

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

TSB SECRET S. LABORAL

4388 15 SEP 20 PM 4:43

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAIME JIMÉNEZ MERCHÁN** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, I.N.G.-PROTECCIÓN S.A. FONDO DE PENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.**

EXP. 11001-31-05-038-2018-00049-01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**, **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que PORVENIR S.A., I.N.G.-PROTECCIÓN S.A. FONDO DE PENSIONES y OLD MUTUAL S.A., no lo asesoraron de manera correcta y juiciosa, toda vez que no se le informó de las consecuencias del traslado al R.A.I.S., y en consecuencia que se decretara la nulidad o ineficacia del traslado; que se ordenara a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES como administradora del R.P.M. los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, como si nunca se hubiese surtido el traslado al R.A.I.S., y que se ordenara a COLPENSIONES aceptar el traslado. Consecuencialmente, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas.

Para el efecto, manifestó que nació el 11 de abril de 1959, según consta en el documento de identificación; que se afilió al extinto I.S.S desde el 24 de junio de 1987 ,(f.º100); que inicialmente el 24 de octubre de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo PORVENIR S.A., haciéndose efectivo el traslado a partir de 1.º de diciembre de 1996, y posteriormente se trasladó a varias A.F.P.; que no se le brindó información profesional e imparcial sobre las consecuencias del traslado, ni sobre los posibles montos de pensión con los cuales se pensionaría en cada uno de los regímenes; que actualmente se encuentra afiliado a PORVENIR S.A.; que el 11 de octubre de 2017, COLPENSIONES le dio respuesta al demandante sobre la solicitud de traslado, manifestándole que no eras procedente toda vez que se encontraba con menos de 10 años del requisito del tiempo para pensionarse.

Señaló, que solicitó a las diferentes administradoras de pensiones a las que estuvo afiliado, información sobre las asesorías

y proyecciones de su pensión de vejez recibidas al momento del traslado de régimen, a lo que las A.F.P., le respondieron que si le había brindado asesoría del caso; que radicó solicitud de información sobre el valor de su mesada pensional, y que la A.F.P., le informó sobre el valor de la mesada pensional en cada régimen, conforme a la simulaciones aritméticas realizadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 30 de enero de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 65).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen del demandante se llevó a cabo de forma libre y voluntaria, y que no se lograron demostrar vicios en el consentimiento en el momento en que se efectuó. Igualmente, manifestó que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa para no asumir las consecuencias que de allí se deriven, y que la ley siempre ha sido clara en establecer que el afiliado únicamente podrá cambiarse de régimen cuando le faltaran 10 años o más, para cumplir la edad mínima requerida para adquirir el derecho de pensión (f.º 83 a 102).

Propuso como excepciones la de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el R.P.M., buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora, alegando en su favor que la información

suministrada a la demandante fue acorde con las disposiciones legales, y que su decisión de trasladarse de régimen pensional fue libre, espontánea y sin presiones, teniendo en cuenta que en el formulario de afiliación que suscribió, manifestó tener pleno conocimiento del proceso de vinculación (f.º 152 a 180).

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo. (f.º 163 y ss).

OLD MUTUAL S.A. luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que brindó toda la información y explicación respecto de las consecuencias legales y económicas del traslado, así como las ventajas y desventajas, y demás aspectos relevantes para que la demandante de manera libre y voluntaria, adoptara su decisión de suscribir el formulario de afiliación, (f.º 122 a 151). Propuso la excepción de pago.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.**, luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que brindó toda la información y explicación respecto de las consecuencias legales y económicas del traslado, así como las ventajas y desventajas y demás aspectos relevantes, para que la demandante de manera libre y voluntaria, adoptara su decisión de suscribir el formulario de afiliación. Habló también sobre la declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la A.F.P., y de la Buena fe por parte de su poderdante.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en

sentencia de 11 de septiembre de 2019, ABSOLVIÓ a las demandadas PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A., I.N.G.-PROTECCIÓN S.A. FONDO DE PENSIONES y COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; condenó en costas al demandante, y concedió recurso de apelación a las demandadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, en síntesis, sustentó que el análisis de las pruebas se realizó de forma subjetiva, toda vez que se configuró un vicio de consentimiento, como quiera que no se tuvo por acreditado que el traslado obedeció a un engaño; que se generó un perjuicio al demandante porque la diferencia en el monto pensional entre ambos regímenes es realmente considerable, y por último, que no se tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, la sentencia SL1452-2019, que señala que la carga de la prueba está en cabeza del fondo y explica completamente todo lo relacionado con la ineficacia del traslado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 11 de abril de 1959 (f.º 16); **ii)** que a 31 de diciembre de 1994 tenía un total de 438.43 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 100); **iii)** y que inicialmente, el 24 de octubre de 1996, se

trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 164), y posteriormente se trasladó a otros fondos de pensiones.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y

sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen (f.º46). En el recuadro denominado 'voluntad de afiliado', se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *"Hago constar que realizo de forma libre, espontánea, y sin presiones, la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR, para que sea la única que administra mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos"*.

Entonces, en principio, se tiene claramente que la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (sentencias SL-4964 de 2018, SL-19447 de 2017, SL-17595 de 2017, STL-1677 de 2019, SL-413 de 2018, SL-1688 de 2019, SL-1451 de 2019 y SL-1452 de 2019, entre otras) señala que la falta de información completa y comprensible por parte de la administradora de pensiones, puede configurar un engaño, que conlleve a la anulación del traslado, situación que no se da en el presente caso; no obstante el Tribunal de Cierre en dichas providencias resalta las condiciones o expectativas pensionales de los trabajadores demandantes al momento del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, las que de resultar vulneradas con el traslado pueden conllevar a la ineficacia del mismo; lo cual se materializa en que el afiliado ya cuente con un derecho consolidado, que le genere una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y es que realmente surgen interrogantes como: ¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse al accionante quien contaba con 35

años de edad para el 1° de abril de 1994, que para esa data tenía un total de 438.43 semanas cotizadas, y se encontraba en plena formación de su derecho de pensión?

Así las cosas, para el año de 1994, el demandante contaba con 35 años, es decir, según la norma que se encuentra vigente -Ley 797 de 2003- le faltaban aproximadamente 27 años para cumplir la edad de 62 años, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su afiliación inicial a PORVENIR S.A. le cercenó ese derecho.

Por lo que se infiere, que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a PORVENIR S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando en el interrogatorio el actor indicó que estuvo de acuerdo con la información suministrada por PORVENIR S.A., mediante el cual dicha entidad le realizó un cálculo del valor de los mesadas pensionales en cada régimen. De igual forma, admitió siempre recibió información de su fondo de pensiones, y que cuando hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión consideró que la información suministrada por PORVENIR S.A. era confiable, pero no suficiente.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información señalada por el demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al Régimen de Ahorro Individual pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional etc., situaciones estas que

son excluyentes del Régimen de Prima Media, que el actor manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el Régimen de Prima Media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL-1452 de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que el actor consideró que PORVENIR S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliado. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de PORVENIR S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación PORVENIR S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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

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

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa, porque como ya se analizó en párrafos anteriores, no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1995, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al

punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que el demandante se vinculó a ella.

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

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría, al punto que se le informó que no le convenía un traslado de régimen, y pese a esa información optó por el mismo.

Aunado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), donde se reitera que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada al demandante, lo cual se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte por el demandante.

El anterior análisis probatorio desvirtúa el argumento del recurso de apelación de que no se acogió la postura de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que impone la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado al fondo de pensiones, ya que es el propio dicho del demandante el que corrobora primero que se le informó que no le convenía trasladarse de régimen, segundo las características del Régimen de Ahorro Individual, y tercero que era conocedor de las características del Régimen de Prima Media.

Aunado a que la información ofrecida por Porvenir al demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, el actor, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre lo llevó a continuar afiliado al régimen de ahorro individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que el demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, tal como se concluye en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68838, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que el demandante es una persona que se encuentra ad portas de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que

las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401 de 2016 cuando expuso:

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

Así mismo, en la sentencia C-083/19, señaló que:

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

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

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo anterior, lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados para garantizar la sostenibilidad, equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo en el Régimen de Prima Media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 24 de octubre de 1996, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la

información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a PORVENIR S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se prueban los vicios del consentimiento consagrados en las normas legales antes citadas, en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

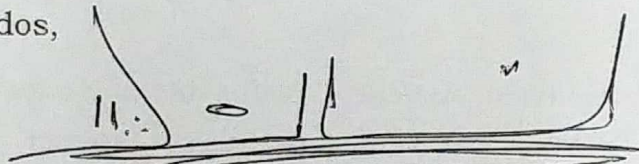
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

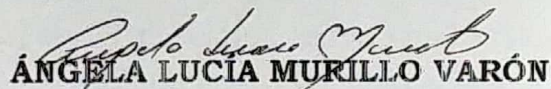
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

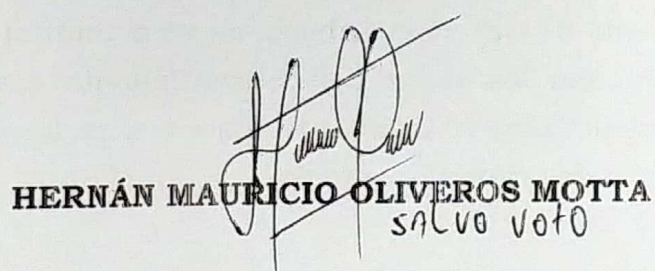
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
salvo voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JESÚS STIVEN VARÓN ROJAS** en contra de **SEGURIDAD Y SEÑALIZACIÓN VIAL LTDA y JORGE ALIRIO PORRAS PARRA**.

EXP. 11001 31 05 019 2014 00357 01

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la empresa demandada contra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que existe un contrato de trabajo con la persona natural demandada, desde el 20 de junio de 2011, por tanto que sea condenado, en su calidad de propietario

de la empresa demandada al pago de la indemnización que le corresponde de acuerdo con la calificación emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, las incapacidades de las que fue objeto con motivo del accidente laboral acaecido el 29 de junio de 2011, los salarios dejados de cancelar por haber sido sancionado con 2 meses de suspensión, encontrándose en estado de incapacidad, más los aportes a riesgos laborales, salud y pensión, para evitar la desatención originada por su no pago desde que inició el vínculo (f.º 4, 5).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que las labores por las cuales fue contratado el 20 de junio de 2011, fue las de realizar demarcación y señalización de vías en el perímetro urbano de la ciudad de Bogotá; el 29 de junio de 2011, sufrió un accidente en desarrollo de su labor, pero al acercarse a la Clínica San Rafael, le indicaron que no tenía cobertura por no estar afiliado a la E.P.S. Salud Total y porque su empleador no pagó los aportes, mientras que la A.R.L. Positiva Compañía de Seguros, le negó la atención por haber sido afiliado solo hasta el día del accidente, por lo que la cobertura iniciaba el día siguiente.

Señaló, que su empleador reportó el accidente de trabajo en el formato correspondiente solo hasta el 1.º de julio de 2011; fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, con un 34.55% de P.C.L.; entre el 10 de febrero y el 11 de marzo de 2014, estuvo incapacitado, y el empleador lo llamó a rendir descargos por supuestas faltas cometidas en el servicio, y lo suspendió por 2 meses (f.º 3, 4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 16 de junio de 2014, auto adicionado el 3 de junio de 2016, ordenando la notificación y traslado a los demandados (f.º 81, 114), quienes contestaron así:

La **persona natural** demandada, se opuso a lo pretendido con el argumento de que nunca tuvo una relación laboral con el demandante, pues quien lo contrató fue la empresa demandada y propuso como excepción de mérito la denominada falta de legitimación en la causa por pasiva (f.º 110-112).

La **compañía** encartada, sostuvo que la fecha en la que ingresó el demandante fue el 28 de junio de 2011, que fue suspendido el 14 de enero de 2014, debido a los múltiples llamados de atención porque no siempre acató en debida forma las órdenes impartidas, además no estuvo suspendido mientras estaba incapacitado porque la incapacidad inició 27 días después, y que el accidente ocurrido no fue laboral, sino de tránsito; en su defensa propuso las excepciones de falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, prescripción (f.º 120-135)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de agosto de 2019, declaró que entre el demandante y la empresa demandada, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de junio de 2011 al 14 de marzo de 2014; en consecuencia, condenó a dicha demandada al pago de \$9.105.200 por concepto de indemnización por incapacidad permanente parcial derivada del accidente de trabajo, junto con la indexación al momento

de su pago, los aportes a seguridad social causados entre el mismo interregno, más las costas, la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra, y a la persona natural demandada, lo absolvió de todas los pedimentos.

Para lo que interesa a la alzada, motivó la decisión en que el hecho que involucró al trabajador fue un accidente de trabajo, toda vez que se presentó por causa y con ocasión de su trabajo, pues al momento de los hechos estaba trabajando para la empresa y en horarios dispuestos por la misma, desarrollando funciones propias del objeto social de la empresa, y como la empleadora no cumplió con la obligación de afiliar a su trabajador al sistema de riesgos laborales en tiempo, es responsable de las prestaciones económicas y asistenciales que se otorgan en dicho sistema. Adujo, que no quedó probado que al momento de la terminación se encontrara en estado de incapacidad, ni se aportaron soportes de las incapacidades que hubiera gozado el demandante, por lo que no accedió al pago de los salarios reclamados (f.º 194, 196).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las partes apelaron así:

El **demandante** sostuvo, que sí se acreditó que al momento en que fue suspendido sí se encontraba incapacitado, porque ello ocurrió entre el 14 de enero y el 14 de marzo de 2014, siendo su reintegro a las instalaciones de la demandada, el 15 de marzo de dicha anualidad, pero estuvo incapacitado entre el 10 de febrero y el 11 de marzo de 2014; solicita se emita pronunciamiento acerca de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 2001.

La **sociedad demandada** argumentó que se acreditó que no hay un nexo de causalidad entre las lesiones culposas sufridas por el demandante, y el desempeño y ejecución de las funciones del demandante, el accidente no fue ocasionado por el desempeño y ejercicio propio de las funciones del cargo que desempeñó sino que fue un accidente de tránsito, máxime cuando se demostró que el conductor que lo atropelló es irresponsable por haber estado embriagado; que para el momento de la suspensión y de la terminación del contrato de trabajo no se encontraba incapacitado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por cuestiones de método, esta Sala de decisión verificará inicialmente, si el suceso acaecido el 29 de junio de 2011 clasifica como un accidente de trabajo; luego, si para el momento de la suspensión y de la terminación del contrato de trabajo, el demandante se encontraba incapacitado, y si hay lugar a conceder la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 2001.

El accidente de trabajo se define como un suceso repentino que sobrevenga con causa u ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, invalidez o muerte; que igualmente se produzca en ejecución de las órdenes del empleador o de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horario del trabajo.

En el presente caso, está al margen de la discusión, que el vínculo laboral sostenido con entre los apelantes inició el 28 de junio de 2011, y que las labores por las cuales fue contratado el demandante fueron las de realizar demarcación y señalización de vías

en el perímetro urbano de la ciudad de Bogotá, tal y como fue admitido por la sociedad demandada al contestar los hechos 1.º y 2.º de la demanda.

Tampoco se desconoció que el 29 de junio siguiente tuvo un accidente, por el cual el demandante sufrió una herida compleja en el muslo izquierdo con alta sospecha de lesión nerviosa periférica y de compromiso arterial ipsilateral, como da cuenta la historia clínica aportada a f.º 14 y 15.

Sin embargo, a pesar de haber sido negada esta situación por la empleadora, esta diligenció el informe para presunto accidente de trabajo del empleador o contratante n.º 1291412, señalando que fue el 30 de junio de 2011 que ocurrió el accidente, a las 23:15 realizando su labor como encargado de servicios de apoyo a la producción, suceso en el que resultó atropellado con lesión de fracturas múltiples, dado que el *«grupo de trabajo haciendo labores de señalización vial en la autopista sur frente a la entrada de Madelena, cuando una camioneta violentó el cierre de señalización y atropelló a 2 operarios que estaban en el sitio de trabajo»* (f.º 18, 21); motivo por el que ante esta imprecisión en la información dada por la compañía frente a lo que se registró en la historia clínica, la A.R.L. Positiva negó la cobertura del evento mediante comunicación n.º 25000, por cuanto la afiliación a riesgos laborales, quedó registrada el 29 de junio de 2011 a las 3:46 p.m., mientras que el accidente ocurrió en horas anteriores (f.º 19, 20, 23, 50).

Ahora bien, si se observan las actividades enunciadas en dicho informe y las señaladas en la demanda y contestación como ejecutadas por el demandante, se constata que son totalmente afines a las del objeto social que se observa en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad encartada que obra a f.º 93, 94, 156 y 157 que se contrae a *«construcción de obras de ingeniería civil, trabajos de pintura y terminación de muros y pisos, alquileres de equipo para construcción y*

demolición, actividades de arquitectura e ingeniería y actividades conexas de atesoramiento técnico, en general toda actividad relacionada con la ingeniería como también la semaforización, señalización vertical y horizontal de vías urbanas y rurales comprendiendo el diseño y fabricación de señales de tránsito y vallas publicitarias, así como la aplicación de todo tipo de punturas de tráfico en caliente y en frío, además podrá hacerse toda clase de montajes y la construcción de obras civiles en calidad de contratista para entidades públicas y privadas (...).

Por lo anterior, la persona natural demandada admitió que para el momento del accidente, el demandante junto con otros compañeros iban a hacer un cierre vial provisional, toda vez que debía pasarle a ellos los conos respectivos y limpiar los instrumentos de trabajo; lo que también corroboró el testigo John Alexander Hernández Triviño, quien sostuvo haber sido compañero de trabajo del demandante y también víctima en el mismo accidente automovilístico en el que resultó lesionado Jesús Varón Rojas, mientras que en compañía de 3 trabajadores más, estaban ejecutando labores ordenadas por la empleadora de cerrar la vía con 2 conos y una barricada, para pintar la señalización vial sobre el carril del centro de la autopista sur, en uso de sus overoles con reflectivo anaranjado, botas industriales y guantes, y agregó, que por ese impase estuvieron hospitalizados él y el demandante, con sus posteriores cirugías e incapacidades.

De manera que, a pesar de que el demandante fue arrollado por un vehículo en el área urbana y fuera de las instalaciones de la empresa, que conllevó la movilización del personal de tránsito adscrito a la Secretaría de Movilidad de la Alcaldía Mayor de Bogotá, como dan cuenta el croquis, el informe policial de accidentes de tránsito y el informe técnico de medicina legal de lesiones no fatales (f.º 144-150), con la correspondiente hospitalización en la Clínica San Rafael hasta el 26 de agosto de 2011 (f.º 14, 15), y la denuncia penal con radicación 110016000019201106361, archivada por conciliación surtida entre el demandante y su compañero aquí testigo, como

denunciantes y el querellado, ante la Fiscalía General de la Nación (f.º 181-182, 184-191 cuad. ppal y cuad. de anexos); lo cierto es que tal suceso sí configura un accidente de trabajo, teniendo en cuenta que se produjo con ocasión del trabajo para el cual fue contratado, en compañía de sus compañeros de trabajo con quienes se encontraba en ese preciso instante ejecutando las órdenes del empleador, sin que este pueda sustraerse habilidosamente de las obligaciones que como tal legalmente le competen con su trabajador desde el primer día en que lo contrató; de ahí que le asiste la razón a la *a quo*, confirmándose en este punto la sentencia apelada.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la incapacidad que a juicio del demandante se encontraba gozando antes de que su empleador lo suspendiera, si bien no es cierto lo aducido por la *a quo* en relación con que no se acreditó ninguna de las incapacidades que gozó el actor, en la medida en que sí aparece en la historia clínica que le dieron incapacidad por 30 días a partir del 26 de agosto de 2011, 5 días entre el 13 de julio y el 17 de julio de 2012, 30 días del 10 de febrero al 11 de marzo de 2014, 30 días del 2 de octubre al 3 de noviembre de 2014 (f.º 14, 53, 55, 66, 70, 136), la realidad es que, para el 14 de enero de 2014, cuando le fue impuesta la sanción de suspensión por 60 días, debido a una falta grave que cometió frente al reglamento interno del trabajo de conformidad con el acta de descargos que se elevó ese mismo día (f.º 73-76, 137-140), no se encontraba incapacitado.

Además, el hecho de que la suspensión hubiera corrido hasta el 14 de marzo siguiente, para ser reintegrado el día 15 de los mismos mes y año, no significa que se debe tener en cuenta en forma retroactiva, la incapacidad que gozó por 30 días del 10 de febrero al 11 de marzo de 2014; de ahí la sinrazón del demandante, dando lugar a confirmar este ítem, pero por lo aquí expuesto.

Finalmente, el demandante solicita en su apelación que se emita pronunciamiento acerca de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 2001, empero no es viable jurídicamente que el demandante pretenda a estas alturas adicionar pretensiones que no fueron planteadas desde la demanda, mucho menos, cuando no se soportan en un fundamento fáctico o jurídico expuesto en el libelo, ello conllevaría a vulnerar los derechos al debido proceso, defensa y contradicción de los que es titular la parte demandada, máxime cuando las facultades *ultra* y *extra petita* no están permitidas para esta Colegiatura, conforme lo establece el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, porque carece de competencia funcional para decidir sobre hechos que no fueron sustento de las pretensiones de la demanda y que no se discutieron en la primera audiencia de trámite (CSJ SL8716-2014).

Son estas las razones por las cuales se confirma en su integridad la decisión apelada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

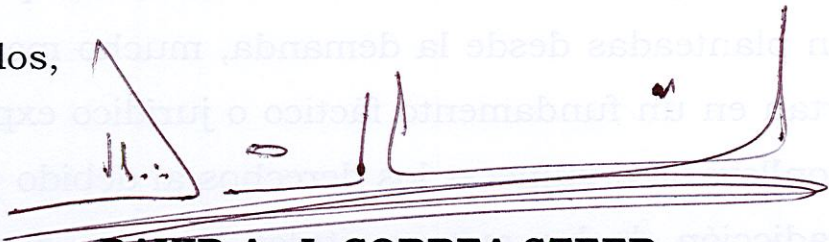
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, **pero** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

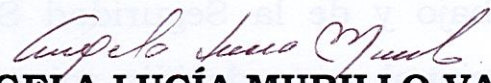
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

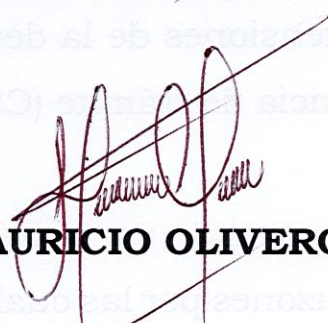
Los Magistrados,



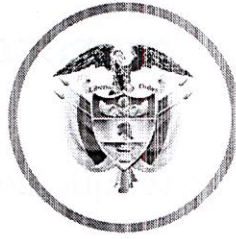
DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAIRO ALFONSO SÁENZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.**

EXP. 11001-31-05-023-2018-00342-01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declarara que PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., no lo asesoraron de manera correcta y juiciosa, toda vez que no se le informó de las consecuencias del traslado al R.A.I.S, y en consecuencia que se decretara la nulidad o ineficacia del traslado; que se ordenara a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES como administradora del R.P.M. los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, como si nunca se hubiese surtido el traslado al R.A.I.S., y que se ordenara a COLPENSIONES aceptar el traslado. Consecuencialmente, que se condenara al pago de las costas procesales a las demandadas.

Para el efecto, manifestó que nació el 1.º de septiembre de 1960, según consta en el documento de identificación; que se afilió al extinto I.S.S desde el año de 1981; que el 1.º de enero de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo COLPATRIA S.A., la cual fue absorbida por HORIZONTE S.A., y posteriormente se trasladó a varias A.F.P.; que no se le brindó información profesional e imparcial sobre las consecuencias del traslado, ni sobre los posibles montos de pensión con los cuales se pensionaría en cada uno de los regímenes; que actualmente se encuentra afiliado a PORVENIR S.A.; que el 8 de agosto de 2017, diligenció ante COLPENSIONES formulario de solicitud de traslado, y que la entidad no ha hecho pronunciamiento alguno respecto de dicho traslado de régimen.

Señaló, que el día 26 de julio de 2017 le solicitó a OLD MUTUAL S.A., información sobre las asesorías y proyecciones de su pensión de vejez recibidas al momento del traslado de régimen, a lo que la A.F.P., mediante comunicación de 17 de agosto de 2017, le respondió que si

había brindado asesoría del caso; que en la misma fecha radicó solicitud de información sobre el valor de su mesada pensional, y que la A.F.P., le informó sobre el valor de la mesada pensional en cada régimen, conforme a la simulaciones aritméticas realizadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 12 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 65).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen del demandante se llevó a cabo de forma libre y voluntaria, y que no se lograron demostrar vicios en el consentimiento en el momento en que se efectuó. Igualmente, manifestó que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa para no asumir las consecuencias que de allí se deriven, y que la ley siempre ha sido clara en establecer que el afiliado únicamente podrá cambiarse de régimen cuando le faltaran 10 años o más, para cumplir la edad mínima requerida para adquirir el derecho de pensión (f.º 124-133).

Propuso como excepciones la de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado, y ausencia de vicios de consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el RPM, buena fe, prescripción, y compensación (f.º 74 - 75).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones de la actora, alegando en su favor que la información suministrada a la demandante fue acorde con las disposiciones

legales, y que su decisión de trasladarse de régimen pensional fue libre, espontánea y sin presiones, teniendo en cuenta que en el formulario de afiliación que suscribió, manifestó tener pleno conocimiento del proceso de vinculación (f.º 153 y ss).

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, y enriquecimiento sin causa. (f.º 163 y ss).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 19 de septiembre de 2019, ABSOLVIÓ a las demandadas PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; condenó en costas al demandante, y concedió recurso de apelación a las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, en síntesis, sustentó que el análisis de las pruebas se realizó de forma subjetiva, toda vez que se configuró un vicio de consentimiento, como quiera que no se tuvo por acreditado que el traslado obedeció a un engaño; que se generó un perjuicio al demandante porque la diferencia en el monto pensional entre ambos regímenes es realmente considerable, y por último, que no se tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, la sentencia SL1452-2019, que señala que la carga de la prueba está en cabeza del fondo y explica completamente todo lo relacionado con la ineficacia del traslado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 1.º de septiembre de 1960 (f.º 40); **ii)** que a 31 de diciembre de 1994 tenía un total de 293 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 52); **iii)** y que inicialmente, el 1.º de enero de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º46).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e

instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, se tiene que el demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen (f.º46). En el recuadro denominado ‘voluntad de afiliado’, se encuentra el siguiente texto ‘preimpreso’, encima de su firma como afiliada: *“Hago constar que realizo de forma libre, espontánea, y sin presiones, la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR, para que sea la única que administra mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”*.

Se infiere que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a PORVENIR S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando en el interrogatorio el actor indicó que estuvo de acuerdo con la información suministrada por PORVENIR S.A.,

mediante el cual PORVENIR S.A. le realizó un cálculo del valor de los mesadas pensionales en cada régimen. De igual forma, admitió siempre recibió información de su fondo de pensiones, y que cuando hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión consideró que la información suministrada por PORVENIR S.A. era confiable, pero no suficiente.

Como primera medida, se debe tener en cuenta que la información señalada por el demandante que le fue otorgada, no implica un engaño, en la medida en que no es errónea, dado que quienes se encuentran vinculados al Régimen de Ahorro Individual pueden obtener el derecho a la pensión sin el cumplimiento del requisito de edad, aumentar el monto de la mesada pensional etc., situaciones estas que son excluyentes del Régimen de Prima Media, que el actor manifestó conocer según su dicho, por lo que desvirtúa el deseo de permanecer en el Régimen de Prima Media o de retornar a él, lo cual se concluye porque pese a las diversas oportunidades de trasladarse no optó por tal situación, antes por el contrario, pernoctó en el R.A.I.S.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL-1452 de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar

sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

De manera que, no es de recibo para la Sala mayoritaria, el hecho de que el actor consideró que PORVENIR S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna durante el tiempo en que estuvo afiliado. Así las cosas, se tiene que hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error

en la demandante para su afiliación, por parte de PORVENIR S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación PORVENIR S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

Por lo anterior, respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que no se encuentra consignada en una norma legal, porque se reitera las conductas referidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se alegan en el presente caso, y en gracia de discusión, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia o no.

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

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada, esta se refiere cuando los

requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como, por ejemplo, cuando falta la voluntad no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdesse que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa, porque como ya se analizó en párrafos anteriores, no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 1995, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones (sucesivamente) correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora en los periodos en que el demandante se vinculó a ella.

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

Ahora, si en gracia de discusión, se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte acepta que se le entregó asesoría, al punto que se le informó que no le convenía un traslado de régimen, y pese a esa información optó por el mismo.

Aunado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), señala que la suscripción del formulario a lo sumo acredita el consentimiento, y en este caso, se encuentra que el documento suscrito además de acreditar el consentimiento prueba la información entregada al demandante, lo cual se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte por el demandante.

El anterior análisis probatorio desvirtúa el argumento del recurso de apelación de que no se acogió la postura de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que impone la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado al fondo de pensiones, ya que es el propio dicho del demandante el que corrobora primero que se le informó que no le convenía trasladarse de régimen, segundo las características del Régimen de Ahorro Individual, y tercero que era conocedor de las características del Régimen de Prima Media.

Aunado a que la información ofrecida por Porvenir al demandante, además de ser cierta, fue suficiente y oportuna, sin embargo, el actor, le restó importancia a dicha información, lo que a la postre lo llevó a continuar afiliado al régimen de ahorro individual.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que el demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, tal como se concluye en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68838, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

También, en el análisis del presente caso, es relevante tener en cuenta que el demandante es una persona que se encuentra ad portas de exigir el derecho a la pensión, y respecto a esta situación, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que ese traslado sin respetar los términos señalados en las normas vulnera los principios de equidad y sostenibilidad financiera.

En dicha sentencia, expuso la Corte lo siguiente:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones, ...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también se colige que esas decisiones vulneran el principio de solidaridad propio del régimen de prima media porque se trasgrede el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata en la sentencia C-401 de 2016 cuando expuso:

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

Así mismo, en la sentencia C-083/19, señaló que:

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

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

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Lo anterior, lleva a colegir que las diferencias entre los regímenes dan lugar a la exigencia de unos plazos predeterminados

para garantizar la sostenibilidad, equidad y solidaridad de cada régimen y el bienestar de los afiliados.

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

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Es de anotar también, que no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el R.A.I.S., máxime, cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer

exigible la pensión o reunir los requisitos, y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables, como por ejemplo en el Régimen de Prima Media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 21 de junio de 1996, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a PORVENIR S.A.

En conclusión, se tiene el pleno convencimiento para la mayoría de esta Sala de decisión, que al no aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso, se encuentra que declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del Régimen de pensiones; al tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado señalados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no se acreditan, además de que no se prueban los vicios del consentimiento consagrados en las

normas legales antes citadas, en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

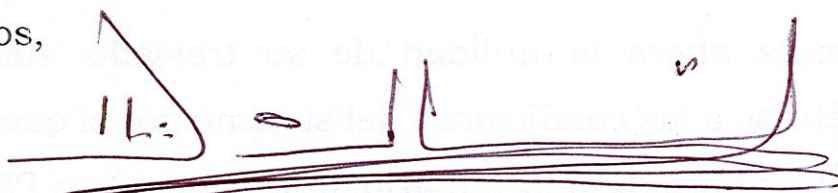
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Jairo Alfonso Sáenz

Demandado: Colpensiones y otros

Radicado: 110013105 023 2018 00342 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **al accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Para el caso de los traslados efectuados en 1994, como ocurre en el presente caso, conforme al jurisprudencia de la misma Corporación se advierte que el deber de información al que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado (SL1688-2019).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la**

firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “*expectativas legítimas*” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios

que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por el **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP** en contra de **EUGENIO REYES REYES**.

EXP. 11001 31 05 026 2018 00221 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el ente demandante, que se declare la extinción de la pensión sanción indexada reconocida al demandado mediante

sentencia judicial, como consecuencia del reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales; en consecuencia se condene al demandado a título de restablecimiento, devolver, reintegrar o pagar el valor de las mesadas causadas y pagadas en forma indebida sin pasar de 3 años, con su respectiva actualización a la fecha de ejecutoria de la sentencia en los términos del artículo 157 del C.P.A.C.A.; así mismo, se ordene la suspensión de los pagos por concepto de pensión sanción a partir de la ejecutoria de la sentencia o de la declaratoria de suspensión provisional (f.º 360, 361).

Sustentó sus pretensiones, en que en cumplimiento de un fallo judicial, mediante Resolución n.º 2994 de 2005, la Secretaría de Hacienda reconoció la pensión sanción del demandado en los términos de la Ley 171 de 1961, en cumplimiento de una orden judicial; posteriormente, el extinto Instituto de Seguros Sociales, mediante resolución n.º 2884 de 2008, le reconoció la pensión legal de vejez, a partir del 1.º de noviembre de 2008, por lo que en la actualidad goza de dos pensiones.

Añadió, que el 10 de septiembre de 2012, se le solicitó su autorización para la revocatoria de la Resolución n.º 2994 de 2005, pero el 17 de septiembre siguiente, el pensionado manifestó su deseo de no otorgar consentimiento, y a la fecha no ha dado esa autorización (f.º 361, 362).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por acción de lesividad (f.º 2-9), inicialmente correspondió a los Juzgados 19 y 53 Administrativo de Oralidad del Circuito de esta ciudad- Sección Segunda, quienes luego de admitirla y proferir la sentencia

correspondiente, en su orden (f.º 171-176, 317-323), remitieron el proceso a la Subsección E de la Sección 2.ª del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Corporación que declaró inválida la sentencia por falta de jurisdicción, y mediante auto del 4 de abril de 2018, ordenó la remisión a la jurisdicción ordinaria laboral (f.º 354, 355).

Previa subsanación y adecuación de la demanda, el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., la admitió el 30 de agosto de 2018, ordenándose la notificación y traslado al demandado (f.º 405), quien contestó con oposición con el argumento de que las pensiones que percibe son compatibles; propuso como excepciones de mérito las de trámite diferente al que corresponde, falta de condiciones fácticas y legales para suspender una pensión reconocida por sentencia judicial, afectación del mínimo vital, fraude a resolución judicial, inepta demanda, falta de condiciones para pedir devolución de dineros, prescripción, caducidad de la acción, compatibilidad de la pensión sanción y la pensión de vejez, y buena fe (f.º 407-417).

De igual forma, bajo similares argumentos impetró demanda de reconvención con el fin de que se declare que la mencionada pensión sanción otorgada mediante sentencia judicial del Juzgado 12 Laboral del Circuito de esta Ciudad, es compatible con la pensión de vejez reconocida por el extinto Instituto de Seguros Sociales; en consecuencia, se condene a la entidad demandante a seguir pagando en forma vitalicia la pensión sanción, en aplicación de los principios de favorabilidad e *indubio pro operario*. De manera subsidiaria, solicitó que se paguen las diferencias entre la pensión sanción que le fue reconocida por sentencia judicial, y la pensión legal de vejez que actualmente goza (f.º 419-421).

La demanda de reconvención fue admitida mediante proveído del 11 de febrero de 2019 (f.º 487), y el fondo demandante la contestó con oposición bajo el argumento de que las pensiones que goza el demandante son incompatibles al tenor de lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política. Excepcionó la inexistencia del derecho reclamado (f.º 488-495).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 4 de septiembre de 2019, declaró que el Foncep debe cancelar al demandado únicamente el mayor valor, existente entre la pensión de vejez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, y la pensión sanción que le ha venido reconociendo; declaró probada la excepción de cosa juzgada, absolvió al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas a cargo de las partes.

Motivó lo decidido, en que dentro de los fallos proferidos en primera y segunda instancia por parte de los Juzgados 12 y 24 Laborales del Circuito de Bogotá, y de esta Corporación, se trató el tema de la compartibilidad de la pensión sanción, frente a la pensión legal de vejez, por lo que de conformidad con lo dispuso en el Acuerdo 029 de 1985, resultan tener carácter de compartidas, por lo que el fondo demandante resulta obligado solamente a pagar el mayor valor generado entre las prestaciones, con la precisión de que tienen causas distintas.

Señaló, que no hay lugar a ordenar la devolución de los valores pagados al pensionado por parte del Foncep, en la medida en que los ha recibido de buena fe y el Foncep en ningún momento le ha solicitado el mayor valor al demandado (f.º 506, 507).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las partes apelaron así:

La entidad demandante, sostuvo que desde el año 2012, el fondo le puso en conocimiento al demandado, la situación de la incompatibilidad de las prestaciones que devengaba, por lo tanto considera que no hay buena fe del pensionado desde que recibió dicha comunicación el 10 de septiembre de la citada anualidad, máxime cuando el 17 de septiembre siguiente no dio autorización para modificar la resolución; en consecuencia, ha debido condenarse al demandado a devolver la diferencia de las sumas recibidas de las mesadas pagadas en forma completa.

El demandado, sostuvo que tiene derecho al reconocimiento y pago de las dos pensiones, la reglada en el artículo 8.º de la Ley 171 de 1961, y la legal que percibe por parte de Colpensiones, porque son compatibles al cubrir riesgos diferentes, máxime cuando el origen de los fondos de la última prestación son privados, como lo ha sentado la jurisprudencia en forma reiterada.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social por cuestiones de método, la Sala verificará inicialmente como problema jurídico si las prestaciones que percibe el demandado por pensión sanción y pensión legal de vejez, por parte del Foncep y de Colpensiones, respectivamente, tienen el carácter de compatibles o compartibles, para posteriormente establecer, si hay lugar a ordenar la devolución

de los dineros que haya percibido el pensionado por mayor valor a título de mesadas de la pensión sanción.

La nueva composición de esta Sala de Decisión, ha acogido el criterio jurisprudencial de nuestro Órgano de Cierre de esta jurisdicción vertido verbigracia, en las sentencias SL-536, SL-712 y SL-5228 de 2018, según el cual la regla general del sistema de pensiones dispuesto por la Ley 100 de 1993, es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que gobiernan el mismo, los cuales impiden que un mismo afiliado perciba dos prestaciones que cubran el mismo riesgo, máxime que dicha normatividad permite la acumulación de cotizaciones indistintamente de su procedencia u origen a efectos de aumentar el valor de la base de liquidación.

También dicha Corporación, ha argumentado que, en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento; de manera que, únicamente cuando cualquiera de las dos prestaciones respecto de las cuales se pretende la compatibilidad se hubiese causado antes de la Ley 100 de 1993, es que se puede predicar la simultaneidad en su percepción, siempre y cuando provengan de tiempos diferentes como los públicos y los privados, pues de lo contrario resultará inviable la compatibilidad y se impondrá la incompatibilidad, pues bajo la Ley 100 de 1993, no es posible la asignación de dos pensiones de vejez, independientemente del origen

de los servicios prestados. Posición que se mantiene vigente en sentencia SL5068-2019.

Así las cosas, se tiene que a través de Resolución n.º 2994 de 2005, la Secretaría de Hacienda Distrital dio cumplimiento a la sentencia de segunda instancia proferida el 14 de mayo de 1999 dentro del proceso ordinario laboral que cursó ante el Juzgado 12 Laboral de este Circuito Judicial con el radicado n.º 19872 (f.º 99-110, 433-444), ordenándose el pago de la pensión sanción regulada en el artículo 8.º de la Ley 171 de 1991, en favor del aquí demandado Eugenio Reyes, a partir del 22 de junio de 2005, data en la que cumplió los 60 años de edad (f.º 111-116, 445-450), la cual fue reliquidada mediante Resoluciones n.º 2268 de 2001, SPE-000058 y 1685 de 2010, para ser otorgada a partir del 2 de noviembre de 1994 (f.º 130, 141-151). Dicha prestación, se otorgó con ocasión a los servicios exclusivos prestados ante la extinta Empresa Distrital de Servicios Públicos – E.D.I.S., entre el 16 de marzo de 1981 y el 31 de agosto de 1994 (f.º 228-230, 232-249, 428-432), y se dispuso en el acto de reconocimiento que *«es incompatible con cualquier asignación del erario público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo las excepciones establecidas en la ley y está sujeta a suspensión o pérdida de conformidad con las normas vigentes»*.

Por otra parte, mediante Resolución n.º 2884 de 2008, se le reconoció la pensión legal de vejez al demandante de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1.º de noviembre de 2008 (f.º 159-161, 296, 315, 456, 457 – CD f.º 297, 316, 505), por haber completado 1109.29 semanas de cotización bajo empleadores del sector privado y uno del sector público (Telecom), entre el 13 de marzo de 1969 y el 30 de junio de 2008 (f.º 152-158, 451-455), de ahí que, contrario a lo considerado por el demandado en su apelación, esta situación no permite predicar la compatibilidad con la pensión

sanción que hoy percibe por parte del FONCEP, pues se tiene que ambas prestaciones cubren el mismo riesgo.

Bastan entonces estos argumentos para confirmar en este aspecto la sentencia impugnada.

Por otra parte, si bien el pensionado recibió unas sumas de dinero en exceso por parte de la entidad aquí demandante, en el presente caso, no puede determinarse que hubo un indebido aprovechamiento sobre el pago realizado en exceso por el FONCEP, porque el pensionado aquí demandado, estaba convencido de la compatibilidad de las pensiones legal de vejez reconocida por el I.S.S. y la regulada en la Ley 171 de 1961, reconocida judicialmente a cargo de su empleador del momento, la extinta E.D.I.S., por lo que se considera que esos dineros los recibió de buena fe, sin que se hubiera acreditado en juicio que el pensionado hubiera realizado artimañas con el fin de percibir esos recursos, ya que estaba basado en una decisión judicial que fue proferida en su favor, motivo por el que se despacha desfavorablemente el recurso de apelación de la entidad demandante.

En consecuencia, se **CONFIRMA** la sentencia impugnada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

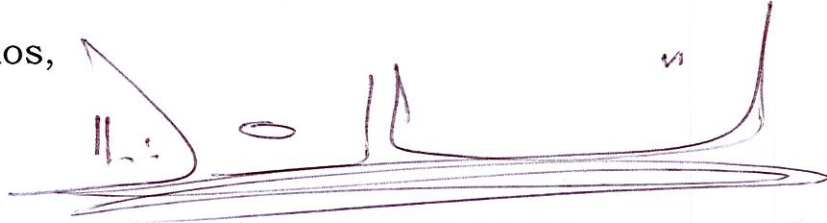
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

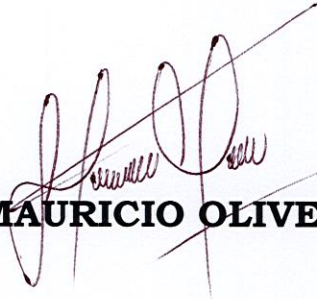
Los Magistrados,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'D. A. J. Correa Steer', with a long horizontal stroke extending to the right.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Ángela Lucía Murillo Varón', with a long horizontal stroke extending to the right.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Hernán Mauricio Oliveros Motta', with a long horizontal stroke extending to the right.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

se notifica sin costas en este instancia, ante su no comparecencia.

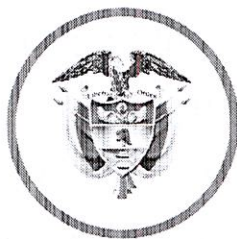
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLESE

Los Magistrados.

DAVID A. J. CORREA STEIN

ANGELA LUCIA MURILLO VARELA

HERNÁN MARIANO OLIVEROS MOTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FLOR GÓMEZ SÁNCHEZ** en contra de **CONSTRUCTORA CALCIA LTDA.**

EXP. 11001 31 05 030 2018 00380 01.

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

En primer lugar, se reconoce al abogado Jesús Alfonso Ferreira Villegas, como apoderado principal de la parte demandada, en los términos y para los efectos legales del poder allegado a f.º 193 y 194, por ende, se entiende por revocado el poder al abogado Carlos Eduardo Vela Vega, quien en su momento fungió como tal, así como todas las sustituciones que

pudo haber otorgado este último profesional en el transcurso del proceso; en segundo lugar, en lo que tiene que ver con los memoriales de f.º 177 a 192 y del 200 a 209, se debe indicar que no se admitirán por parte de la recurrente, argumentaciones adicionales que no expuso dentro de la audiencia de que trata el artículo 12 de la Ley 1149 de 2007, al tenor de lo dispuesto en el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mucho menos documentos que no fueron allegados dentro de las oportunidades procesales pertinentes. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Aclarado lo anterior, procede la Sala a dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1.º de marzo de 2008 y el 31 de mayo de 2018, que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las cesantías, las primas de servicio y las vacaciones, acreencias todas estas causadas desde el 1.º de enero de 2017, más las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990 (f.º 36-38).

Como fundamento fáctico relevante de sus pretensiones, sustentó que el 1.º de marzo de 2008 celebró un contrato de trabajo verbal a término indefinido con la demandada, con el fin de desempeñarse como asistente de gerencia en un horario de 8 a. m. a 6 p. m, de lunes a viernes, sin que hubiera estado

vinculada al sistema general de seguridad social, hasta marzo de 2010; pactó como salario básico para el año 2008 la suma de \$900.000 más el subsidio de transporte de \$55.000, y para el 2009, el mismo básico pero con \$69.300 de subsidio de transporte, mientras que para el año 2010, su básico fue de \$865.000, del cual \$515.000 era la base salarial para el pago de seguridad social, y \$350.000 por cuenta de cobro, más de \$61.500 de subsidio de transporte, situación que se presentó hasta el 2018 con los valores descritos en los hechos 8.º a 15 (f.º 34-36).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 11 de julio de 2018, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 42), quien contestó con oposición con el argumento de que por circunstancias financieras críticas no se pueden sostener cargos dentro de la compañía, por lo que procedió a terminar el contrato que celebró con la demandante desde el 1.º de marzo de 2010, desde cuando se desempeñó como asistente administrativa, y a efectuar los pagos de sus obligaciones que se desprendían como empleador; propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y pago (f.º 52-59).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 23 de septiembre de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1.º de marzo de 2008 y el 31 de mayo de 2018, que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa; en

consecuencia, condenó a la demandada a reliquidar las cesantías, las primas de servicio y las compensación en dinero de las vacaciones, un saldo por indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T., más la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y costas procesales, y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, motivó la decisión respecto del extremo inicial en que con el material probatorio allegado, no se desvirtuó en forma alguna lo informado por la certificación que obra a f.º 8, por lo que le dio validez (f.º 171-173).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada, argumentó que se deben analizar profundamente los medios probatorios allegados por ella, así como los interrogatorios propuestos por la demandante, los cuales logran clarificar que no existió un contrato de trabajo entre las partes, antes del 1.º de marzo de 2010; además, manifestó que actuó con buena fe y con una conducta intachable frente a sus obligaciones como empleadora, por lo que solicitó que sea absuelta *«actuando de manera ultra y extra petita en esta segunda instancia»*.

V. CONSIDERACIONES

En estricta aplicación del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Sala de Decisión, por cuestiones de método, tendrá como único problema jurídico el verificar si hay lugar a declarar una relación laboral entre las

partes con anterioridad al 1.º de marzo de 2010, bajo la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, en la medida en que según lo ha establecido la jurisprudencia de nuestro Órgano de cierre, el hecho de que una parte manifieste que apela todas las condenas, no implica que el Tribunal asuma la competencia, si no aparece sustentado en debida forma, la inconformidad o el motivo por el cual se pretende se revoque o modifique la decisión de primera instancia, respecto de un concepto puntal (CSJ SL2764-2017 y SL2879-2019).

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre las partes con anterioridad al 1.º de marzo de 2010, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Por tanto, analizado el material probatorio aportado al proceso, fácilmente se puede concluir que le asiste la razón al *a quo* por lo siguiente:

A f.º 8 del expediente, se aportó una certificación laboral expedida el 22 de enero de 2018, en la que consta que la demandante para esa época se desempeñaba en la Dirección Administrativa desde el 1.º de marzo de 2008, bajo un contrato a término indefinido y con un salario básico de \$3.156.250.

En este punto, se debe advertir en cuanto a la validez de las certificaciones laborales expedidas por el empleador, que esta Sala es del criterio según el cual, el juez laboral debe tener en principio, como un hecho cierto, el contenido de las constancias expedidas por el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, porque que no es usual que una persona falte a la verdad respecto de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial, máxime cuando no fue refutada de falsa por quien la suscribió dentro del término legal ni con los mecanismos que propicia la ley para tal efecto, como aquí ocurrió; por tal razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda de que lo que se certificó en un tiempo no fue real (CSJ SL, 8 mar. 1996 rad. 8360, reiterada en la SL, 1.º mar. 2011 rad. 43685 y en la SL14426-2014, SL, 6 mar. 2013 rad. 39050, SL16528-2016 y SL6621-2017).

En el presente proceso, para derruir lo afirmado en la certificación aludida, la demandada sostuvo que interpuso una querrela por abuso de confianza en contra de la demandante ante la Fiscalía General de La Nación, al haber extraído información laboral y equipos propios de la compañía, abusando de su cargo y teniendo en cuenta que era la persona que tenía en su custodia y manejo, la información laboral de todos los empleados.

Sin embargo, pese a que la querrela y la constancia de su radicación el 20 de julio de 2018, fueron aportadas de f.º 60 a 63, su contenido *per se* no derruye en absoluto lo indicado en la certificación, y en todo caso, el representante legal suplente de la demandada, al absolver el interrogatorio de parte, admitió que por decisión de la junta de socios, se desistió de la misma porque solo se trataba de elementos de la empresa que habían quedado en manos de ella, por lo que el gerente dijo que él asumía el costo de esos dos elementos: un computador y un teléfono celular (f.º 165-168).

Ahora bien, a pesar de que dicho Subgerente quiso negar el mencionado certificado al señalar que no lo había expedido, lo cierto es que fue expedido por el Gerente de la demandada, según da cuenta el certificado de existencia y representación legal que obra de f.º 47 a 49, sin que su firme allí impuesta, hubiera sido objeto de reparo.

Por otra parte, el testigo Tulio Arias Diazgranados, esposo de la demandante y hermano de uno de los socios de la compañía

demandada, sostuvo haber estado vinculado a través de un contrato de prestación de servicios durante 5 años para dicha empresa, con el fin de hacer parte de la parte administrativa para dirigir unas obras civiles que en su momento desarrollaron en Suesca, y en La Vega, Cundinamarca, y relató, que durante un tiempo su esposa laboró con él en una empresa que tuvo por 28 años, pero que alrededor del año 2007 la terminó, y por esa razón, se quedaron desempleados los dos, por lo que su hermano vinculó a la demandante a la empresa Arias Diazgranados Constructores, y posteriormente, cuando su hermano se unió como socio a la empresa demandada, se la llevó para que le colaborara en el 2008, y durante ese tiempo, ella pagó su propia seguridad social porque el Gerente, quien le daba órdenes a ella, le dijo que era la única manera para poderla dejar trabajar allí a través de un contrato de prestación de servicios, y ya en el año 2010, la vincularon formalmente a la empresa con el pago de seguridad social, porque hubo una reforma y mejoró la sociedad en ciertos aspectos.

Agregó el testigo, que durante esa época era su esposa quien suplía los gastos del hogar con ese salario, y que posteriormente entre el 2011 y el 2015, él prestó sus servicios como contratista en la empresa demandada, anualidad en el que a pesar de terminar en disputa con su hermano, por petición directa del Gerente, su esposa continuó prestando servicios varios en la empresa en la parte administrativa y en recursos humanos, también manejaba bancos, cajas menores, tenía que resolver situaciones con los proveedores y ponerle la cara a los proveedores, siempre en un horario de 6 a. m. a 8 p. m.; lo cual, vale la pena recordar, en nuestro sistema legal, respecto de las

relaciones laborales del sector privado, es un elemento indicativo de la presencia de subordinación (CSJ SL14481-2014), más aun, cuando del material probatorio restante se deduce que la prestación de servicios no fue independiente y autónoma, como aquí ocurre.

A este testigo, que no fue tachado por sospecha en virtud de la cercanía con su esposa aquí demandante, se le da pleno valor probatorio porque al tenor de lo dispuesto en el artículo 221 del Código General del Proceso, de manera clara y detallada las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que le constó lo que relató, sin que se vislumbre parcialidad alguna en su declaración, por tanto con las probanzas hasta aquí reseñadas no se desacredita en manera alguna, la información de la certificación del 22 de enero de 2018.

Así las cosas, en aplicación de los principios relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y la conducta de las partes durante el desarrollo del proceso (CSJ SL383-2013 y SL1398-2015), al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para esta Sala no hay duda de la presencia de los elementos constitutivos de un contrato de trabajo con Constructora Calcia Ltda, bajo la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades con anterioridad al 1.º de marzo de 2010.

No sobra precisar, que la sola aquiescencia de la trabajadora para acudir a una forma de contratación diferente a

la laboral, no puede afectar el amparo de la presunción del contrato de trabajo, ni la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes, principio que acertadamente aplicó el juzgador de instancia para declarar el mencionado vínculo laboral desde el 1.º de marzo de 2008, por no haber acreditado la demandada la ausencia de subordinación, como tampoco se podría pensar que no existió el contrato de trabajo por no haber petitionado la actora, sus derechos laborales en vigencia de la relación contractual, máxime cuando por ninguna parte la ley impone esa condición, para hacer efectiva la protección al trabajo, de suerte que el silencio de un trabajador no se puede traducir en una especie de aceptación de un contrato de otra naturaleza, ni en una renuncia irrevocable al de carácter laboral (CSJ SL 9156 y SL8936 ambas de 2015).

Así las cosas, al no haber sido desvirtuada la presunción que se activó del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, la sentencia apelada debe ser confirmada, porque como se vio, sí se acreditaron los elementos constitutivos de una relación laboral continua entre las partes, en los interregnos declarados por el *a quo*.

Sin costas en la alzada, ante su no causación, las de primera serán a cargo de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

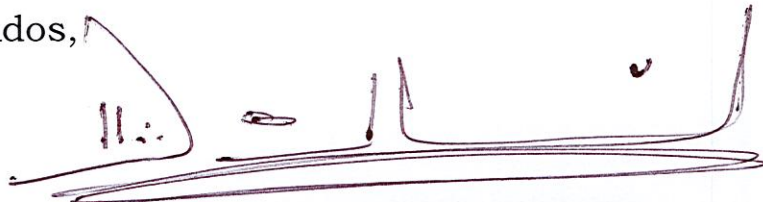
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

RECURSO:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo
aportado en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFICARSE Y CUMPLASE

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA SILES


ANGELA LUCIA NUÑEZ VARÓN


HERNÁN MAURICIO OJIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FLOR DE MARÍA PARRA RODRÍGUEZ** y **GRACIELA GÓMEZ DE PÉREZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**.

EXP. ACUMULADO 11001 31 05 **034 2013 00328** 01.
1100131 05 (016 2013 00747 00).

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió nuevamente la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolverlos recursos interpuestos por las demandantes y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, respecto de la sentencia proferida el 26 de junio de 2019, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El proceso fue iniciado por FLOR DE MARÍA PARRA RODRÍGUEZ, quien pretendió se declare que convivió en calidad de compañera permanente con Silverio de Jesús Pérez Flórez, durante 24 años y 10 meses; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocerle 'sustitución pensional' en un 50% de la pensión que disfrutaba su compañero (f.º 2 cuad. ppal).

Sustentó sus pretensiones, en que Silverio de Jesús Pérez Flórez contrajo matrimonio con Graciela Gómez de Pérez el 18 de marzo de 1972, convivió con ella aproximadamente por 10 años, hasta diciembre de 1983, cuando aquel abandonó el hogar y se separó de hecho, sin adelantar trámite alguno de divorcio o de liquidación de sociedad conyugal. Agregó, que ella convivió con Silverio de Jesús Pérez Flórez por espacio de 24 años y 10 meses de forma continua y pública, desde diciembre de 1983 hasta el 20 de octubre de 2007, cuando este falleció; fruto de esta unión nacieron 3 hijas. La demandada dejó en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por existir conflicto de beneficiarias (f.º 2, 3 cuad. ppal).

De otra parte, en el proceso que cursó ante el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá radicado n.º 2013-00747, GRACIELA GÓMEZ DE PÉREZ, solicitó el reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes causada por Silverio de Jesús Pérez Flórez, en calidad de cónyuge supérstite; en consecuencia, que se condene a Colpensiones a que reanude, reconozca y pague las mesadas pensionales a partir del 20 de mayo de 2011, fecha en que fue suspendido el pago que venía recibiendo, junto con los intereses moratorios (f.º 21 cuad. acumulado).

Fundamentó sus pretensiones, en que el 18 de marzo de 1972, contrajo matrimonio con el causante, y convivió con este hasta el 20

de octubre de 2017, cuando su esposo falleció. El Instituto de Seguros Sociales le reconoció pensión mediante Resolución n.º 002628 del 28 de enero de 2009; sin embargo, mediante acto administrativo n.º 016406 del 20 de mayo de 2011, la entidad suspendió el pago de la prestación hasta tanto se determine mediante sentencia judicial el beneficiario de la pensión; en el mismo acto administrativo se reconoció pensión a la hija menor del causante Francy Dayana Pérez Parra (f.º 20 vto, 21 cuad. acumulado).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previas subsanaciones, las demandas se admitieron en contra de cada beneficiaria y de Colpensiones, el 24 de abril de 2013 y el 28 de febrero de 2014, respectivamente, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f.º 28 cuad. ppal y f.º 21 cuad. acumulado).

COLPENSIONES, contestó ambas demandas con oposición, con el argumento de que Flor de María no acreditó los requisitos para ser beneficiaria de la pensión, por lo que propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de legitimación para cobrar, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de título y causa de los derechos reclamados y buena fe (f.º 45-47 cuad. ppal).

Frente a Graciela Gómez, sostuvo que se le reconoció la pensión de sobrevivientes a partir del 2 de marzo de 2009, pero teniendo en cuenta que en el trámite administrativo se presentaron en tiempos distintos las dos demandantes a reclamar, en nombre propio, y Flor de María en representación de su hija menor, tuvo que suspender el trámite de reconocimiento pensional hasta tanto se decida judicialmente a qué persona le corresponde el derecho, dejando el suspenso el 50% de la prestación, dado que el otro porcentaje fue

asignado a la hija menor ya mencionada. Excepcionó la inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, falta de causa y título para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos (f.º 27-30 cuad. acumulado), más el cobro de lo no debido ((f.º 129-135 cuad. ppal).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio en cada uno de los procesos (f.º 37 cuad. ppal y f.º 25 cuad. acumulado).

En audiencia celebrada el 27 de junio de 2014, el Juzgado 34 Laboral de este Circuito, aclaró que la única demandada era Colpensiones y dejó unas actuaciones sin efecto, con el fin de ordenar integrar el contradictorio con Graciela Gómez de Pérez en calidad de interviniente excluyente (f.º 91-93 cuad. ppal), la que se pronunció a través de curador *ad litem* (f.º 116, 117, 123-125 cuad ppal),

A través de providencia dictada dentro audiencia celebrada el 15 de marzo de 2017, el Juzgado 34 Laboral de esta ciudad, ordenó la acumulación del presente proceso con el que cursa en el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá radicado n.º 2013 00747 (f.º 217-219 cuad. ppal), a lo que accedió el segundo despacho mencionado, en auto del 18 de agosto de 2017 (f.º 142-144 cuad. acumulado).

Mediante auto dictado dentro de audiencia celebrada el 28 de junio de 2016, el Juzgado 16 Laboral de este Circuito ordenó la integración del contradictorio con la menor Francy Dayana Pérez Parra, y con Flor de María Parra, en calidad de litis consortes necesarios por pasiva (f.º 102-104 cuad. acumulado), disposición que reiteró el Juzgado 34 Laboral en proveído del 14 de marzo de 2018 (f.º 227 cuad. ppal).

FRANCY DAYANA PÉREZ PARRA, manifestó que fue beneficiaria del 50% de la prestación por sobrevivencia, con ocasión del fallecimiento de su padre, según Resolución n.º 16406 del 20 de mayo de 2011, hasta agosto de 2015, cuando cumplió su mayoría de edad, sin embargo, desde el año 2018 conformó un hogar con Diego Prieto, en el municipio de Tocancipá, Cundinamarca, y manifestó conocer las decisiones tomadas en ambos procesos acumulados, no obstante se tuvo por no contestada la demanda en proveído del 1.º de abril de 2019 dictado por el Juzgado 34 Laboral de esta Circuito (f.º 233, 238, 253 cuad. ppal).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de junio de 2019, declaró que FLOR DE MARÍA PARRA RODRÍGUEZ y GRACIELA GÓMEZ DE PÉREZ, tienen derecho al pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del afiliado Silverio De Jesús Pérez Flórez (Q.E.P.D.), en cuantía del 70% y 30%, como compañera permanente y cónyuge, respectivamente; en consecuencia, condenó a Colpensiones a pagar el retroactivo pensional indexado en favor de la compañera permanente a partir del 8 de abril de 2010, por prescripción parcial de sus mesadas y de la cónyuge supérstite, a partir del 20 de mayo de 2011, cuando le fue suspendido su derecho.

Motivó lo decidido, en que se probó la causación de la prestación por parte del afiliado fallecido desde el 20 de octubre de 2007, y que desestimó los hechos relacionados con la convivencia permanente de Graciela Gómez con el causante hasta el día de su deceso, dejando incólumes los derechos como compañera permanente de Flor de María Parra, conservando eso sí, Graciela Gómez sus derechos

derivados del vínculo matrimonial vigente, en la medida en que la convivencia con el causante quedó demostrada, así:

La cónyuge Graciela Gómez de Pérez, entre el 18 de marzo de 1972 hasta el año 1983, y la compañera permanente Flor de María Parra Rodríguez, acreditó entre diciembre de 1983 y el 20 de octubre de 2007; por lo que tienen derecho a acrecentar el valor que les fuera reconocido en un equivalente al 50% a favor de la entonces hija menor del causante Franci Dayana Pérez Parra, de quien tendrá que ser descontado el porcentaje proporcional para cubrir el valor del retroactivo pensional, teniendo la facultad Colpensiones, de recalcular y descontar el valor de las diferencias pensionales pagadas de más, frente al reconocimiento inicial que se hiciera a favor de Graciela Gómez, mediante la Resolución n.º 16406 del 20 de mayo de 2011.

En relación con la prescripción, sostuvo que si bien las demandantes presentaron la reclamación administrativa en junio y octubre de 2008, para interrumpir el fenómeno, lo cierto es que supeditaron la reclamación de sus derechos hasta la radicación de las correspondientes demandas en el 2013 (Flor de María el día 8 de abril - Graciela Gómez el 20 de noviembre), por lo que opera la prescripción parcial solamente respecto de las mesadas de la compañera permanente, no así las de la cónyuge porque en razón de su reclamación, le fue reconocida su mesada pensional en un porcentaje equivalente al 50% a partir del 28 de enero del 2009 y hasta el 20 de mayo del 2011 (f.º 226-228 cuad. ppal).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandantes apelaron así:

FLOR DE MARÍA PARRA, en calidad de compañera permanente sostuvo que no se efectuó una debida valoración probatoria, en la medida en que no obran pruebas convincentes de la convivencia que sostuvo Graciela Gómez, porque solamente se encuentran sus afirmaciones dentro del expediente, que incluso fueron un tanto vagas e inexactas respecto de las situaciones relatadas y del nacimiento de sus hijos, de modo que no se cumple el precedente jurisprudencial vertido en la sentencia SL3202-2015, dado que no acreditó su convivencia durante al menos 5 años en cualquier tiempo, por lo que el 100% de la pensión de sobrevivientes, le corresponde.

GRACIELA GÓMEZ DE PÉREZ, como cónyuge supérstite arguyó, que existen una serie de contradicciones en el material probatorio, en especial el interrogatorio de parte rendido por Flor Parra, que no permite concluir la convivencia efectiva de ella con el causante, porque en la demanda se sostuvo que iniciaron vida marital en Tocancipá, Cundinamarca, mientras que en el interrogatorio de parte sostuvo que fue en Aquitania, Boyacá, trasladándose posteriormente a Madrid, Cundinamarca; además, a las declaraciones de Henry Cruz y Jesús Antonio, no se les puede dar credibilidad en la medida en que son testigos de oídas; de manera que, según su dicho, existe una convivencia simultánea.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, a cuál de las dos demandantes le corresponde el pago de la prestación en un 100%, o si la misma, debe ser repartida en porcentajes tal y como lo hizo la juez de primera instancia.

Está al margen de la discusión, que el afiliado activo Silverio de Jesús Pérez Flórez, tras fallecer el 20 de octubre de 2007 (f.º 5, 16) con 57 años de edad¹ y 135 semanas de cotización dentro de los últimos 3 años anteriores a su deceso, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes al tenor de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016, SL15873-2017 y SL1362-2019), pues así quedó establecido en la Resolución n.º 02628 de 2009, mediante la cual en forma primigenia, le fue reconocida la prestación por sobrevivencia a la demandante Graciela Gómez de Pérez (f.º 6, 7 cuad. acumulado).

Ahora bien, en relación con quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, según el literal a) del citado artículo 13, para el presente caso, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, entre otros, el cónyuge o compañera permanente siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, explicó que según la normatividad citada *“la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605)”*.

¹ Nació el 6 de abril de 1950 – CD f.º 118 cuad. acumulado.

Además, dicha Corporación precisó, que mientras los compañeros permanentes deben demostrar el cumplimiento del requisito expresamente establecido en la norma, a favor del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, la convivencia mínima por un lapso de cinco años pueda ser en cualquier tiempo, en el entendido de que, mientras el vínculo matrimonial no se disuelva, los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no (CSJ SL4346-2015, SL6990-2016, SL1399-2018 y SL1880-2018), lo anterior, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Sin embargo, no se debe olvidar que mediante reciente sentencia SL1730-2020 ante la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, se revaluó el mencionado criterio jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, según la cual, en caso de muerte de un afiliado no se le exige un tiempo mínimo de convivencia a la cónyuge, como sí a la compañera permanente durante 2 años, pero por norma civil (artículo 1.º Ley 979 de 2005), para que tenga tal calidad, pues para la cónyuge basta con la simple acreditación de la misma (esa calidad), a la fecha de la muerte del afiliado, para tenerla como beneficiaria de la prestación; por lo que se dejó claro, que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, situación que aquí no acontece.

Así las cosas, en aplicación de este último criterio jurisprudencial, descendiendo al caso de marras, se tiene que para

acreditar la calidad de beneficiaria de Graciela Gómez, de la prestación que aquí se disputa, basta el registro civil de matrimonio visible a f.º 4 del cuadernillo acumulado, que da cuenta de la celebración entre ella y el causante del rito católico el 18 de marzo de 1972, sin que se registren inscripciones o notas marginales de alguna especie. Así mismo, del registro civil de nacimiento que reposa dentro de los expedientes administrativos allegados en medio físico y óptico, se verifica que, para la data del fallecimiento de su esposo, ella contaba con 53 años de edad².

Para verificar el núcleo familiar formado entre el causante y Graciela, dentro de la actuación surtida en vía administrativa, reposan declaraciones extra juicio de Héctor Hernando y Gloria Liliana Carrero García, en las que sostuvieron que conocieron al causante durante 10 años, y que les consta que durante ese tiempo estaba casado con Graciela Gómez, con quien tuvo 5 hijos, quienes según Graciela en sus interrogatorios de parte y en una declaración juramentada, dijo que responden a los nombres de Iván Alberto, Gloria Nancy, Emilio, Carlos Amilcar y Edwin de Jesús Pérez Gómez.

La misma Flor de María Parra, en su demanda afirmó tener conocimiento de tal vínculo en los hechos 1.º y 2.º, y que es consciente de que el causante convivió por un lapso aproximado de 10 años con Graciela Gómez, en la medida en que él abandonó el hogar que tenía con Graciela, separándose de hecho para irse a vivir con ella desde diciembre de 1983, de modo que sorprende a la Sala, la actitud que toma ahora Flor de María en su interrogatorio de parte y en el recurso de apelación, al sostener que nunca supo que con anterioridad al hogar que formó con el causante, este hubiera tenido otra familia. De modo que, solo se tendría demostrada la convivencia de Graciela con Silverio, hasta por lo menos mediados del año 1983.

² Nació el 14 de noviembre de 1954 – CD f.º 118 cuad. acumulado.

En relación con Flor de María Parra Rodríguez, quien contaba con 42 años de edad³ al momento del fallecimiento del causante, se tienen las siguientes probanzas, para acreditar la calidad de compañera permanente y la conformación del núcleo familiar con Silverio Pérez:

A f.º 14 reposa certificación de la Caja de Compensación Familiar Colsubsidio, en la que se indica que el causante estuvo afiliado a esa Caja hasta octubre de 2007, teniendo como inscrito bajo su afiliación, *«su grupo familiar (...): la señora Flor de María Parra Rodríguez como su cónyuge y sus hijos María Emilse, Francly Dayana y Yolima Pérez Parra»*. El mismo grupo, excepto Francly Dayana, se describió por la mencionada entidad, como hogar beneficiario de un subsidio familiar de vivienda otorgado el 20 de octubre de 1995 para mejora de vivienda (f.º 10), el cual fue usado y protocolizado notarialmente, en un predio ubicado en la urbanización La Esmeralda del municipio de Tocancipá, Cundinamarca (f.º 9-13).

En vía administrativa, se aportaron declaraciones extra juicio de Jorge Enrique Suárez Suárez, Armando Medina, Luís Alfonso Molina Velandia, José Vicente Rolón Álvarez, quienes adujeron que conocieron al causante desde por lo menos el año 1992, y que desde esa época, les consta que convivía en unión libre con Flor de María hasta la fecha del fallecimiento de Silverio, y que procrearon 3 hijas, quienes según lo manifestado por Flor de María en sus interrogatorio de parte y en la declaración extra juicio n.º 2203, responden al nombre de Francly Dayana, María Emilce, y Yolima Pérez Parra, la primera vinculada como parte en el presente proceso, y la última fue llamada a rendir su declaración ante el Juzgado y dio información acerca de la convivencia de sus padres.

³ Nació el 12 de octubre de 1965 – CD f.º 118 cuad. acumulado.

En similares términos manifestaron los testigos Jesús Antonio Ojeda y Henry Cruz, haber conocido a la pareja formada por Flor de María y el causante, por lo menos desde el año 1997, tiempo desde el cual convivieron hasta el 2007, cuando falleció Silverio Pérez.

De manera que, conforme el reseñado material probatorio, se considera acreditada la calidad exigida, de cónyuge y compañera permanente de las demandantes, y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia con cada una de ellas, quedando cumplido el supuesto previsto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, lo que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, siendo razonable la conclusión a la que arribó la *a quo* para efectos de la asignación de los porcentajes a favor de cada litigante, en razón a los tiempos de convivencia acreditados en juicio, de ahí que se confirma lo decidido frente a este aspecto.

En relación con la prescripción parcial respecto de las mesadas en favor de Flor de María, si bien se acreditó que la primera reclamación la elevó en mayo de 2008, por lo que se suspendió el fenómeno extintivo hasta cuando le notificaron la resolución por medio de la cual se le negó la prestación a ella y se la concedieron a su hija, el 13 de julio de 2011 (f.º 17-20 cuad. ppal), siendo interpuesta la demanda el 8 de abril de 2013 (f.º 21), la Sala no modificará tal aspecto, por cuanto la compañera permanente no mostró reparo alguno en su apelación, y de hacerlo, se estaría yendo en contra del principio de la *non reformatio in pejus* dado que en este preciso punto se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

En los anteriores términos, se estudian los recursos de alzada y se surte el grado jurisdiccional de consulta. Sin costas ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

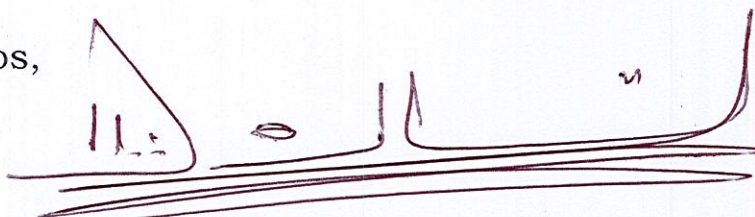
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

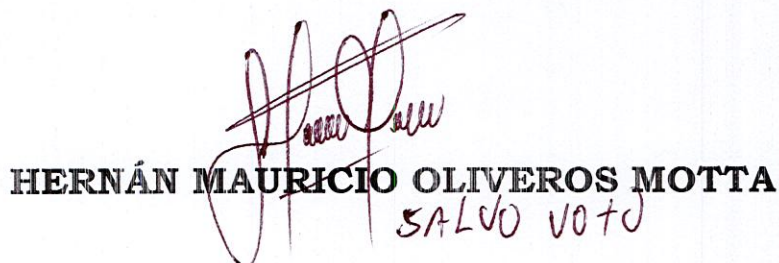
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y condenada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este provido.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DAVID A. J. CORREA STEFF

DAVID A. J. CORREA STEFF

DAVID A. J. CORREA STEFF

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Flor de María Parra y Graciela Gómez de Pérez

Demandado: Colpensiones

Radicado: 110013105 034 2013 0328 01 Y 1100131 05 016 2013 00747 00

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, para lo cual me permito transcribir las consideraciones que sirvieron de fundamento a la ponencia derrotada.

“De la consulta en favor de Colpensiones

Como quiera que la decisión resultó adversa a COLPENSIONES, entidad de la cual es garante la Nación, la Sala la estudiará en grado jurisdiccional de consulta para determinar si las demandantes, tienen derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

Pues bien, debe precisarse que la ley aplicable para efectos de reconocimiento de pensión de sobrevivientes es la vigente en la fecha del fallecimiento del causante. En el presente caso, el señor SILVERIO DE JESÚS PÉREZ FLOREZ, falleció el 20 de octubre de 2007, según consta en registro civil de defunción de folio 16, por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, norma que dispone en el literal a), que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes 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 que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

De la conyugue

Pues bien, en primer término el Tribunal se ocupará de determinar si la demandante GRACIELA GÓMEZ DE PÉREZ en calidad de cónyuge tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión.

Al respecto, revisado el escrito de demanda correspondiente al proceso 16 2013 00747 01 (acumulado), se observa que la parte actora, allegó como pruebas registro civil que da cuenta que GRACIELA GÓMEZ DE PÉREZ contrajo matrimonio con el causante el 18 de marzo de 1972, documento que no presenta inscripciones o notas marginales que den cuenta del divorcio de la pareja o la liquidación de su sociedad conyugal (Fl 4). Igualmente, aportó copia de la resolución No. 002628 del 28 de enero de 2009, mediante la cual la entidad le reconoció pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del causante, de la cual no se extrae cuáles fueron las pruebas que la entidad tomó en consideración para otorgar el derecho (Fls 6 y 7) También, allegó copia de resolución No. 016406 del 20 de mayo de 2011, mediante la cual la demandada

le suspendió el pago de la prestación por existir conflicto de beneficiarias (Fls 8 a 11).

Estima la Sala que con las pruebas aportadas por la señora GRACIELA GÓMEZ DE PEREZ, tan solo es posible concluir que ostenta la calidad de cónyuge supérstite del causante; no obstante, el material probatorio obrante no permite determinar que la convivencia de la pareja se dio por espacio igual o superior a 5 años en cualquier tiempo como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en SL5169-2019, SL1399-2018 que rememoró la SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017.

Conviene precisar que revisado el expediente administrativo correspondiente a la reclamación realizada por la cónyuge ante la entidad, se evidencia que aportó declaración extraproceso suscrita por HÉCTOR HERNÁNDO CARRERO GARCÍA y GLORIA LILIA CARRERO GARCÍA en la que dan cuenta que conocieron al causante durante 10 años, no obstante, indican también que este y su esposa convivieron durante 35 años ininterrumpidamente hasta el fallecimiento del causante inclusive, lo cual resulta en una contradicción, además sorprende que el documento fue suscrito en el municipio de Cota en el cual residen los declarantes y no se expresa la razón del conocimiento que tienen de la convivencia de la pareja (Fl 61 exp adtivo). Adicionalmente, reposa en dicha carpeta copia de carné de afiliación al régimen subsidiado de salud en el que consta que la actora se afilió el 19 de mayo de 2008 en SUBACHOQUE y que su centro de atención médica de primer nivel es el centro de salud de este municipio y el hospital de MADRID (Fl 62 exp adtivo)

Lo anterior reviste importancia, como quiera que la cónyuge supérstite al absolver interrogatorio de parte afirmó que convivieron en TOCANCIPÁ en Milenio 13, por lo que no se explica la Sala si vivía en este municipio porque le era prestado el servicio de salud subsidiado en SUBACHOQUE o MADRID. Es más en el interrogatorio la actora afirmó que nunca se separó de su esposo; sin embargo, no supo indicar el nombre de sus vecinos, ni la dirección exacta de su casa. Además, dijo que la noche anterior al deceso del causante durmió con él pero luego se contradijo señalando que había ido a visitar a sus padres. Se evidencia entonces que ni siquiera el propio dicho de la cónyuge es coherente o da indicios claros sobre la convivencia con el causante, al menos en el tiempo determinado por la jueza, dicho este que en todo caso no podría tenerse como prueba como quiera que en el interrogatorio de parte la confesión se entiende respecto de los hechos que perjudican al absolvente, no sobre los hechos que lo benefician conforme art. 191 del CGP.

Estima entonces la Sala que la demandante GRACIELA GÓMEZ DE PÉREZ no logró demostrar que convivió con el causante por espacio de 5 años en cualquier tiempo, faltando así al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso de demostrar los hechos en que funda sus pretensiones, por lo que resulta forzoso revocar la decisión consultada, para en su lugar, absolver a la demandada de reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a esta demandante y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

De la compañera permanente

Pasa ahora la Sala a verificar si la demandante FLOR DE MARÍA PARRA RODRÍGUEZ acredita la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente.

Pues bien, para demostrar la convivencia con el causante la demandante solicitó escuchar el testimonio de JESÚS ANTONIO BARRERA RODRÍGUEZ, HENRY CRUZ ARAGÓN y YOLIMA PÉREZ PARRA, el primero de ellos manifestó conocer a la demandante desde 1990 hasta el año 2007, porque fueron compañeros de trabajo y compartían muchas actividades. Preciso que aproximadamente a partir de 1995, vivieron en el mismo barrio La Esmeralda de Tocancipá y salían de paseo con las familias, departían ocasionalmente en la tienda, en las canchas de tejo y en eventos especiales familiares o que se hacían en el barrio, por lo que conoció como su esposa hasta el año 2.007 a la señora "Flor". Dijo que el causante no le contó nunca que tuvo una relación con otra persona y que fue solo hasta que su amigo falleció que la demandante le comentó que tenía otros hijos y otra esposa.

Por su parte, el testigo HENRY CRUZ ARAGÓN, manifestó que conoció al demandante en el año 1995, cuando iniciaron un proyecto de vivienda y a partir del año 1997, fueron vecinos asegurando que la familia del causante estaba integrada por la señora Flor y sus hijas, tres de la pareja y una de la señora Flor. Dijo que la relación de amistad se extendió hasta el momento en que el causante falleció. Preciso que nunca supo que el señor SILVERIO tuviera otro hogar.

Finalmente, YOLIMA PÉREZ PARRA hija de la demandante y el causante señaló que sus padres y ella vivieron en el barrio La Esmeralda en Tocancipa desde que ella era pequeña, de manera continua e ininterrumpida.

Aportó además la demandante PARRA RODRÍGUEZ, copia de escritura pública suscrita el 19 de abril de 1996, mediante la cual, el grupo familiar conformado por el causante y la señora PARRA RODRÍGUEZ dan cuenta de su unión y de haber poseído desde hace más de 5 años una vivienda en la urbanización La Esmeralda de Tocancipá, con el objeto de acceder al subsidio de vivienda familiar (Fls 9, 12 y 13), el cual fue otorgado según consta en comunicación de folio 10. Allegó constancia expedida por COLSUBSIDIO el 19 de julio de 2011, en la que se indica que el causante estuvo afiliado a dicha caja hasta octubre de 2007 y que en su grupo familiar estuvieron inscritos entre otros, FLOR DE MARÍA PARRA RODRÍGUEZ como su cónyuge (Fl 14).

De conformidad con las pruebas antes relacionadas estima la Sala que la demandante FLOR DE MARÍA PARRA RODRÍGUEZ, logró demostrar que convivió con el causante, como su compañera permanente por espacio superior a 5 años hasta el momento del deceso y en consecuencia tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión del fallecimiento del señor SILVERIO DE JESÚS PÉREZ, a partir del 20 de octubre de 2007, en un 50% el cual acrecerá al 100% a partir del momento en que la hija del causante FRANCY DAYANA PÉREZ PARRA deje de recibir el 50% de la mesada pensional que le fuera reconocida mediante resolución No. 016406 del 20 de mayo de 2.011.

Estima la Sala que en el presente asunto no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción como quiera que el derecho se causó el 20 de octubre de 2007, cuando murió el causante (Fl 16), la actora se presentó a reclamar ante COPENSIONES el 3 de junio de 2008 (Fl 17), respondiendo la entidad de forma

negativa mediante resolución No. 016406 del 20 de mayo de 2011, notificada el 13 de julio de 2011 (Fls 17 a 20). La actora interpuso la presente demanda el 08 de abril de 2013 (Fl 21), esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

No obstante, la jueza consideró que había operado la prescripción respecto de las mesadas casadas con anterioridad al 8 de abril de 2010, sin que tal conclusión hubiere merecido reparo alguno a la parte interesada por lo que la Sala no puede modificar la decisión en este punto máxime cuando ello derivaría en una situación más gravosa para la entidad en favor de la cual se surte la consulta.”

Por consiguiente, lo procedente era **REVOCAR** la sentencia proferida el 26 de junio de 2019, en cuanto condenó a la demandada a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a la demandante GRACIELA GÓMEZ DE PÉREZ, para en su lugar, ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones elevadas en su contra por esta accionante. Igualmente, se debía **MODIFICAR** el punto SEGUNDO del fallo consultado en el sentido de indicar que FLOR DE MARÍA PARRA RODRÍGUEZ, en calidad de compañera permanente, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor SILVERIO DE JESÚS PÉREZ FLOREZ, en un 50% a partir del 20 de octubre de 2007, porcentaje que acrecerá al 100%, a partir del momento en que la hija del causante FRANCY DAYANA PÉREZ PARRA deje o haya dejado de recibir el porcentaje que le fuera reconocido, como quedó explicado precedentemente. Por último, **CONFIRMAR** en lo demás el fallo consultado.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **TERESA AYALA CHAPARRO** en contra de **HÉCTOR JULIO RUIZ SIERRA** y **MATILDE TORRES FETIVA**.

EXP. 11001 31 05 037 2018 00327 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte
(2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1.º de septiembre de 2004 y el 31 de marzo de 2016, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia, se condene a los demandados a reintegrarla por cuanto se encuentra enferma y su condición requiere estabilidad laboral reforzada, dado que no puede trabajar, junto con el pago del auxilio de las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicio, acreencias todas estas causadas en vigencia de la relación laboral, más las cotizaciones a seguridad social integral de todo el tiempo laborado, descontando lo pagado por el demandado Héctor Ruíz, y las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del C.S.T. (f.º 34, 35).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios como aseadora a los demandados desde septiembre de 2004 hasta el 31 de marzo de 2016, para efectos de hacer aseo general en los inmuebles donde residían, aseo a sus mascotas, cocinar, y, años después además de tales funciones también debía hacer el acero a los elementos de la empresa Air Med Oxinal Representaciones S.A.S., de propiedad de Héctor Ruíz, así como a sus vehículos personales y al de una de las hijas de los demandados, Jérica Juliana, así como el aseo en la finca de descanso de los demandados, ubicada en Chinauta, Cundinamarca, una o dos veces al mes.

Agregó, que los servicios inicialmente se prestaron en un inmueble, y años después se trasladaron a una casa ubicada en el barrio Modelia, donde siguió prestando los mismos servicios, y donde funcionaba tanto la casa de habitación de los demandados como la empresa ya mencionada, por ende, además de cumplir sus funciones normales, cocinaba para los demandados, sus hijas y los empleados que poco a poco fueron contratando; posteriormente, al adquirir la casa contigua que destinaron los demandados en forma exclusiva para la empresa reseñada, dispusieron que también prestara sus servicios en ambos sitios para hacer el aseo, barrer, lavar pisos, limpiar, lavar baños y garaje, así como limpiar los elementos de la empresa y oficinas, ocuparse de las mascotas, elaborar los alimentos, servir tintos y almuerzos.

Adujo, que fue afiliada a seguridad social a partir del 14 de octubre de 2010, en salud y desde agosto del mismo año en pensión bajo la razón social de la empresa en mención; sin embargo, con anterioridad a dichas datas, registran cotizaciones en su favor por parte de Héctor Ruíz, desde enero de dicha anualidad en salud y en pensiones desde abril de 2009; la empresa de propiedad del demandado fue liquidada; sus labores siempre fueron las mismas, y siempre al servicio de ambos demandados y sus hijas; los documentos que le dieron para acreditar su relación laboral, no concuerdan con la realidad ni con las afiliaciones realizadas en seguridad social, por lo que sostiene que dichas certificaciones no se compadecen con su situación real (f.º 30-33).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previo subsanación la demanda, se admitió el 28 de junio de 2018, ordenando la notificación y traslado a los demandados (f.º 42), quienes contestaron con oposición en un mismo escrito, con el argumento de que la demandante nunca prestó servicios a Héctor Ruíz, solo a Matilde Torres con el fin de hacer aseo en su residencia 4 días al mes entre el año 2004, y enero de 2009, no obstante entre los años 2004 y 2008, prestó sus servicios en forma simultánea para la familia, así: Alicia Torres de Bernal, Martha Soraida Torres, Elvira Torres de Rodríguez, Luz Adriana Rodríguez Torres, José Santos Rodríguez; el 1.º de febrero de 2009, la demandante firmó un contrato de trabajo para prestar sus servicios en oficios varios a Air Med Oxinal, representado por Héctor Ruíz, pero en agosto de 2010 hubo una sustitución patronal, por lo que la demandante comenzó a trabajar para Airmed Oxinal Representaciones S.A.S., con quien se terminó el contrato el 30 de marzo de 2016.

Propusieron como excepciones de mérito, las de pago total de las obligaciones laborales, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, invalidez de certificación laboral, mala fe y temeridad de la demandante y, buena fe de los demandados (f.º 79-90).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 24 de septiembre de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes por el período comprendido entre el 1.º de septiembre de 2004 y el 31 de marzo de 2016; en consecuencia, condenó a los demandados

al pago del auxilio de las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicio, reliquidación de la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T., los aportes a pensión hasta el 1.º de enero de 2009, y desde febrero de 2009 a febrero de 2016, más las costas y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción.

En lo que interesa a la alzada, motivó lo decidido en que los demandados admitieron en la contestación de la demanda la prestación de los servicios de aseo y labores de oficios domésticos por parte de la demandante, y si bien sostuvieron que antes del año 2009, la relación se dio únicamente con Matilde Torres, y con posterioridad con Héctor Ruíz, por intermedio de su establecimiento de comercio, y una empresa liquidada en la actualidad, lo cierto es que las testigos y familiares Francys Isabel Neira Reyes y Sandra Rodríguez Torres, sostuvieron que en el período de los años 2004 a 2008, la demandante se rotaba entre toda la familia para trabajar un día a la semana en la casa de varios integrantes de la familia, incluida la casa de propiedad de los demandados, y que con posterioridad al año 2009, la demandante prestó servicio por un tiempo y en forma directa a Héctor Ruíz.

Manifestó además, que se acreditó que la prestación de los servicios de la demandante para los años 2004 a 2008, se dio en el mismo inmueble en beneficio de ambos demandados, y que a pesar del cambio en las funciones, de alguna forma, la demandante se vio relegada a continuar cumpliendo las labores anteriores, como lo era la elaboración de los alimentos para los demandados y para dos personas más que laboraban en la empresa mencionada, como lo indicó la demandada en su interrogatorio de parte; y finalmente, concluyó que para efectos

legales y prestacionales, la prestación de los servicios de la demandante se dio en los extremos reseñados solo un día a la semana (f.º 154, 155).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, argumentó que no se tuvieron en cuenta todas las declaraciones realizadas por ellos, en las cuales nunca se aceptó la unidad jurídica, sino que siempre se establecieron las obligaciones contractuales directamente con Matilde Torres hasta el año 2009, y que posteriormente para Héctor Julio Ruiz, pero con Airmed Oxinal Representaciones S.A.S., ni que incluso la misma demandante aceptó que hubo un cambio sustancial en sus funciones y en quien la dirigía, por tanto aceptó que trabajaba para la empresa.

Así como tampoco se tuvo en cuenta la rectificación de los diversos testimonios, pues uno tras otro, señalaron que la residencia de los demandados era en la finca ubicada en Chinauta, debido al estado de salud de Héctor Julio Ruíz, y que eventualmente se quedaban en la I.P.S., solo cuando era para atención de pacientes; razón por la que se desvirtúa que los demandados se hayan servido personalmente, en calidad de personas naturales, de las labores desempeñadas por la demandante, y el hecho de que hubiera un almuerzo, no constitutivo de salario, en beneficio de los empleados, incluida la demandante, no significó que hubiera cocinado para los demandados como personas naturales, sino que realmente fue un beneficio para la parte administrativa de la empresa.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, en primer lugar, si con posterioridad al año 2009, existió un vínculo laboral con la demandada Matilde Torres, o si realmente la prestación de los servicios de la demandante se dio en favor de una persona jurídica ajena al presente proceso. De igual forma, se establecerá la responsabilidad de Héctor Julio Ruíz, en el pago de las condenas impuestas.

Quedó al margen de la discusión, que entre los años 2004 y 2008, la demandante prestó servicios para la demandada Matilde Torres, así que para determinar la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre la demandante y la mencionada demandada con posterioridad a esa data y hasta el 31 de mayo de 2016, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de

naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Tal premisa, se aplica de igual forma en relación con el vínculo laboral que se predica frente al demandado Héctor Julio Ruíz entre el 2004 y el 2016, quien sostiene que, en definitiva no existió nexo contractual de alguna especie que lo hubiera atado con la demandante; por tanto, analizado el material probatorio aportado al proceso, fácilmente se puede concluir que le asiste la razón al *a quo* por lo siguiente:

Los demandados admitieron ser esposos en los interrogatorios de parte que absolvieron, y que la demandante fue contratada en el año 2004, para desempeñarse en oficios domésticos varios en su casa de habitación, de los cuales se beneficiaron ambos y sus hijas; señalaron, que más o menos en el año 2005, su vivienda se ubicó en la Calle 25G #75-47 de esta ciudad y que en la ampliación de la casa contigua y unida (Calle 25G #75-53), también nació la ‘empresa’ Air Med Oxinal para dicha data, lo que también fue advertido al contestar el hecho 4.º de la demanda (f.º 80).

A f.º 17, se aportó una certificación laboral expedida el 15 de abril de 2010, por el demandado Héctor Julio Ruíz, como gerente y propietario del establecimiento de comercio Air Med Oxinal (Oxígeno Medicinal), en la que consta que la demandante laboró desde el 1.º de septiembre de 2004, en el cargo de servicios generales con una asignación mensual del salario mínimo legal vigente, más bonificaciones por cumplimiento no prestacional,

para un total de \$900.000, siendo vinculada a través de un contrato de trabajo a término indefinido.

En este punto, debe advertirse en cuanto a la validez de las certificaciones laborales expedidas por el empleador, que esta Sala es del criterio según el cual, el juez laboral debe tener en principio, como un hecho cierto, el contenido de las constancias expedidas por el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, porque que no es usual que una persona falte a la verdad respecto de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial, máxime cuando no fue refutada de falsa por quien la suscribió dentro del término legal ni con los mecanismos que propicia la ley para tal efecto, como aquí ocurrió; por tal razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda de que lo que se certificó en un tiempo no fue real (CSJ SL, 8 mar. 1996 rad. 8360, reiterada en la SL, 1º mar. 2011 rad. 43685 y en la SL14426-2014, SL, 6 mar. 2013 rad. 39050, SL16528-2016 y SL6621-2017).

En el presente proceso, para derruir lo afirmado en la certificación aludida, a pesar de que no se tachó de falso tal documento, se alegó por el demandado en la contestación a la demanda (f.º 86) y en su interrogatorio de parte, que lo allí afirmado no correspondía a la realidad, en la medida en que lo hizo por ‘caridad’ con el fin de ayudar a la demandante a demostrar ingresos para que determinado banco le efectuara un préstamo hipotecario y así poder comprar su casa, lo que según su dicho, quedó documentado en su hoja de vida, dado que

aparentemente le hizo firmar un escrito en donde constara esa situación tanto a la demandante como a la otra empleada que se le hizo tal favor en la misma época, solo que la carta firmada por Teresa Ayala ‘extrañamente se desapareció’, mientras que la firmada por la otra empleada se conservó en los archivos. Matilde Torres en su interrogatorio de parte sostuvo que la certificación de Teresa Ayala chaparro, la hizo Francy Naira.

No obstante, se derruyen tales apreciaciones en la medida en que si bien Francy I. Neira Reyes dejó constancia de que la *«información de la papelería que he solicitado con fines de obtener un préstamo de vivienda de interés social se ha elaborado con el fin de llenar requisitos de préstamo bancario. Los valores que en la realidad corresponden son aquellos que quincenalmente firmo en la nómina de la empresa»*, lo cierto es que los documentos que se suscribieron para dicha época datan de agosto de 2009 (f.º 138-141), mientras que la certificación de la demandante, se elaboró en abril de 2010; además, el demandado también sostuvo que Francy era una de sus empleadas más antiguas, de hecho, la primera que tuvo en su casa ubicada en la Calle 25G #75-53 de esta ciudad hacia el año 2005, sin embargo, las certificaciones dan cuenta que Francy inició labores el 1.º de septiembre de 2007.

Por lo tanto, con tales escritos no se desacredita en manera alguna, la información de la certificación del 2010 debido a la multiplicidad de contradicciones en los dichos del demandado, ni siquiera se desacredita su contenido con lo aceptado por la demandante en su interrogatorio de parte, porque ella lo único que sostuvo fue que la certificación en efecto la solicitó para pedir un préstamo bancario, pero en ningún momento se le realizaron

interrogantes para efectos de llevarla a una confesión en relación con alguna presunta falsedad o que indicara que la información allí firmada por el demandado, estaba basada en hechos no ajustados a la realidad.

Además, nótese que en el membrete usado en la certificación de la demandante del 2010, se registró la dirección Calle 25G #75-53 de esta ciudad, y se impuso como N.I.T., el número de la cédula de Héctor Ruíz, 2.892.074, más el dígito de verificación 9, y que a f.º 157 y 162, obra el registro mercantil del demandado, en el que consta que para el 21 de enero de 2008 era propietario del mencionado establecimiento de comercio; por lo que quien resulta responsable de lo allí registrado es directamente el demandado, dado que los establecimientos de comercio no son sujetos de derechos ni obligaciones.

Aunado a ello, lo relatado por la testigo Francys Isabel Neira Reyes, riñe con la dirección indicada en la certificación y la informada por los demandados en sus interrogatorios de parte, en la medida en que, la declarante sostuvo que en el año 2007, la ‘empresa’ estaba ubicada en la Calle 25G #75-53 de esta ciudad, y que para el 2009 ya se había trasladado al lado, en la Calle 25G #75-47, motivo por el que ante esta y otra serie de importantes contradicciones en su declaración, la Sala no la tendrá en cuenta para desvirtuar lo informado en la certificación.

Por otra parte, a f.º 92 y 93, se aportaron con la contestación a la demanda, dos contratos de trabajo individual a término fijo inferior a un año suscritos entre Héctor Ruíz y Teresa Ayala, el

1.º de febrero de 2009 y el 16 de enero de 2010, el primero por 11 meses y el segundo por el mismo tiempo más 15 días, con el fin de que la demandante se desempeñara en oficios varios.

De igual forma, se allegaron planillas de pagos de nómina quincenal bajo el mismo N.I.T. de Héctor Julio Ruiz, que dan cuenta del pago de quincenas en febrero y mayo de 2009 (f.º 128, 129).

De f.º 97 a 100 y 114, se aportaron formularios de vinculación de la demandante a Pensiones y Cesantías Porvenir SA, Cafam y Salud Total E.P.S., suscritos por el demandado Héctor Ruiz, como persona natural, en febrero de 2009; y aunque de f.º 100 a 109, obran las planillas asistidas S.I.M.P.L.E., con las que se constata que bajo el N.I.T. de dicho demandado como persona natural se pagaron aportes a seguridad social integral en favor de la demandante para los meses de marzo de 2009 a agosto de 2010, según la relación de aportes en Salud Total S.A., efectuados por el demandado Julio Ruiz Sierra, en favor de la demandante solo para los meses de enero a agosto de 2010, y en Porvenir S.A., desde abril de 2009 hasta julio de 2010 (f.º 13 y 15).

Ahora bien, el demandado siempre sostuvo en su interrogatorio de parte, que las órdenes que se le impartieron a la demandante, fue exclusivamente por parte de su esposa, quien según su dicho, desde el año 2005 manejaba toda la parte administrativa de la mal llamada ‘empresa’ y que posteriormente se cambió de razón social para transformarse en la I.P.S. Airmed Oxinal Representaciones S.A.S., con la que aparentemente hubo

una sustitución patronal avisada a todos sus empleados, incluso a la demandante; pero esto último no se demostró y, de los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, con los que trató de demostrar su dicho y que reposan de f.º 155 a 157 y 162 a 241, solo se verifica que su matrícula mercantil como persona natural propietaria del establecimiento de comercio Air Med Oxinal, se canceló el 28 de septiembre de 2012, mientras que la mencionada sociedad se constituyó el 1.º de julio de 2010, pero primero tuvo el nombre de Airmed Oxinal Representaciones S.A.S., de ahí que exista otra contradicción en las manifestaciones del demandado; incluso su esposa Matilde en el interrogatorio de parte, señaló que la ‘empresa’ inició desde el año 2001.

Seguidamente, la demandada manifestó en su interrogatorio de parte, que con posterioridad al año 2009 y hasta el 2016, si bien la demandante ya estaba prestando servicios a la mal llamada ‘empresa’, por la cual fue contratada el 1.º de febrero de 2009, los viernes continuó haciendo el aseo en su hogar de 8 a. m. a 6 p. m., sirviendo tintos y el almuerzo para ella y su esposo, así como para dos empleadas de la empresa, en la medida en que ya no permanecían mucho en la casa, sino en la finca, el resto de días entre semana, los laboraba para la I.P.S. dentro del mismo horario, bajo sus órdenes. Incluso, la testigo Francy Isabel Neira, dijo ser una de las beneficiadas de los almuerzos, tintos y aromáticas que preparaba Teresa para los ‘socios’ aquí demandados, entre los años 2009 y 2019.

Así las cosas, con base en las pruebas hasta aquí reseñadas, en lugar de hallarle la razón al apelante, todo lleva a concluir que sí fue efectiva la prestación de servicios de la demandante en favor de ambos demandados, contrariándose todos los

argumentos expuestos tanto en la contestación de la demanda, como en la impugnación.

Y como si lo anterior fuera poco, la declarante Sandra Liney Rodríguez Torres, pariente cercana de los demandados, reafirmó lo relatado por ella en el escrito de f.º 147, donde agregó que les constó de manera directa la forma en que la demandante prestó sus servicios domésticos generales en casa de los demandados, por lo menos entre los años 2004 y 2016, porque entre los años 2004 y 2008, Teresa se turnaba por días para colaborar en todas las casas de los familiares, incluso de otras personas ajenas a la familia, para lograr ganar dinero a lo largo de toda la semana, y con posterioridad al 2009, cada vez que iba a casa de los demandados, si bien Teresa ya estaba prestando servicios en la ‘empresa’, continuaba sirviendo tintos en la casa de los demandados para las visitas, y que en la actualidad, sigue prestando los mismos servicios para algunos familiares, también por días.

De modo que, los demandados no corrieron con la carga probatoria impuesta por los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, para desacreditar la presunción que se activó con el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues con el material probatorio aquí analizado, se itera, se probó la prestación de los servicios domésticos por parte de la demandante, sin que se desvirtuara cualquier tipo de subordinación en su cabeza por parte de ambos demandados.

Vale la pena advertir igualmente, que si bien de conformidad con lo dicho por la demandante en su interrogatorio de parte y la documental obrante de f.º 12, 16, 17, 94, 95, 110-113, 115-127, 133, 134 la demandante pudo haber sostenido un vínculo

paralelo e independiente, al celebrado con la parte pasiva, con la I.P.S. Airmed Oxinal Representaciones S.A.S.-I.P.S.-A.O.R.-hoy liquidada, de la cual Héctor Julio Ruíz, aquí demandado fungió como representante legal y accionista (f.º 155, 156, 165-241), así como pudo haber sucedido con las personas naturales Martha Soraida Torres, Alicia Torres de Bernal, Sandra Rodríguez Torres, Elvira Torres de Rodríguez, José Santos Rodríguez y Luz Adriana Rodríguez Torres (f.º 145-147), en estas situaciones no le corresponde inmiscuirse a la Sala, teniendo en cuenta que la mencionada empresa y personas naturales son terceros ajenos que no fueron vinculados al presente litigio; en todo caso, ello en nada desvirtúa ni desnaturaliza el verdadero vínculo laboral que fue declarado en primera instancia, y que aquí se confirma, de acuerdo con el material probatorio analizado al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y precisamente porque quedó plenamente acreditado que Teresa prestó sus servicios domésticos un día a la semana a los demandados en los extremos temporales declarados, lo que dicho sea de paso fue aceptado en los interrogatorios de parte que rindieron los demandados.

Así las cosas, se confirma la sentencia impugnada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

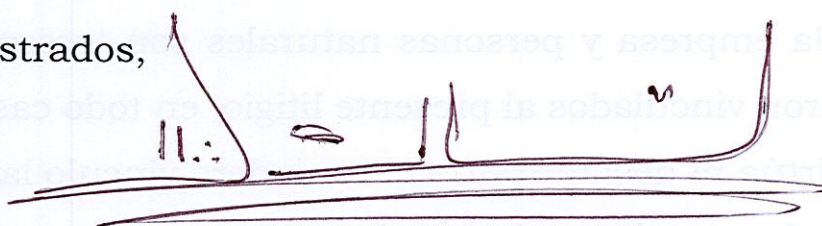
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

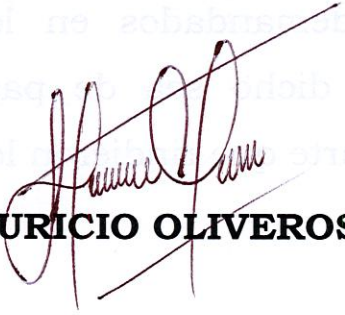
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA