formuladas en su contra por Nelba López Ruiz y por Andry Maricela Rodríguez López. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas del 29 de marzo de 1998 al 31 de julio de 2016 y probada totalmente la de compensación frente a la suma cancelada por concepto de indemnización sustitutiva. Condenó en costas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que la indemnización sustitutiva fue pagada en el año 1999, por lo que ese monto debe traerse a valor presente para proceder

con su compensación, que para el año 2019 asciende a $6.913.122,oo. Agregó que la demanda fue radicada el 6 de agosto y no el 1° de agosto, por lo que debe ser aquella fecha el parámetro para declarar probada la excepción de prescripción. Solicitó que se absuelva del pago de intereses moratorios, toda vez que el reconocimiento de la prestación se dio por medio del presente proceso, razón por la cual no se ha presentado mora en el pago; aunado a que la negativa a reconocer la prestación se justificó en la aplicación minuciosa de la ley. Por último, peticionó que se absuelva del pago de las costas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

CONDICIÓN DE AFILIADO DEL CAUSANTE A COLPENSIONES

Se encuentra acreditado en el proceso que Jorge Enrique Rodríguez García ostentaba la calidad de afiliado al ISS, hoy Colpensiones, según dan cuenta la Resolución N° 002079 del 26 de febrero de 1999 (archivo 04 del expediente digital) y el reporte de semanas cotizadas (archivo 07 del expediente digital); afiliado que falleció el 29 de marzo de 1998, conforme se establece con el registro civil de defunción (archivo 04 del expediente digital).

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Corresponde a la Sala dilucidar si la señora Nelba Rosa López Ruiz cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento de Jorge Enrique Rodríguez García.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 29 de marzo de 1998, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, que estableció como requisitos para el reconocimiento respectivo: "a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte", o "b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte". Encontrándose, entonces, el de cujus en el primer supuesto, pues su última cotización fue realizada en el ciclo 03/1998; así, al revisar su historia laboral observa la Sala que Rodríguez García reporta 543,43 semanas cotizadas desde el 21/06/1982 hasta el 31/03/1998, por lo que no cabe duda que se encuentra satisfecho el número mínimo de semanas exigido por la norma en cita.

Establecido lo anterior, cumple precisar que la condición de beneficiaria de la demandante fue aceptada por el ISS, hoy Colpensiones, en la Resolución N° 002079 del 26 de febrero de 1999, mediante la cual le otorgó la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes (archivo 04 del expediente digital). De igual manera, obra en el expediente el registro civil de matrimonio con el que se acredita que Nelba Rosa López Ruiz y Jorge Enrique Rodríguez García contrajeron matrimonio el 7 de diciembre de 1991; sin que aparezca nota marginal que afecte la vigencia del vínculo matrimonial (archivo 04 del expediente digital).

Por lo precedente, concluye la Sala que a la actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que reclama por la muerte de su cónyuge, al amparo de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, como acertadamente lo concluyó el a quo; imponiéndose confirmar su decisión en este punto.

En cuanto al monto de la prestación, al aplicar los parámetros establecidos en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 se obtendría una mesada pensional en cuantía inferior al smlmv, lo cual está proscrito por el citado artículo, en consonancia con lo preceptuado por el artículo 35 ibídem; por lo que la

prestación deberá ser pagada en cuantía equivalente al smlmv, por 14 mesadas pensionales al año; lo que conlleva confirmar la decisión del a quo en este tópico.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6º del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.

Acorde con lo anterior, verifica la Sala que en el sub examine el derecho pensional se causó el 29 de marzo de 1998, la accionante reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el 24 de abril de 1998, obteniendo respuesta negativa por parte de la entidad de seguridad social accionada mediante Resolución N° 002079 del 26 de febrero de 1999 (archivo 04 del expediente digital), y la demandada se radicó el 1° de agosto de 2019 (acta de reparto, archivo 01 del expediente digital), y no en fecha posterior, como erróneamente lo afirma Colpensiones en su apelación; por lo que es claro que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 1° de

agosto de 2016; como en efecto lo concluyó el juez de primer grado. Razón por la cual se confirmará la decisión apelada y consultada también en este sentido.

INTERESES MORATORIOS

En cuanto a la procedencia de los intereses moratorios, ha sido posición reiterada que estos son viables cuando la pensión tiene su origen o fuente legal en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, como en el presente asunto.

Así, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consagra que:

> *"A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratoria vigente en el momento en que se efectúe el pago."*

De ahí, que si la entidad llamada a reconocer la pensión lo hace tardíamente debe pagar, además de ésta, los intereses moratorios a la tasa máxima vigente al momento de realizarse el pago. Ahora, tratándose de pensiones de sobrevivientes la ley 717 de 2001 dispone en su artículo 1°: "El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho."

Bajo los anteriores derroteros, al haber solicitado Nelba Rosa López Ruiz el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 24 de abril de 1998 (archivo 04 del expediente digital), la prestación debió ser otorgada a más tardar el 25 de junio de 1998, por lo que al no haber procedido al reconocimiento, la demandada Colpensiones incurrió en mora y, por tanto, deberá pagar los intereses moratorios causados; sin que sea dable argumentar que su negativa se encontraba plenamente justificada, pues, tal y como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia los intereses moratorios deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a

mitigar los efectos adversos que produce al acreedor pensional la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, su carácter es resarcitorio y no sancionatorio.

No sobra mencionar que si bien ese Máximo Tribunal ha señalado que, excepcionalmente, las administradoras de pensiones públicas o privadas se encuentran exoneradas del pago de los mentados intereses moratorios, también lo es que precisó que ello sólo es posible en casos específicos, bien sea: i) cuando la administradora de pensiones niega el derecho con apego minucioso a la ley vigente aplicable al caso concreto; ii) cuando el reconocimiento de la prestación obedece a un cambio de criterio jurisprudencial que obviamente dicha entidad no podría prever para la época en que le fue presentada la solicitud prestacional; o iii) cuando la administradora niega la prestación pensional por existir disputa entre sus posibles beneficiarios (sentencias CSJ SL787-2013 con radicado No. 43602; SL10504-2014 con radicación No. 46826, SL10637-2015 con radicado No. 43396 y SL1399-2018 con radicación No. 45779), situaciones que no son predicables en el presente asunto, dadas las circunstancias fácticas y fundamentos jurídicos que lo rodearon.

En consecuencia, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional causado, desde el 2 de agosto de 2016, pues recuérdese que con anterioridad a esta fecha operó el fenómeno de la prescripción, y hasta que se verifique el pago de las mesadas adeudadas. Razón por la cual se confirmará la decisión de primer grado.

INDEXACIÓN DEL DESCUENTO

Otra de las inconformidades planteadas por Colpensiones en su apelación se centra en que, la suma previamente pagada como indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, debe descontarse debidamente indexada.

Para resolver lo pertinente, cumple recordar que nuestra economía se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, y ha sido posición reiterada de la jurisprudencia reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a dicha

pérdida adquisitiva aduciendo razones de justicia y equidad, que debe ser asumida por el deudor moroso y de esta manera evitar perjuicios al acreedor. Así es oportuno rememorar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 13 de noviembre de 1991:

> *"Con apoyo en la perceptiva (el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral de esta Corte, desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad, de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido varios: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración inmanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en la consagración positiva de la corrección monetaria, en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria al respecto; en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al trabajo, en cuanto a dicho monto de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios de enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios del derecho laboral."*

Como en el caso estudiado a la actora se le pagaron $1.258.945,oo en el año 1999 por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, dicho valor deberá ser actualizado al momento en que se realice el descuento del retroactivo por parte de Colpensiones; razón por la cual se modificará la decisión de primera instancia en este sentido.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> *"(…)*
> 1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".*

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por los que igualmente se le impondrá condena en costas a la recurrente en esta instancia, ante la improsperidad de su recurso.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

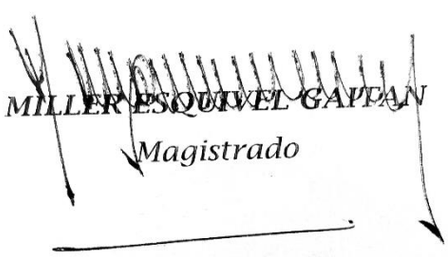
R E S U E L V E

Primero.- *Revocar el ordinal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la suma de $1.258.945,oo pagada por Colpensiones a la actora en el año 1999 por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, debe ser actualizada al momento en que se realice el descuento del retroactivo pensional; conforme a lo considerado.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Tercero.- *Costas de las instancias a cargo Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respetiva la suma de $400.000,oo, por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ANGÉLICA CADENA TRUJILLO CONTRA VIVIRSALUD UNIDAD MEDICO QUIRÚRGICA DE ESPECIALISTAS SAS

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

María Angélica Cadena Trujillo, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Vivirsalud Unidad Médico Quirúrgica de Especialistas SAS, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo, entre el 1° de septiembre de 2011 y el 3 de junio de 2016. En consecuencia, se condene al pago del auxilio de

cesantías e intereses por todo el tiempo laborado, prima de servicios entre el 4 de enero y el 3 de junio de 2016, compensación de las vacaciones por este mismo lapso, salarios adeudados entre el 20 de mayo y el 3 de junio de 2016, indemnización moratoria del artículo 65 del CST. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, y las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: suscribió contrato de trabajo, el 1˚ de septiembre de 2011 con el representante legal de la empresa con un salario inicial de $750.000.oo; que el contrato se renovó en cinco ocasiones hasta la fecha de la carta de renuncia, el 3 de junio de 2016 debido al incumplimiento en los pagos por parte del empleador; que solicitó de manera verbal a la empresa el pago de las acreencias laborales adeudadas sin obtener ninguna respuesta; que por medio del Ministerio del Trabajo citó a conciliación al empleador, sin embargo, no se presentó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Vivirsalud Unidad Médico Quirúrgica de Especialistas SAS dio contestación en forma legal y oportuna por medio de curador ad-litem, quien se opuso a las pretensiones formuladas (archivo 8 del expediente digital) y no aceptó ningún hecho planteado en la demanda. Como medios de defensa propuso exclusivamente la excepción genérica o innominada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 16 del expediente digital), en la que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda. No impuso condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de la a quo, la parte demandante interpuso recurso de apelación. Sostuvo lo siguiente: Que la juzgadora no tuvo en cuenta las pruebas en su integridad, que, si las hubiese estudiado en conjunto, habría encontrado todas las coincidencias para establecer la existencia del contrato de trabajo, por ejemplo, que, durante cinco años, mes a mes, la empresa aportó para el riesgo de salud, también el contrato escrito; que la juzgadora debió valorar la conducta misma de la demandada quien, pese a todos los esfuerzos, jamás se notificó personalmente, a efectos de que ejerciera su propia defensa y aclarara las dudas sobre la existencia del vínculo; también el tema de la firma del contrato en donde no es a la parte actora a quien le corresponde demostrar la persona que lo hizo. Señaló, que debió dársele valor probatorio al documento que contenía la liquidación correspondiente a unas vacaciones, los desprendibles quincenales que eran incompletos y, por ello el tema de la renuncia; que el hecho de que se hubieran encontrado inconsistencias en el tema de la afiliación, el pago de salarios, entre otros aspectos, demuestra precisamente el incumplimiento contractual del empleador y no la inexistencia del vínculo como erradamente lo concluyó la juzgadora al analizar por separado cada una de las pruebas y no en su integralidad. Por lo anterior, pide que se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar su recurso.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandante al momento de sustentar su respectivo recurso.

CONTRATO DE TRABAJO

La juzgadora de primera instancia absolvió de todas las pretensiones formuladas en contra de la demandada, al considerar que no era viable declarar la existencia del contrato de trabajo, por cuanto del análisis conjunto de las pruebas documentales, se podía concluir que no hubo prestación del servicio, mucho menos en las fechas aducidas, en cuanto, con el primer contrato escrito de trabajo, no se podía establecer quién lo firmó, máxime que la persona de la cual se aduce la firma no era representante legal de la sociedad para dicha época y tampoco quedó demostrado que era un representante del empleador; que el segundo contrato estaba incompleto porque sólo se había allegado una página, por ende, faltaba la firma, y para el 2013, tampoco se le podía dar validez probatoria, porque la persona firmante no ostentaba la calidad de representante legal; que las documentales sobre afiliación a salud y pensiones tampoco acreditaban la prestación del servicio, porque, además de no ser prueba suficiente sobre la forma en que se desarrolla el vínculo, las afiliaciones no concuerdan con los extremos aducidos en la demanda, lo mismo que el resto de documentales sobre liquidación de vacaciones y pagos, en cuanto no coinciden con los valores señalados por concepto de salarios, y como no existían testimonios que dieran cuenta de ese elemento del contrato, tampoco se podía declarar el vínculo solicitado.

Como quedó reseñado en los antecedentes, la demandante cuestionó esa valoración probatoria de la juzgadora, aduciendo que, en ningún momento llevó a cabo un estudio integral de los medios de prueba, por el contrario, efectuó un análisis individualizado y aislado que la llevó a desconocer la existencia del contrato de trabajo y sus consecuencias.

Frente a ello, considera la Sala que le asiste razón a la impugnante, porque, por una parte, erró la juzgadora al exigir una determinada forma de acreditación de los supuestos de hecho que configuran el contrato de trabajo, concretamente, al haber indicado que se requería de prueba testimonial para establecer la prestación personal del servicio, siendo que, no se exige tarifa legal para ese propósito, en cuanto la parte actora podía acudir libremente a cualquier de los medios de convicción legalmente habilitados para establecer esos supuestos, y si acudió exclusivamente a la prueba documental, lo que le corresponde hacer al funcionario es llevar a cabo una apreciación conjunta y la facultad de valorarlos libremente, lo que, como lo ha sostenido de antaño la jurisprudencia laboral, les permite conferirle mérito a los que le brinden una mayor convicción, pues no están sujetos

a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad sustantiam actus, evento en el cual «no se podrá admitir su prueba por otro medio», situación que no acontece en este asunto. Valoración probatoria que se debe hacer atendiendo los artículos 60 y 61 del CPT y SS.

Ahora, como la actora reclamó la existencia del contrato de trabajo, a partir del 1° de septiembre de 2011, acudió a las copias simples de tres (3) contratos escritos, los cuales descartó la a quo, por el tema de la firma de la demandada, en cuanto para la juzgadora, para el primer documento no se sabía a quién correspondía la firma, y en todo caso, no se podía argumentar que era la del representante legal, señor José Vicente Barrera, porque esa calidad sólo era viable predicarla a partir de marzo de 2013, según de certificado de cámara y comercio que obraba en el informativo; y del tercer contrato, a partir del 1° de enero de 2013, por las mismas razones.

Sobre tal conclusión, ciertamente, la juzgadora desconoció que, acorde con lo previsto en el parágrafo del artículo 54 A del CPT y de la SS, modificado por el artículo 24 de la Ley 712 de 2001, en materia laboral, los documentos o sus reproducciones, presentados por las partes con fines probatorios, se reputan auténticos, sin necesidad de presentación personal, siendo las excepciones, aquellos que emanan de terceros o cuando se traten de hacer valer como título ejecutivo, por ende, como lo ha sostenido la jurisprudencia del trabajo, "al eliminarse el requisito de autenticación de los documentos emanados por las partes, se trasladó, en este caso al recurrente, la facultad de aceptarlos o tacharlos, pues en el evento de no corresponder a la verdad, o no estar seguro de su contenido o autoría, en ejercicio de los principios de contradicción y publicidad de la prueba, puede proceder, conforme se señaló con anterioridad (CSJ SL17411-2015)"; lo que implica entender que, cuando el demandante aporta un documento como prueba de los hechos que alega en su demanda, y éste sostiene que está firmado, manuscrito o elaborado por la parte contra quien lo aduce, y aquella no se opone mediante el instrumento procesal respectivo, en el momento adecuado, procede el reconocimiento implícito o tácito, y como en este asunto, la actora atribuyó la firma a la empresa, esto es, una de las formas de autenticidad de los documentos, es claro que, aquella tenía que repudiarlos so pena de que la presunción cobrara todo el vigor para respaldar las afirmaciones de la demanda.

Entonces, si se acude a una de esas formas de procedencia de los documentos, es factible su oposición, que si no se ejerce por la parte contra quien se aducen, reconocerá implícitamente con su silencio, la autenticidad.

Al caso, como la demandante fundó la existencia del vínculo laboral con esos documentos, imputándole autoría a la demandada, además con la respectiva firma, es cierto que el juzgador podía verificar quién los suscribió porque allí aparece la firma, y si bien, no aflora el nombre, sí hay referencia a una identificación, la cual corresponde al NIT del certificado mercantil, de donde era viable establecer que, por lo menos correspondía al representante legal de la época, o quien estaba habilitado para hacerlo en favor del empleador, siendo una carga desproporcionada exigirle la acreditación de la persona exacta, si el mismo certificado mercantil no lo refiere para la época de la firma del contrato.

Además, en el contrato de enero de 2013, quien aparece firmando en favor del empleador se encuentra identificado con el mismo número de cédula del certificado mercantil, señor José Vicente Barrera Córdoba, quien es el representante legal de Vivir Salud Unidad Médico Quirúrgica de Especialistas SAS, nombrado en junta de socios del 11 de marzo de 2013, es decir, que si bien dicha persona representaba a la persona jurídica a partir de esa fecha, no resulta descabellada la tesis de que antes también ejerció esa labor, siendo que, fue la misma persona jurídica la que cambió su nombre, al pasar de una sociedad Ltda., creada en septiembre de 2007, a una SAS, a partir de marzo de 2013, pero en esencia, se trataba de la misma persona jurídica, tal como lo refiere el pluricitado certificado mercantil.

Lo anterior implica entender, que la demandada sí suscribió los documentos, a través de su representante legal, por lo menos, los contratos de septiembre de 2011 y enero de 2013, ya que, el de enero de 2012, ciertamente, no se puede establecer autoría alguna, y por tal razón, ese documento no tiene mayor validez probatoria. Sin dejar de lado lo previsto en el artículo 32 del CST, acerca de las personas que representan y comprometen al empleador , que valga puntualizar no solamente es el representante legal de la sociedad, en su caso.

Sobre la autenticidad de los dos contratos antes referidos, podría decirse que el extremo pasivo no podía oponerse a la validez probatoria, dado que, estaba

representada por curador ad litem, pero no debe olvidarse que el artículo 54 A del CPT y de la SS, no supedita su aplicación a la forma cómo esté vinculado al proceso la parte demandada, por lo que, si bien es acertado decir que el auxiliar de la justicia que representa a quien no logró comparecer personalmente al proceso, no está en la capacidad de cuestionar los documentos que se aducen en contra de quien representa, no lo es menos, que al seguirse los rituales propios de vinculación, en cualquier momento dicha parte podía acercarse a la sede judicial y tratar de desvirtuar esa presunción de autenticidad, y como finalmente no lo hizo, es claro que esa misma conducta procesal negativa corre en su contra.

Entonces, como la juzgadora no podía desconocer la autenticidad de los documentos, a efectos de establecer la existencia del contrato de trabajo y sus extremos, también podía verificar el resto de documental y analizarla conjuntamente y formar su convencimiento con el principio de la sana crítica a efectos de hallar la verdad real, lo que significa que, aunque es cierto que la jurisprudencia laboral ha enseñado que la simple afiliación al sistema de seguridad social no implica, per se, la existencia del vínculo laboral, dado que, es necesario la acreditación de la prestación del servicio, no lo es menos, que en un escenario en donde existen unos contratos de trabajo escritos, esos documentos contentivos de afiliación y aportes al sistema, permiten reafirmar que entre las partes sí se dieron los elementos que configuran el aludido vínculo laboral, por cuanto esa conducta es propia de las obligaciones de un empleador y no un supuesto fraude o intención de defraudar al sistema como aparente pago sin su causa real.

De manera que, la certificación de aportes a salud de la EPS Sanitas de folios 12 a 14 del expediente, que dan cuenta que, con la demandada cotizó entre octubre de 2011 a mayo de 2016, más el reporte de la AFP Protección de folios 176 a 180, sobre cotizaciones por los riesgos de IVM entre agosto de 2011 y mayo de 2016, adjunto a los referidos contratos, es un claro indicio de existencia del vínculo laboral. Es cierto que las aludidas cotizaciones al sistema difieren del extremo inicial referido en el primer contrato escrito, incluso de la intención de la demandante sobre el inicio del vínculo en septiembre de 2011, pero esa discordancia, en lugar de repeler la existencia de la relación, la reafirma, porque aquí lo importante es que coincide en gran parte del período alegado por la demandante, y si acaso, esa diferencia en un mes entre la fecha de las

cotizaciones y la de celebración del contrato, tendrá repercusiones para el extremo que se adopte, pero jamás para desconocer el vínculo principal, como equivocadamente lo sostuvo la a quo, quien, como lo refirió el impugnante, en lugar de formar el convencimiento con el principio de la sana crítica, hizo un examen aislado de los medios de prueba imponiéndole cargas desproporcionadas a la demandante en su propósito de establecer el vínculo laboral.

Ahora, como la reclamante adujo que el contrato de trabajo inicio el 1° de septiembre de 2011, lo cual coincide con el documento del folio 3 del expediente sobre el contrato de trabajo a término indefinido, se tendrá como tal, en cuanto no existe liquidación alguna en otro interregno, vinculo que se extendió hasta el 31 de mayo de 2016, extremo final que coincide con las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensiones, pues no existe en el plenario la carta de renuncia que mencionó la activa en la demanda, la cual supuestamente fue entregada al empleador, el 3 de junio de 2016. Las labores que desarrolló fueron las de auxiliar de farmacia, según lo descrito en los citados documentos contentivos del vínculo laboral.

Por consiguiente, se procederá a verificar si es posible acceder a las pretensiones derivadas del vínculo laboral declarado, teniendo en cuenta que el extremo pasivo no alegó la excepción de prescripción, la cual, como se sabe, para sus consecuencias es necesario que la parte demandada la aduzca en su favor expresamente, pues ésta no es viable declararla de oficio.

SALARIOS Y PRESTACIONES

Como la demandante adujo que la pasiva no le reconoció dichos conceptos a la terminación del contrato de trabajo, y la demandada no acreditó su pago, procede su reconocimiento, para lo cual, se tendrá en cuenta la siguiente tabla salarial de liquidación:

Para el 2011, se adoptará el valor pactado expresamente en el contrato escrito del 1° de septiembre de esa anualidad, equivalente a $750.000, dada la intención de las partes de fijar dicha remuneración; para el 2012, se tendrá el valor de $686.000, que corresponde al IBC de las cotizaciones por esa anualidad de los subsistemas a salud y pensión, puesto que el contrato escrito del folio 4 del

expediente no se le dio validez probatoria; para el 2013, se tendrá en cuenta el valor de $748.500, que pactaron las partes en el documento escrito del folio 5 del expediente, valor al que no se le adicionará el auxilio de transporte como lo pretende la demandante en los hechos del libelo, por cuanto no se acreditó que ese valor se hubiere causado, conforme con lo dispuesto en los artículos 2 y 5 de la Ley 15 de 1959, como tampoco se demostró que la actora hubiere necesitado de ese auxilio, por lo tanto, no se computará; para el 2014, se tendrá en cuenta el valor de $782.200, que corresponde a la cifra fijada por el propio empleador conforme con el documento de folio 7 del expediente sobre la liquidación de vacaciones de esa anualidad; para el 2015 y 2016, como no existe referencia del valor pactado por las partes, se tendrá en cuenta el que fue utilizado como IBC para los aportes a seguridad social, esto es, $821.000,oo y $879.000,oo, respectivamente.

Tabla Datos Generales de la Liquidación			
Extremos Laborales	*Desde :*	*1-sep*	*2011*
	Hasta:	*31-may*	*2016*
Último Salario Devengado			*$ 879.000,00*

Tabla Salarial		
Año	**Salario Mensual**	***Aux. Transp.***
2011	$ 750.000,00	*$ -*
2012	$ 686.000,00	*$ -*
2013	$ 748.500,00	*$ -*
2014	$ 782.200,00	*$ -*
2015	$ 821.000,00	*$ -*
2016	$ 879.000,00	*$ -*

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2011				
Periodo de liquidación	*Desde*	*1/09/2011*	*Hasta*	*31/12/2011*
	Salario fijo mensual:		*$ 750.000,00*	
	Auxilio transporte:		*$ -*	
	Factor Variable		*$ -*	
	Salario diario:		*$ 25.000,00*	
	Días trabajados:		*120*	
Cesantías	*Salario mensual (*) x Días trabajados* / *360*		***$ 250.000,00***	
Intereses sobre cesantías	*Cesantías (*) x Días trabajados X 12%* / *360*		***$ 10.000,00***	
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2012				
Periodo de liquidación	*Desde*	*1/01/2012*	*Hasta*	*31/12/2012*

	Salario fijo mensual:		*$ 686.000,00*	
	Auxilio transporte:		*$ -*	
	Factor Variable		*$ -*	
	Salario diario:		*$ 22.866,67*	
	Días trabajados:		*360*	
Cesantías	*Salario mensual (*) x Días trabajados* / *360*		***$ 686.000,00***	
Intereses sobre cesantías	*Cesantías (*) x Días trabajados X 12%* / *360*		***$ 82.320,00***	
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2013				
Periodo de liquidación	*Desde*	*1/01/2013*	*Hasta*	*31/12/2013*
	Salario fijo mensual:		*$ 748.500,00*	
	Auxilio transporte:		*$ -*	
	Factor Variable		*$ -*	
	Salario diario:		*$ 24.950,00*	
	Días trabajados:		*360*	
Cesantías	*Salario mensual (*) x Días trabajados* / *360*		***$ 748.500,00***	
Intereses sobre cesantías	*Cesantías (*) x Días trabajados X 12%* / *360*		***$ 89.820,00***	
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2014				
Periodo de liquidación	*Desde*	*1/01/2014*	*Hasta*	*31/12/2014*
	Salario fijo mensual:		*$ 782.200,00*	
	Auxilio transporte:		*$ -*	
	Factor Variable		*$ -*	
	Salario diario:		*$ 26.073,33*	
	Días trabajados:		*360*	
Cesantías	*Salario mensual (*) x Días trabajados* / *360*		***$ 782.200,00***	
Intereses sobre cesantías	*Cesantías (*) x Días trabajados X 12%* / *360*		***$ 93.864,00***	
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2015				
Periodo de liquidación	*Desde*	*1/01/2015*	*Hasta*	*31/12/2015*
	Salario fijo mensual:		*$ 821.000,00*	
	Auxilio transporte:		*$ -*	
	Factor Variable		*$ -*	
	Salario diario:		*$ 27.366,67*	
	Días trabajados:		*360*	
Cesantías	*Salario mensual (*) x Días trabajados* / *360*		***$ 821.000,00***	
Intereses sobre cesantías	*Cesantías (*) x Días trabajados X 12%* / *360*		***$ 98.520,00***	
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2016				
Periodo de liquidación	*Desde*	*1/01/2016*	*Hasta*	*31/05/2016*

	Salario fijo mensual:	*$ 879.000,00*		
	Auxilio transporte:	*$ -*		
	Factor Variable	*$ -*		
	Salario diario:	*$ 29.300,00*		
	Días trabajados:	*150*		
Cesantías	*Salario mensual (*) x Días trabajados* / *360*	***$ 366.250,00***		
Intereses sobre cesantías	*Cesantías (*) x Días trabajados X 12%* / *360*	***$ 18.312,50***		
Prima de servicios	*Salario mensual (*) x Días trabajados semestre* / *360*	***$ 358.925,00***		Desde 04-01-2016 a 31-05-2016
Vacaciones	*Salario mensual x Días trabajados* / *720*	***$ 179.462,50***		

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales				
Año	***Cesantías***	***Intereses sobre cesantías***	***Prima de servicios***	***Vacaciones***
2.011	*$ 250.000,00*	*$ 10.000,00*	*$ 0,00*	*$ 0,00*
2.012	*$ 686.000,00*	*$ 82.320,00*	*$ 0,00*	*$ 0,00*
2.013	*$ 748.500,00*	*$ 89.820,00*	*$ 0,00*	*$ 0,00*
2.014	*$ 782.200,00*	*$ 93.864,00*	*$ 0,00*	*$ 0,00*
2.015	*$ 821.000,00*	*$ 98.520,00*	*$ 0,00*	*$ 0,00*
2.016	*$ 366.250,00*	*$ 18.312,50*	*$ 358.925,00*	*$ 179.462,50*
Totales	***$ 3.653.950,00***	***$ 392.837***	***$ 358.925,00***	***$ 179.462,50***

Tabla Liquidación Crédito	
Salarios desde 20-05-2016 a 31-05-2016	*$ 322.300,00*
Auxilio Cesantías	*$ 3.653.950,00*
Intereses Sobre las Cesantías	*$ 392.836,50*
Prima de Servicios	*$ 358.925,00*
Vacaciones	*$ 179.462,50*
Total Liquidación	***$ 4.907.474,00***

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

El artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la L. 789 de 2002, dispone que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses. Transcurridos veinticuatro (24) meses,

contados desde la fecha de terminación del contrato, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando se verifique el pago.

La jurisprudencia laboral ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016). En este asunto no existe un solo indicador de buena fe, quedó suficientemente acreditado que la accionada a la terminación del contrato no satisfizo los salados por salarios y prestaciones sociales sin acreditar excusa alguna.

Dados los anteriores derroteros, en criterio de la mayoría de la sala, y teniendo en cuenta que en el sub examine el vínculo laboral finalizó el 31 de mayo de 2016 y la demanda se radicó el 25 de septiembre de 2017 (acta de reparto fl. 22), esto es, antes de transcurridos 24 meses de la terminación del contrato de trabajo; y considerando que el salario devengado por la actora era superior al mínimo legal mensual vigente (para el 2016 el smmlv era de $689.455), concluyen que se deberá condenar a la demandada a pagar un día de salario, a partir de la fecha de su desvinculación hasta por veinticuatro (24) meses y, a partir de ahí, se causan intereses moratorios «a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria (…)», hasta cuando se produzca el pago de las condenas impuestas por concepto de salarios y prestaciones sociales.

Postura de la cual me aparto, como lo manifesté en la sesión en la que se debatió el proyecto de sentencia que presenté como ponente, puesto que la intelección del artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, no es la que le da la mayoría. Pues bien, el referido artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, establece que, si al momento de la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela los salarios y prestaciones sociales debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley, se hace acreedor a una sanción consistente en un salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Cuando la demanda se instaura antes de los 24 meses a la terminación del vínculo

laboral y el ex trabajador devenga más de un salario mínimo legal, la indemnización moratoria es de un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se paguen esos haberes sociales, y si se promueve la demanda después de ese plazo procederán los intereses moratorios sobre las acreencias adeudadas a partir del mes 25 y por los 24 meses anteriores el salario diario aludido, lo cual surge de manera nítida de la redacción de la norma sin que haya lugar a disquisiciones que la hagan decir otra cosa. Para mayor claridad del alcance del artículo examinado es prudente acudir a lo explicitado por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, que se ocupó de su constitucionalidad, en la que precisó:

> *"No quiere significar lo anterior que los trabajadores que perciben una asignación superior al salario mínimo hayan quedado desprotegidos en el evento en que a la terminación del vínculo su empleador no les pague los salarios y prestaciones adeudados, lo cual sí resultaría desproporcionado,* ***pues de todas formas tienen derecho a la indemnización por falta de pago. Sin embargo, en los términos del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para que a partir del mes veinticinco (25) de mora continúen con el derecho a la indemnización, es preciso que hayan acudido ante la jurisdicción ordinaria, pues de lo contrario sólo podrán reclamar intereses moratorios "a la tasa máxima" para los créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Bancaria, exigencia que se justifica plenamente porque, como fue explicado en el seno del propio Congreso, la anterior regulación dio lugar a que algunos trabajadores esperaran mucho tiempo para presentar sus demandas, casi llegado el día de la prescripción, obteniendo así cuantiosas indemnizaciones por este concepto."*** *(Resaltado propio).*

En ese orden, como la demandante interpuso la acción dentro de los 24 meses siguientes a la desvinculación y su salario era superior al mínimo legal, tenía derecho a la aludida indemnización de forma corrida sin ninguna limitación, esto es, desde el 1º de junio de 2016 hasta cuando cancele los salarios y prestaciones sociales a que fue condenada.

INDEXACIÓN

Se ordenará indexar el valor de las vacaciones para la fecha del pago efectivo, en cuanto la moratoria solo aplica por los saldos de salarios y prestaciones sociales. Se recuerda que, aunque la demandante no solicitó esta pretensión, la jurisprudencia laboral sostiene que es procedente la indexación de los créditos aún de oficio, por cuanto, lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar la sentencia apelada, que absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra, para, en su lugar, declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de septiembre de 2011 y el 31 de mayo de 2016, tiempo durante el cual la demandante ejerció el cargo de auxiliar de farmacia, y los salarios son los que se explicaron en la parte motiva de este proveído. Como consecuencia de lo anterior, se condena a la empresa accionada al pago de las siguientes acreencias laborales:*

a) $322.300 por concepto de salarios entre el 20 y el 31 mayo de 2016.
b) $3.653.950, por auxilio de cesantía.
c) $392.83.6,50 por intereses a la cesantía.
d) $358.925 por primas de servicio.
e) $179.462,50, por vacaciones compensadas, suma que deberá ser indexada al momento de su pago efectivo.
f) y a título de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la L. 789 de 2002, un día de salario, a partir de la fecha de su desvinculación hasta por veinticuatro (24) meses y, a partir de ahí, se causan intereses moratorios «a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria (…)», hasta cuando se produzca el pago de las condenas impuestas por concepto de salarios y prestaciones sociales.
Segundo.- *Las costas de ambas instancia a cargo de la demandada. Como agencias en derecho en esta sede se impone la suma de $800.000,oo.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

Con salvamento de voto Parcial

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIELA CEBALLOS VALDERRAMA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 19 de junio de 2012[1]*, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Mariela Ceballos Valderrama, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, para que se condene

[1] *Por auto del 15 de octubre de 2021 este Tribunal declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso ejecutivo laboral, seguido a continuación del trámite ordinario, al considerar que no se surtió el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia base de recaudo, esto es, la proferida el 19 de junio de 2012.*

al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo, Gildardo de Jesús Zapata Montes, desde el 1° de octubre de 2010; junto con la indexación de las sumas, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 06 del expediente digital, en los que en síntesis se indica que: mediante Resolución No. 100154 del 17 de enero de 2011 el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2010; el 14 de enero de 1984 contrajo matrimonio con Gildardo de Jesús Zapata Montes, quien no trabaja, no recibe pensión y depende económicamente de ella; el 30 de agosto de 2011 reclamó ante el ISS el incremento pensional por persona a cargo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por el entonces ISS, hoy Colpensiones, en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 06 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 05 del expediente digital), en la que condenó al ISS a reajustar la pensión de vejez de la accionante en un 14%, por su esposo Gildardo de Jesús Zapata Montes, sobre el smlmv de cada anualidad a partir del 1° de octubre de 2010; sumas que deberán pagarse debidamente indexadas. Condenó en costas a la demandada.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

C O N S I D E R A C I O N E S

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

CALIDAD DE PENSIONADA DE LA ACTORA

No es objeto de debate la condición de pensionada por vejez que ostenta la demandante, la cual fue adquirida mediante Resolución No. 100154 del 17 de enero de 2011, en la que el entonces ISS le reconoció el derecho prestacional a partir del 1° de octubre de 2010, en cuantía inicial de $515.000,oo conforme a los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, reconociéndola beneficiaria del régimen de transición; conforme se verifica en el acto administrativo en cita.

INCREMENTO PENSIONAL – VIGENCIA

Al momento de reconocimiento de la pensión de vejez a la actora estaba vigente la Ley 100 de 1993, que no contempla los incrementos pensionales por persona a cargo, y en el artículo 289 se derogan todas las disposiciones que le sean contrarias. Así, si bien la promotora del proceso fue beneficiaria del régimen de transición consagrado en dicho estatuto, por lo que la pensión se le concedió conforme a lo regulado en el Acuerdo 049 de 1990, esto no significa que los incrementos por persona a cargo tengan viabilidad, ya que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solamente se aplica en lo que hace a la edad, al tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión (porcentaje) respecto del régimen anterior "las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley", precisando que la norma reguladora es el mentado artículo 36, el que se debe utilizar íntegramente conforme al principio de inescindibilidad, mas no el régimen anterior, porque es aquel el que permite el empleo de la regulación pasada en los términos ya referidos. De ahí, que las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes reconocidas con

posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, bajo el acuerdo 049 de 1990, no tienen derecho a los incrementos por persona a cargo.

Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019, dilucidó las discrepancias de algunas salas de revisión sobre el punto, y concluyó que:

> *"…salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 (sic) desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015…"*

Con lo que se busca asegurar la unidad de interpretación constitucional en el ordenamiento jurídico en condiciones de igualdad y para mantener la seguridad jurídica, valor trascendental de la vida en sociedad. Tampoco es pertinente acoger el principio de favorabilidad, para decidir la controversia planteada, dado que no existen dos normas que consagren el derecho a los incrementos pensionales o duda sobre cuál se debe aplicar (Art. 21 CST), es únicamente el mentado artículo 36, por lo que, en los aspectos no vislumbrados, se entiende derogados, como ya de puntualizó.

Acorde con el anterior criterio y atendiendo a que en el caso que nos ocupa la pensión de vejez que fue reconocida a la actora tiene como fecha de causación el 1° de octubre de 2010, a través de la Resolución No. 100154 del 17 de enero de 2011, bajo los parámetros del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (archivo 06 del expediente digital), es patente que la accionante no tiene derecho a los incrementos pensionales del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, pues no se encontraban vigentes para la fecha en que causó la pensión de vejez, siendo del caso revocar la sentencia consultada para, en su lugar, absolver a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar la sentencia consultada para, en su lugar, absolver a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra.*
Segundo.- *Sin costas en este grado jurisdiccional.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUILLERMO DE LA TORRE FRANCO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

Reconocer personería al abogado Jaime Andrés Zuluaga Castaño quien se identifica con C.C. No 1.053.806.084 y la T.P. No. 287.279 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Guillermo de la Torre Franco, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se ordene la corrección de su historia laboral como consecuencia del traslado de $237.801.979,oo realizado por la AFP Porvenir SA el 23 de agosto de 2017, por concepto de aportes correspondientes a los ciclos diciembre de 2013 a octubre de 2017. De igual manera, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 13 de junio de 2018 solicitó ante Colpensiones la corrección de su historia laboral teniendo en cuenta que el 23 de agosto de 2017 Porvenir SA trasladó $237.801.979,oo por concepto de aportes a pensión; el 7 de septiembre de 2018 Colpensiones respondió que estaba adelantando la investigación administrativa; a la fecha de presentación de la demanda Colpensiones no ha dado respuesta de fondo a la reclamación presentada, ni ha corregido su historia laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 01 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta emitida el 7 de septiembre de 2018; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le

constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó buena fe, prescripción, inexistencia de intereses moratorios, y la innominada o genérica.

Por auto del 17 de septiembre de 2019 se dispuso vincular al trámite a Porvenir SA en calidad Litis Consorte Necesario, quien no allegó escrito de contestación, pese a que fue debidamente notificada; razón por la cual mediante proveído del 27 de febrero de 2020 se le tuvo por no contestada la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 018 del expediente digital), en la que condenó a Colpensiones a corregir y actualizar los siguientes periodos cotizados por el demandante:

PERIODO	*COMPUTO DE SEMANAS-IBL REPORTADO*
	IBL
Ciclo de diciembre de 2013	*$14.737.000,oo*
Del 1˚ de enero al 31 de diciembre de 2014	*$15.400.000,oo*
Del 1˚ de enero al 31 de diciembre de 2015	*$16.108.750,oo*
Del 1˚ de enero al 31 de octubre de 2016	*$17.263.000,oo*
Ciclo de noviembre de 2016	*Deberán ser tenido en cuenta los 30 días laborados, teniendo en cuenta el IBC reportado por cada empleador, conforme a la parte motiva de esta providencia.* *Esto es 30 días cotizados por Unilever Andina Colombia Ltda. con un IBC de $5.232.000,oo y 16 días cotizados por Abbott Laboratories de Colombia SA con un IBC de $9.187.00,oo*
Ciclo de diciembre de 2016	*$17.225.000,oo*
Del 1˚ de enero al 30 de octubre de 2017	*$18.442.925,oo*

Absolvió a Porvenir SA de todas las pretensiones formuladas en su contra. Condenó en costas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que es un tercero de buena fe y plasmó en la historia laboral la información que le fue suministrada por la administradora del RAIS

al momento de aceptar el traslado del actor; por lo que no se configura presupuesto alguno para emitir condena en su contra.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia ratificando los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación.

La demandada Porvenir SA y el extremo demandante también presentaron alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión del a quo.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

CORRECCIÓN DE HISTORIA LABORAL

Se encuentra acreditado en el proceso que el 13 de agosto de 1999 Guillermo de la Torre Franco suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir SA, la cual se hizo efectiva a partir del 1° de octubre de ese mismo año. De igual manera, está probado que el accionante se trasladó a Colpensiones el 31 de mayo de 2003, motivo por el cual el 23 de agosto de 2017 Porvenir SA giró a Colpensiones la suma de $237.801.979,oo correspondiente a los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del accionante; tal como se establece con los documentos obrantes en el expediente administrativo.

Ahora, en el sub lite solicita el accionante la corrección de su historia laboral aduciendo que no se ven reflejados los ciclos comprendidos de diciembre de 2013 a octubre de 2017, pese a que se encuentran cubiertos con las sumas giradas por Porvenir SA a Colpensiones.

Al respecto, resulta pertinente señalar que en la historia laboral expedida por Colpensiones el 23 de octubre de 2020 se reportan en "0.00" los tiempos aquí reclamados, pese a que en el documento denominado "DETALLE DE APORTES (REZAGOS) GIRADOS EN EL PROCESO NO VINCULADOS A OTRA AFP", que contiene la relación detallada de los aportes trasladados y semanas cotizadas, se verifica que los dineros correspondientes a las cotizaciones efectuadas por los periodos diciembre de 2013 a octubre de 2017 sí fueron efectivamente girados a Colpensiones; como acertadamente lo concluyó el a quo. En consecuencia, dichos tiempos resultan válidos y deben ser computados en la historia laboral del promotor de la litis, sin que pueda asumir el afiliado los errores de Colpensiones ante la falta de verificación de la información sobre los aportes pensionales efectivamente realizados. Por lo que corresponde a la entidad de seguridad social accionada realizar la corrección de la historia laboral por los ciclos antes señalados, teniendo en cuenta los salarios reportados en el "DETALLE DE APORTES (REZAGOS) GIRADOS EN EL PROCESO NO VINCULADOS A OTRA AFP", y que se corresponden con los establecidos por el a quo, salvo el correspondiente a noviembre de 2016, ya que para este ciclo únicamente se verifican aportes por 16 días, con un IBC de $9.187.000,oo; imponiéndose modificar la decisión recurrida en este punto; no sin antes indicar que, sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia T- 343 de 2014 señaló:

> *"Las entidades administradoras de pensiones tienen a su cargo el manejo de las bases de datos contentivas de la información que comprende la historia laboral de los afiliados al régimen de seguridad social en pensiones ya sea en el régimen de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad.*
>
> *Esta información permite la verificación del cumplimiento de los requisitos que se deben acreditar para el reconocimiento de una prestación pensional, por ello, deben garantizar el adecuado manejo y conservación de los datos correspondientes a sus afiliados.*
>
> *La obligación de cuidado y custodia de los datos que conforman la historia laboral, comprende "las obligaciones de organización y sistematización de dicha información, de manera que se evite su pérdida o deterioro y la consecuencial afectación negativa de un reconocimiento[1]".*
>
> *Esta Corporación, en la sentencia T-855 de 2011[2] resaltó la importancia del cumplimiento de estas obligaciones. En este sentido expresó: "resulta clara la trascendencia del adecuado manejo de la información, por medio de la cual se constata el cumplimiento paulatino de tales requisitos, pues dicha información será la fuente de conocimiento de la que se servirán el afiliado y la entidad administradora, para solicitar o evaluar, respectivamente, el reconocimiento de las prestaciones económicas dispuestas en el sistema como mecanismos de cobertura de riesgos".*

---

[1] *Sentencia T-855 de 2011 MP Nilson Pinilla Pinilla*
[2] *MP Nilson Pinilla Pinilla.*

> *Entonces, como el adecuado manejo de la información respecto de la historia laboral de sus afiliados corresponde a las administradoras de pensiones, la Corte Constitucional[3] ha rechazado la negativa de reconocer una prestación pensional debido a inconsistencias en los reportes de cotización, pues los problemas operativos de las entidades son una problemática cuyas consecuencias no son oponibles al afiliado.".*

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el derecho pensional del demandante, en últimas, resulta imprescriptible. Así mismo, debe recordarse que, mientras esté en proceso de consolidación el derecho pensional, aquellas acciones tendientes a su construcción, como ocurre con la corrección de la historia laboral, son imprescriptibles, es decir, que en cualquier tiempo es viable para el afiliado solicitar a la entidad administradora su acomodo a la realidad, pues de ello dependerá el acceso a las prestaciones económicas. En consecuencia, en ese punto no se equivocó el sentenciador al declarar no probada dicha excepción.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> *"(…)*

---

[3] Sentencias T-558 de 2007, M. P. Jaime Araujo Rentería., T-214 de 2004 MP Eduardo Montealegre Lynett reiteradas en la sentencia T-494 de 2013 MP Luis Guillermo Guerrero.
[3] MP Luis Ernesto Vargas Silva. En igual sentido, sentencias T-855 de 2011 MP Nilson Pinilla Pinilla, T-482 de 2012 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-494 de 2013 MP Luis Guillermo Guerrero

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".*

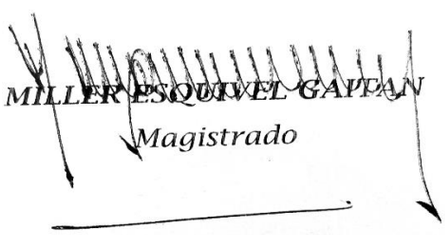
Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia. Argumentos por los que igualmente se le impondrá condena en costas a la recurrente en esta instancia, ante la improsperidad de su recurso.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que para el ciclo noviembre de 2016 únicamente se reportan 16 días de cotización, con un IBC de $9.187.000,oo.*
Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*
Tercero.- *Costas de las instancias a cargo Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respetiva la suma de $800.000,oo, por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN YANETH PADUA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 15 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Carmen Yaneth Padua, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a la AFP Porvenir

SA, para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración. De igual manera, se condene a Colpensiones a recibir a la actora en el RPMPD, como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 23 de julio de 1964; en enero de 1985 se afilió al sistema de seguridad social en pensiones, realizando cotizaciones al ISS; en 1999 los asesores de la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, le ofrecieron trasladarse al RAIS, manifestándole que tendría una mejor mesada pensional, omitiendo el deber de brindar información necesaria, suficiente y objetiva sobre las características de los regímenes y las consecuencias de su traslado; el 10 de septiembre de 2019 presentó reclamación ante Colpensiones, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 3 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al RPMPD, la reclamación presentada y la respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 9 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 17 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS a partir del 1° de noviembre de 1999, con destino a la AFP Porvenir SA. Declaró que la accionante se encuentra válidamente vinculada al RPMPD administrado por Colpensiones. Condenó a la AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y gastos de administración, estos últimos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a Colpensiones a que, una vez ingresen los valores ordenados, actualice la historia laboral de la accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que sí entregó la debida información a la accionante al momento del traslado y que no se demostró ninguna circunstancia que haya afectado la libertad de escogencia de régimen pensional. Agregó que la suscripción del formulario de afiliación se dio de manera voluntaria y esta decisión fue ratificada con las actuaciones adelantadas dentro del sistema, como la de efectuar aportes en el RAIS. Indicó que la ignorancia de la ley no es excusa, por lo que era un deber de la actora conocer el contenido de la Ley 100 de 1993; aunado a que, entre sus obligaciones como consumidora financiera, se encuentra la de verificar los términos y condiciones de los formatos que suscribe. Manifestó que no es posible devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, indexadas y con cargo a sus propios recursos, ya que fueron descontados por disposición legal y como contraprestación por la gestión realizada, en virtud de la cual se generaron altos rendimientos; en el evento de devolverse estos valores se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, afectando la sostenibilidad financiera del sistema. Por último, aseguró que las sumas objeto de condena se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.

Colpensiones afirmó que debe ser la AFP quien asuma las consecuencias de la omisión en el deber de información y debe tratar a la afiliada conforme a las reglas del RPMPD, incluyendo el reconocimiento de la pensión de vejez; con lo que se protegerían los dineros contenidos en el fondo común de Colpensiones. Aseguró que las sentencias proferidas en este tipo de procesos afectan gravemente la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, tanto Porvenir SA como Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al sustentar sus respectivos recursos.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas al momento de sustentar sus respectivos recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de

cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "los asesores de la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, le omitieron el deber de brindar información necesaria, suficiente y objetiva sobre las características de los regímenes y las consecuencias de su traslado", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del deber de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y en sentencia del de abril 2019, explicitó que:

> *"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*
>
> *Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*
>
> *Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
>
> *Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el 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 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 a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."*

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP a la afiliada, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 9 de septiembre de 1999. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, la representante legal de Porvenir SA, al absolver interrogatorio de parte, indicó que a la accionante se le brindó asesoría verbal y que la única prueba que existe de esta asesoría es el formulario de afiliación. A su turno, la demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que el 9 de septiembre de 1999 se encontraba en su lugar de trabajo, cuando fue visitada por un asesor de la AFP Colpatria; este asesor le dijo que iba de gestión humana para hacer la afiliación al RAIS, y le indicó que el ISS se encontraba en una crisis económica y que a partir de ese momento quienes se encargarían de las pensiones

serían los fondos privados, pero no le brindó mayor información sobre su traslado de régimen.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Porvenir SA en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS ni por los aportes efectuados en este régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 9 de septiembre de 1999, fecha de suscripción del formulario de afiliación con la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y, por tanto, justifica la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe

acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, "dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (…)" por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

> *"Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*
>
> *Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes."*

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por Porvenir SA relativas a que la ignorancia de la ley no es excusa y que la actora incumplió sus obligaciones como consumidora financiera; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones

concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral y de seguridad social, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil[1], el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su

[1] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.*

estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación, relativos a que no es posible devolver los gastos de administración, aduciendo que fueron descontados por disposición legal y como contraprestación por la gestión realizada, en virtud de la cual se generaron altos rendimientos; imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en el sentido de condenar a Porvenir SA a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; por lo que no hay lugar a compensación alguna. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

> *Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> *Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con "desequilibrios pensionales", entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria

de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se adicionará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

Por último, a fin de evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenivr SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segundo de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

***Primero.-** Adicionar el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores contenidos en la cuenta de ahorro*

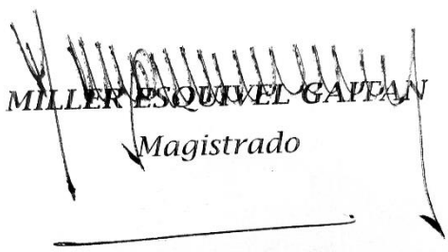
individual de la accionante con sus rendimientos y los gastos de administración, lo descontado por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Segundo.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Tercero.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Cuarto.- *Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de $800.000,oo a cargo de cada una de ellas por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA EUGENIA PATIÑO CARDOZO CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, CON INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE MÓNICA CORONADO

En Bogotá, D.C., a los diez (10) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por la demandante y por la interviniente ad excludendum contra la sentencia proferida el 23 de agosto de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

María Eugenia Patiño Cardozo, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la AFP Porvenir SA, para que se condene al reconocimiento y pago de

la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su cónyuge, Alirio Alvarado Lozano, a partir del 28 de abril de 2015; junto con las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 8 de abril de 1989 contrajo matrimonio por el rito católico con Alirio Alvarado Lozano, con quien convivió durante 26 años y procrearon dos hijos; Alvarado Lozano falleció el 28 de abril de 2015; el causante cotizó a Colpensiones desde 1998 hasta el año 2007, posteriormente se trasladó a Porvenir SA donde efectuó aportes de manera ininterrumpida hasta el 2015; al parecer el de cujus convivió de manera simultánea con Mónica Coronado, con quien sostuvo una relación durante aproximadamente los 4 años anteriores al deceso; en marzo de 2016 reclamó ante Porvenir SA el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Porvenir SA en forma legal y oportuna, sin oponerse a las pretensiones formuladas (archivo 01 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de fallecimiento del causante, y su negativa a reconocer la prestación reclamada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de causa para pedir, incumplimiento de los requisitos legales para acceder al pago de las pretensiones, ausencia de derecho sustantivo, buena fe de Porvenir SA, cobro de lo no debido, y la innominada o genérica.

Mediante auto del 6 de marzo de 2018, se dispuso vincular al trámite a Mónica Coronado García, como interviniente ad excludendum, quien presentó escrito solicitando que se reconociera a su favor la pensión de sobrevivientes, alegando su condición de compañera permanente del causante, con quien convivió durante los 5 años anteriores al deceso; de igual manera, peticionó el pago de los intereses moratorios, lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo denominado "Cd's y audios" del expediente digital) en la que absolvió a Porvenir SA de todas las pretensiones formuladas por la demandante principal y por la interviniente ad excludendum; condenando en costas a estas últimas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, la demandante y la interviniente ad excludendum interponen recursos de apelación, así: la accionante argumentó que estuvo casada con el causante desde el 8 de abril de 1989 hasta el momento del deceso, de dicha unión procrearon dos hijos, y convivió con el de cujus hasta el último día, pese a que no existió cohabitación por causas justificadas. Agregó que Alirio Alvarado Lozano siempre demostró interés en mantener la convivencia con la actora; y que Mónica Corona no acreditó la convivencia con aquel.

A su turno, la interviniente ad excludendum adujo que probó plenamente su convivencia con el causante durante los 5 años anteriores al deceso, conforme se establece con las documentales y los testimonios practicados. Indicó que María Eugenia Patiño no demostró este tiempo de convivencia.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las reclamantes al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – CÓNYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que Alirio Alvarado Lozano falleció el 28 de abril de 2015, como da cuenta su registro civil de defunción, y dentro de los 3 años anteriores al deceso cotizó un total de 153,85 semanas en la AFP Porvenir SA, conforme se establece con la Relación de Aportes expedida por la sociedad demandada (archivo 01 del expediente digital).

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar si las señoras María Eugenia Patiño Cardozo y Mónica Coronado García cumplen los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclaman con ocasión al fallecimiento de Alirio Alvarado Lozano.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 28 de abril de 2015, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual reza:

> *"Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
>
> *1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
>
> *2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: […]"*

También resulta pertinente referir el texto del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993:

> *"**Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*
>
> *b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*
>
> *Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

> *En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo*[1]*. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente […]"*

Consagran las normas transcritas dos situaciones distintas para acceder a la pensión de sobrevivientes, una, cuando el causante es afiliado al sistema de seguridad social, y otra, cuando éste es pensionado, para los que la ley establece requisitos diferentes; para los últimos se exige una convivencia mínima, y para los primeros simplemente el haber cotizado un número de semanas con anterioridad al fallecimiento.

En punto a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revaluó su posición en el entendido que el requisito mínimo de convivencia previsto para tener derecho a la pensión de sobrevivientes refiere únicamente al caso de muerte del pensionado, mas no cuando se trate del fallecimiento de un afiliado, pues para este último supuesto no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia. Así lo precisó en la sentencia SL1730-2020:

> *"Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada […]*
>
> *Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que "Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad.* ***Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes"*** *(subraya y negrilla fuera de texto).*
>
> *Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de* ***afiliados*** *al sistema no pensionados, y la de* ***pensionados****, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas,*

---

[1] *Aparte subrayado declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, únicamente por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño 'en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'.*

> *«convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*
> *[…]*
>
> *En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el* ***literal a)*** *del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación."*

Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias SL489 -2021, SL362-2021, SL1905-2021, SL5270-2021 y SL3943-2022.

Así, al establecer los límites personales y temporales para acceder a la pensión de sobrevivientes, los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 buscan un fin legítimo al proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallece, ante el reclamo ilegítimo de personas que no tendrían derecho a recibirla. Por otra parte, la norma persigue favorecer uniones que evidencien un compromiso de vida real, con vocación de permanencia. Ello orientado a proteger el patrimonio de la familia del pensionado o afiliado ante eventuales maniobras fraudulentas de personas que sólo persiguen el beneficio económico de la pensión de sobrevivientes a través de convivencias de última hora.

De conformidad con lo precedente, para la fecha del deceso del afiliado fallecido correspondía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión en forma vitalicia, bien a la cónyuge supérstite o a la compañera permanente, siempre y cuando acreditaren más de 30 años de edad, y el causante hubiese cotizado un mínimo de cincuenta semanas durante los tres años anteriores al fallecimiento; sin importar el tiempo de convivencia.

Dados los anteriores derroteros, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que, a la fecha del deceso de Alirio Alvarado Lozano, la demandante María Eugenia Patiño Cardozo acreditaba más de 30 años de edad, pues nació el 21 de diciembre de 1959, como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 01 del expediente digital). Para el caso de Mónica Coronado García, se observa que, al momento del fallecimiento, contaba con 29 años de edad, toda vez que nació el

23 de julio de 1985; por lo que, de acreditarse su calidad de compañera permanente del causante, únicamente tendría derecho a la pensión de sobrevivientes de manera temporal. En este orden de ideas, procede la Sala al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar si las accionantes demuestran sus condiciones de cónyuge y compañera permanente supérstite.

Obra en el expediente el registro civil de matrimonio con el que se acredita que Alirio Alvarado Lozano y María Eugenia Patiño Cardozo contrajeron matrimonio el 8 de abril de 1989, sin que aparezca nota marginal que afecte la vigencia del vínculo matrimonial (archivo 01 del expediente digital).

También fue aportada declaración extraproceso suscrita por Oscar Torres Torres y Yudidia Ortiz Hurtado el 3 de febrero de 2017, en la que hacen constar que "[c]onocimos de vista trato y comunicación al Señor ALIRIO ALVARADO LOZANO (Q.E.P.D.) […] en razón a que el Suscrito OSCAR TORRES TORRES fui vecino y amigo de él por un espacio de 14 años aproximadamente, y la Suscrita YUDIDIA ORTIZ HURTADO fui amiga de él y de su esposa por un espacio de 10 años aproximadamente, y los dos lo frecuentamos hasta el 28 de Abril de 2015, fecha de su fallecimiento […] Que por el conocimiento que tuvimos de él, sabemos que fue casado por lo católico, vivió bajo el mismo techo, el mismo lecho y el mismo comedor en forma continua y permanente con la señora MARIA EUGENIA PATIÑO CARDOZO […] desde el 8 de Abril de 1.989, hasta el 28 de Abril de 2015 fecha de fallecimiento de ALIRIO ALVARADO LOZANO (Q.E.P.D.) y que aparte de su esposa también convivió con una señora de nombre MONICA CORONADO GARCIA durante los últimos 4 años y medio de su vida aproximadamente" (archivo 01 del expediente digital).

Milita en el plenario declaración extrajuicio firmada por la demandante María Eugenia Patiño Cardozo el 4 de septiembre de 2016, en la que manifiesta "estuve casada durante Veintiséis (26) años toda vez que nunca nos separamos con el señor ALIRIO ALVARADO LOZANO (Q.E.P.D.) […] Unión que fue desde el 08 de Abril de 1989 hasta el 19 de Febrero de 2010 cuando él se ve de la casa, de cuya unión tuvimos Dos (02) hijos de nombres JENNY CAROLINA ALVARADO PATIÑO Y JUAN CARLOS ALVARADO PATIÑO en la actualidad mayores de edad y no tenía más hijos legítimos ni ilegítimos reconocidos ni por reconocer adoptivos matrimoniales ni extra matrimoniales y quien después de irse de la casa venía esporádicamente o nos encontrábamos […] es de aclarar que dependía económicamente de él desde el 09 de Abril de 1989 hasta el 19 de Febrero de 2010" (archivo 01 del expediente digital).

Fue allegada declaración extraproceso firmada por Félix Alberto León Castro el 11 de mayo de 2015, en la que afirma que conoció a Alirio Alvarado Lozano por 4 años en razón a un lazo de amistad y "[m]e consta que el señor ALIRIO ALVARADO LOZANO

y MONICA CORONADO GARCIA convivían en unión marital de hecho, aproximadamente desde hace cuatro (4) años hasta el día del fallecimiento del señor ALIRIO ALVARADO LOZANO, el cual ocurrió aproximadamente 10 días" (archivo 01 del expediente digital).

En similares términos, en la declaración extrajuicio firmada por Leonor Acevedo Acevedo el 11 de mayo de 2015, se lee que fue amiga del causante durante 5 años y "[m]e consta que el señor ALIRIO ALVARADO LOZANO, fallecido y MONICA CORONADO GARCIA, se conocieron aproximadamente para el año 2007, e iniciaron a convivir en unión marital de hecho, desde comienzos del año 2010, formalizando así una relación estable de manera permanente y singular, relación que se mantuvo hasta el fallecimiento del señor ALIRIO ALVARADO LOZANO, el cual ocurrió el día 28 del mes de Abril del año 2015" (archivo 01 del expediente digital).

Adicionalmente, fueron aportadas las siguientes pruebas documentales relevantes: i) certificación expedida por Coomeva EPS el 13 de octubre de 2015, en la que hace constar que Mónica Coronado García se encontraba afiliada como beneficiaria en salud de Alirio Alvarado Lozano desde el 26 de septiembre de 2014, en calidad de "CONYUGE"; ii) reclamación presentada de manera conjunta por María Eugenia Patiño Cardozo y Mónica Coronado García ante Porvenir SA, indicando que "es nuestro deseo que dicha mesada pensional se distribuya de manera equitativa en un porcentaje igual para las dos partes, esto es en un cincuenta por ciento para cada una de las reclamantes (50% C/u)"; y iii) respuesta emitida por la AFP accionada el 15 de febrero de 2017 negando la pensión de sobrevivientes, con fundamento en que el acuerdo presentado por las reclamantes no es el documento idóneo para definir de fondo el derecho sobre la prestación pensional (archivo 10 del expediente digital).

A su turno, Mónica Coronado García, al absolver interrogatorio de parte, afirmó que conoció al causante en el año 2007 como compañero de trabajo en una empresa de procesamiento de truchas; en el 2009 iniciaron un noviazgo y el 10 de febrero de 2010 se fueron a vivir juntos en Iza (Boyacá), vereda San Miguel, en una casa que tomaron en arriendo propiedad del señor Luis Estupiñán, y pagaban de arriendo $220.000,oo o $250.000,oo. Añadió que el afiliado fallecido duró un año viviendo en casa de su hermana (Alicia Alvarado Lozano) y se aburrió ahí y le dijo que se fueran a vivir juntos. Dijo que Alirio Alvarado Lozano falleció de cáncer y que durante su enfermedad ella fue la única que lo cuidó, junto con la hermana Alicia Alvarado Lozano. Indicó que el causante la afilió a la EPS Coomeva meses antes del deceso, y no lo hizo antes porque le dijeron que, de hacerlo, ella perdería

el beneficio de familias en acción. Afirmó que el de cujus falleció en la casa de Iza, porque cuando llegaron a la clínica en Sogamoso ya no tenía signos vitales.

Por su parte, la demandante María Eugenia Patiño Cardozo, al absolver interrogatorio de parte, indicó que contrajo matrimonio con el afiliado fallecido el 8 de abril de 1989 y convivió con él hasta el 19 de febrero de 2010, en Aquitania (Boyacá); de dicha unión procrearon dos hijos de nombres Kelly Carolina y Juan Carlos Alvarado, nacidos el 11 de mayo de 1989 y el 17 de febrero de 1994, respectivamente. Aseguró que el causante falleció el 28 de abril de 2015 y para ese momento convivía con Mónica Coronado García, aunque desconoce desde qué fecha inició esa convivencia.

Se recibió el testimonio de Óscar Emilio Castillo Garzón, quien manifestó conocer a Alirio Alvarado Lozano "de toda la vida", ya que trabajaron juntos desde 1990 hasta aproximadamente el 2010 o 2011, razón por la cual le consta que estaba casado con María Eugenia Patiño Cardozo, con quien convivió hasta esos años y procreó dos hijos. Agregó que en el 2010 o 2011 el causante se fue a trabajar a un criadero de trucas, en Iza (Boyacá), y allí vivió sus últimos días. Manifestó no conocer a Mónica Coronado García.

El testigo Félix Alberto León Castro, compañero de trabajo de Mónica Coronado García en un restaurante llamado Las Palmas, aseguró que conoció al causante desde el 2009 o 2010 porque vivía con la señora Mónica Coronado en el municipio de Iza, vereda San Miguel. Dijo que desde esas fechas siempre los vio viviendo juntos; lo que le consta porque iba a visitarlos. Añadió que el de cujus falleció en el año 2015 como consecuencia de un cáncer, duró enfermo aproximadamente un año y, cuando iba a visitarlo, siempre veía a Mónica y a una hermana de él cuidándolo.

También rindió testimonio Juan Carlos Alvarado, hijo del causante y María Eugenia Patiño, quien informó que sus padres convivieron hasta febrero de 2010 y sabe que su padre convivió con Mónica Coronado desde el 2014 en el municipio de Iza.

Por último, la testigo Leonor Acevedo Acevedo, compañera de trabajo de Mónica Coronado en el restaurante Las Palmas, afirmó que conoció al causante en el 2009 o 2010 y siempre lo vio conviviendo con Mónica.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

i) A pesar de no haberse disuelto el vínculo matrimonial que ató a María Eugenia Patiño Cardozo con el causante, lo cierto es que el 19 de febrero de 2010 cesó definitivamente la comunidad de vida en común que existió entre ellos, tal como lo reconoció Patiño Cardozo y fue corroborado por el dicho de su hijo Juan Carlos Alvarado, sin que la parte actora hubiese acreditado causal alguna que justifique tal separación; y

ii) en los últimos años de vida Alirio Alvarado Lozano convivió con Mónica Coronado García, según se extrae de los testimonios de Félix Alberto León Castro, Juan Carlos Alvarado y Leonor Acevedo Acevedo, así como de lo confesado por María Eugenia Patiño Cardozo; siendo Mónica Coronado quien lo acompañó en su enfermedad hasta el último de sus días.

En consecuencia, y contrario a lo concluido por el a quo, corresponde el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las dos reclamantes, en proporción al tiempo de convivencia, en tanto ambas acreditaron una convivencia con el causante, que para el caso de la cónyuge puede ser en cualquier tiempo (SL1399-2018); obteniéndose los siguientes porcentajes:

- *María Eugenia Patiño Cardozo, en forma vitalicia: 80% (08/04/1989 al 19/02/2010).*
- *Mónica Coronado García, en forma temporal por una duración máxima de 20 años: 20% (10/02/2010 al 28/04/2015), pues si bien Leonor Acevedo Acevedo en su declaración extrajucio manifestó que la convivencia entre Mónica Coronado y el causante inició a comienzos de 2010, fue la misma Coronado García quien reconoció que dicha convivencia comenzó en fecha posterior, 10 de febrero de 2010.*

Correspondiéndole a Porvenir SA pagar a las dos reclamantes el retroactivo pensional causado desde el 29 de abril de 2015, tomando como base una mesada en cuantía equivalente a un smlmv, ya que al aplicar los parámetros establecidos en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 se obtendría una mesada pensional en cuantía inferior al smlmv, lo cual está proscrito por el citado artículo. Prestación que deberá reconocerse por 13 mesadas al año; para lo cual se autoriza a la AFP accionada a efectuar los descuentos que por los aportes en salud deben asumir las

pensionadas con el fin de no alterar el correcto funcionamiento del sistema de seguridad social (CSJ sentencia SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015). Retroactivo que deberá pagarse debidamente indexado a efecto de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. Resultando pertinente destacar que las sumas aquí reconocidas no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, toda vez que la prestación se causó a partir del 29 de abril de 2015 y la demanda se radicó el 15 de diciembre de 2017, esto es, antes de transcurridos los 3 años de que tratan los artículos 151 del CPT y SS y 488 y 489 del CST.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, condenar a la AFP Porvenir SA a reconocer y pagar a María Eugenia Patiño Cardozo y a Mónica Coronado García la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Alirio Alvarado Lozano, a partir del 29 de abril de 2015, en cuantía equivalente a un smlmv, por 13 mesadas, correspondiéndole a María Eugenia Patiño Cardozo un 80% de la mesada y a Mónica Coronado García el restante 20%. Retroactivo que deberá pagarse debidamente indexado; para lo cual se autoriza a Porvenir SA a efectuar los descuentos que por los aportes en salud deben asumir las pensionadas.*

Segundo*.- El porcentaje correspondiente a Mónica Coronado García se reconoce en forma temporal por una duración máxima de 20 años, momento en el cual cesará su pago y se acrecentará el porcentaje otorgado a María Eugenia Patiño Cardozo, quien desde ese momento lo percibirá en un 100%.*

Tercero.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA *LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE*