



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARIA CRISTINA SEGURA TEJEDOR** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

EXP. 11001-31-05-004-2016-00742-01.

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 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 grado de consulta jurisdiccional de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por ser totalmente adversa a las pretensiones de la demandada, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

MARÍA CRISTINA SEGURA TEJEDOR demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, para que se le condenara a contabilizar los periodos laborados entre el 23 de mayo de 1986 y el 24 de noviembre de 1988, y entre el 12 de diciembre de 1998 al 16 de agosto de 1991, en actividades de alto riesgo, así como a que se le ordene la reliquidación de su pensión de vejez especial por alto riesgo con el promedio de lo devengado en los últimos diez años y con tasa de reemplazo del 69.5%, desde el 1.º de marzo de 2015, y se le pague el retroactivo causado entre esta fecha y el 1.º de junio de 2016, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación.

Como hechos de sus pretensiones, afirmó que nació el 3 de diciembre de 1962; que laboró para la Caja Colombiana de Subsidio Familiar “Colsubsidio”, entre el 23 de mayo de 1986 y el 24 de noviembre de 1988 y con la Policía Nacional desde el 12 de diciembre de 1988 hasta el 16 de agosto de 1991, como Tecnóloga en Rayos X con exposición a radiaciones, labor que igualmente desempeñó en Radiólogos 99 e Idime; que el 12 de marzo de 2015, solicitó a **COLPENSIONES** la pensión especial por actividad de alto riesgo, que le fue negada mediante Resolución n.º145023 del 19 de mayo de 2015, contra la que interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación; que al resolver el primero, mediante Resolución n.º 145721 del 18 de mayo de 2016, revocó la anterior y le reconoció la pensión especial de vejez de alto riesgo en cuantía de \$867.445 a partir del 1.º de junio de 2016; que sin embargo, no se le tuvieron en cuenta los tiempos laborados antes de 1994, como Tecnóloga en

Rayos X, con exposición a radiaciones; que en derecho de petición que radicó ante Idime, solicitó el retiro del pago de la Seguridad Social, entidad que el 23 de mayo de 2016, le certificó que desde el mes de marzo de 2015, no cotizo a **COLPENSIONES** para ningún riesgo; que el argumento de **COLPENSIONES** para negar el pago de la pensión de vejez fue que Idime pagó aportes en su nombre después de que ella solicitó la pensión de vejez, pero desconociendo que ese pago se hizo porque **COLPENSIONES** fue la que reclamó ese pago aduciendo que Idime se encontraba en mora en el pago de los aportes, induciéndola en error (f.º 110 - 145).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 28 de marzo de 2017, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 146).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En su defensa, manifestó que la demandante no acreditó los requisitos de ley para el reconocimiento de la pensión en la forma que aspira. Propuso las excepciones de inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 19 de septiembre de 2019, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que la demandante causó su derecho pensional desde el 30 de diciembre de 2012, cuando cumplió 50 años de edad. Condenó a la demandada a que reconociera y pagara la pensión de vejez desde el 1.º de marzo de 2015, así como a pagarle un retroactivo pensional de \$13.274.247

por concepto de mesadas causadas entre el 1.º de marzo de 2015 y el 31 de mayo de 2016, autorizándola para que descontara los aportes a salud. Igualmente, la condenó a pagarle a la actora los intereses moratorios causados desde el 12 de septiembre de 2015, y hasta cuando pague el retroactivo adeudado. Finalmente, le impuso las costas por valor de \$1.400.000.

El Juzgado, consideró que los problemas jurídicos que se debían resolver eran cuatro, a saber: *i)* Establecer si la señora María Cristina Segura Tejedor logró acreditar 1431 semanas de cotización en actividades de alto riesgo, y en consecuencia, si cumplió con más de 700 semanas cotizadas, lo que le da derecho a que se le reduzca más la edad para que lleve el derecho pensional; *ii)* determinar si el disfrute de la pensión debe ser a partir del 1.º de Marzo del año 2015; *iii)* precisar si la tasa de reemplazo que le corresponde es el 69.5% del promedio de lo devengado en toda la vida laboral o en los últimos 10 años, y *iv)* fijar si lugar al reconocimiento de intereses moratorios, indexación y si operó o no la prescripción.

Luego, expresó que no era materia de controversia el reconocimiento de la pensión de vejez de alto riesgo a la actora mediante la Resolución n.º GNR 145721 del 18 de Mayo de 2016, de acuerdo con el Decreto 2090 de 2003 a partir del 1.º de Junio de 2016, con una mesada pensional de \$867.455, así como la presentación de la reclamación administrativa el 5 de julio de 2016, sobre la cual Colpensiones guardó silencio.

Sobre el primer problema, dejó establecido que efectivamente la actora acreditó su exposición a actividades de alto riesgo entre el 26 de mayo del 86 y el 24 de noviembre del 88, y entre el 12 de diciembre de 1988 y el 16 de agosto de 1991 en Colsubsidio, tiempos que Colpensiones reconoce que la actora le presentó certificaciones en

dicho sentido, por lo que estimó el juzgado que debían sumarse a las semanas que Colpensiones admitió que había laborado en actividades de alto riesgo, esto es, 994 semanas desde el 22 de junio de 1994, cuando comenzó la obligación de cotizar el 6% adicional en dichas actividades. Señaló, que como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1342 de 2018, si bien a partir de dicha fecha fue cuando se hizo exigible dicho aporte adicional, los tiempos anteriores debían tenerse en cuenta con la constancia de un concepto técnico científico de medicina ocupacional que evidenciara que estaba expuesta a actividades de alto riesgo. Y tal como se dijo en la citada resolución, la actora cumplió con esa carga.

Igualmente, dijo que el tiempo prestado por la demandante a la Policía Nacional como Tecnóloga en Rayos X, entre el 12 de diciembre de 1988 y el 16 de agosto de 1991, también debía tenerse en cuenta por Colpensiones, ya que si bien no obraba concepto de medicina ocupacional que acreditara la exposición al riesgo; sin embargo, como fue la misma actividad que desempeñó en Colsubsidio, y que la demandada reconoció como actividad de alto riesgo, no había lugar a su exclusión.

Dijo entonces, que la demandante había cotizado un total de 1200 semanas en actividades de alto riesgo, por lo que de acuerdo con el artículo 4.º del Decreto 2090 de 2003, la demandante había causado su derecho pensional cuando cumplió 50 años de edad, esto es, el 30 de diciembre de 2012, momento para el cual había cotizado 1297,29 semanas, cuando las semanas mínimas requeridas eran de 1225.

Sobre el segundo, relacionado con el disfrute de la prestación, dijo que la Corte Suprema ha sostenido que de acuerdo con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, es necesaria la

desvinculación formal del sistema, pero que en circunstancias excepcionales que cada uno de los jueces debe verificar en el proceso, es posible tener una fecha anterior a esa desafiliación formal.

Al examinar la historia laboral de la actora, encontró cotizaciones de febrero y diciembre de 2015, y de enero de 2016, sobre las cuales se dijo en la demanda inicial que se habían realizado porque Colpensiones indujo a ese error. Examinó las documentales de folio 60, que es la soliocitud de reconocimiento de pensión que hizo la actora; la carta que esta mandó a su empleadora Idime pidiéndole que no le hiciera más aportes porque había solicitado la pensión de vejez; el escrito de Colpensiones a la demandante informándole de las inconsistencias presentadas en los períodos de enero y febrero de 2012, marzo de 2015 a noviembre de 2015, y la carta de I.D.I.M.E. al I.S.S. solicitando la devolución de los aportes, todo lo cual indicaba que en verdad la actora había dejado de aportar desde marzo de 2015.

Recalcó, que los aportes realizados por I.D.I.M.E. fueron en diciembre de 2015 y enero de 2016, mucho tiempo después de que la demandante solicitara su reconocimiento pensional, y los cuales, además, fueron solicitados que se devolvieran, y acreditan que desde marzo de 2015 la actora no volvió a laborar.

Observó, que la carta de Colpensiones solicitando aclaración de unos períodos es del 17 de junio de 2016, y la carta en la que I.D.I.M.E. solicita la devolución de aportes por error es de mayo de 2016, por lo que resulta inexplicable que no le hubiera reconocido la pensión desde el 1.º de marzo de 2015.

Sobre el tercero, relacionado con el monto de la mesada pensional, el juzgado estimó que Colpensiones la había liquidado correctamente al igual que la tasa de reemplazo que utilizó. A renglón

seguido, dijo que a la demandante le correspondía un retroactivo de \$13.274.247, del cual Colpensiones debe descontar los resoectivos aportes por salud.

Frente al cuarto, sostuvo que no había prescrito ninguno de los derechos reclamados por la actora, porque la pensión se le había reconocido el 18 de mayo de 2016, la reclamación administrativa se hizo el 5 de junio de 2016 y la demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2016.

Respecto de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estimó que eran procedentes, ya que de acuerdo con la sentencia 18512 de 2002, la Corte dijo que debían imponerse siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas. Y al considerar viable los intereses morartorios, manifestó que no era procedente la indexación.

IV. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala conoce de este proceso en grado de consulta en favor de Colpensiones, así:

1.- SEMANAS COTIZADAS POR LA DEMANDANTE EN ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO.

En la Resolución n.º145721 del 18 de mayo de 2016, Colpensiones reconoció pensión de vejez especial de alto riesgo a la demandante en cuantía de \$867.445 a partir del 1.º de junio de 2016,

(f.º 63 - 71). Allí, reconoció que la actora había presentado certificaciones laborales por servicios prestados como Tecnóloga en Rayos X con exposición a radiaciones ionizante a Colsubsidio, Instituto de Diagnóstico Médico I.D.I.M.E. y a Radiólogos 98, especificando los períodos de esas prestaciones. Sin embargo, para efectos de actividades de alto riesgo, solo tomó en cuenta las semanas de cotización desde el 22 de junio de 1994, cuando se introdujo la cotización especial adicional en dichas actividades. Es decir, que para Colpensiones las semanas válidas a tener en cuenta como actividades de alto riesgo, son las que se cotizaron con el incremento adicional.

Sin embargo, como bien lo anotó el Juzgado, la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL1342 del año 2018, señaló: *“...la obligación en cabeza de los empleadores de aportar el 6% adicional en la cotización por pensión surgió a partir del 22 de Junio del 94 por mandato del Decreto 281 de ese mismo año, por lo que antes de esa fecha no era exigible el aporte adicional, inclusive para efectos de que se procediera al reconocimiento de la pensión especial de vejez como mecanismo, se establecía un concepto técnico científico de medicina ocupacional que evidenciara que se estaba expuesto a dichas circunstancias, concepto que fue emitido por el ISS respecto del señor Gil Mora en ese caso”*.

Lo anterior, indica que todas las semanas cotizadas en actividades de alto riesgo antes y después del 22 de junio de 1994, deben tenerse en cuenta para efectos de la pensión de vejez derivada de dichas actividades, pues el hecho de que la cotización adicional surgió a partir de la fecha anotada, no significaba que las anteriores no pudieran tenerse en cuenta. Y si la propia Colpensiones reconoció que en las entidades anotadas, la demandante fue Tecnóloga en Rayos X con exposición a radiación ionizante, pero solo le tomó en cuenta las cotizadas a partir del 22 de junio de 1994, no hay duda de que las anteriores a esta fecha también deben ser contabilizadas, pues es evidente que antes y después prestó servicios en actividades de alto riesgo.

Lo mismo debe decirse del servicio prestado a la Policía Nacional entre el 12 de diciembre de 1988 y el 16 de agosto de 1991 (f.º, 261), tiempo en que la actora igualmente se desempeñó como Tecnóloga en Rayos X. Esto significa que la actora, en actividades de alto riesgo después del 23 de junio de 1994, cotizó 994 semanas. Antes, para Colsubsidio 128 semanas, y para la Policía Nacional 138 semanas, que dan un total de 1260, por lo que no hay duda de que acreditó más de 1000 semanas de cotización, y que al tenor de lo dispuesto en el artículo 4.º del Decreto 2090 de 2003, su derecho a la pensión se causó el 30 de diciembre de 2012, cuando cumplió 50 años de edad, por lo que lo decidido por el juzgado en este punto habrá de confirmarse.

En cuanto a la fecha del disfrute de la pensión, todas y cada una de las documentales relacionadas por el juzgado, inequívocamente demuestran que la demandante realmente hizo su cotización en febrero de 2016, porque después de esa fecha no volvió a prestar servicios a entidad alguna como lo manifestó I.D.I.M.E., y siempre manifestó su inconformidad por los requerimientos que hizo Colpensiones a dicha entidad para que aclarara algunos períodos de pago.

Y si bien es cierto, que para el disfrute de la pensión se necesita que el trabajador sea desafiliado del sistema, también lo es, que la Corte Suprema ha admitido excepciones a esa regla, como por ejemplo, cuando las pruebas acreditan fehacientemente que hubo retiro del servicio y que no había lugar a más cotizaciones.

Luego entonces, como la actora cotizó hasta el mes de febrero de 2015, es claro que debía disfrutar de su pensión desde el 1.º de marzo de ese año, fecha en la cual ya tenía causado su derecho a la pensión especial por vejez y no volvió a cotizar al sistema.

Y como Colpensiones le reconoció la pensión desde el 1.º de junio de 2016, es claro que la actora tiene derecho al retroactivo pensional causado entre el 1.º de marzo de 2015, cuando debió realmente empezar su disfrute, y el 1.º de junio de 2016, desde cuando Colpensiones le reconoció al derecho. Y como igualmente ese retroactivo es por mesadas pensionales causadas, hay lugar a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, como con acierto lo señaló el juzgado.

En consecuencia, se confirmará la sentencia consultada sin que haya lugar a costas en este grado de jurisdicción.

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,

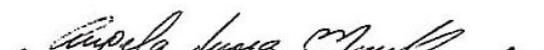
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación, por surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

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 **JESÚS ALBERTO BOHÓRQUEZ RODRÍGUEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001-31-05-004-2018-00390-01

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 las demandadas contra la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declarara que **PORVENIR S.A.**, no lo asesoró de manera correcta y juiciosa, toda vez que no 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, y que se aplicara las facultades extra y ultra petita. Igualmente, solicitó que en caso de que no prosperara el traslado de régimen, se condenara a **PORVENIR S.A.** a reconocerle una pensión, cuando alcance los 62 años de edad, en las mismas condiciones en las que hubiera tenido derecho si estuviera afiliado al R.P.M.

Para el efecto, manifestó que nació el 14 de agosto de 1954, y que actualmente tiene 63 años; que se afilió al extinto I.S.S el 6 de diciembre de 1979; que el 21 de junio de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo **PORVENIR S.A.**; 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.**, y que ha cotizado un total de 1267 semanas así: 170 semanas al **I.S.S.**, Y 1097 semanas a **PORVENIR S.A.**; que antes de los 52 años, no recibió

información por parte de la **A.F.P.** respecto de la posibilidad de regresar al **R.P.M.**; que quedó inmerso en la restricción de que trata la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003 de los 10 años para trasladarse al R.P.M.; que el 7 de mayo de 2018, diligenció ante **COLPENSIONES** formulario de solicitud de traslado, y que la entidad se lo negó por estar a menos de 10 años, para cumplir la edad de pensión.

Señaló, que el día 27 de febrero de 2018 le solicitó a **PORVENIR S.A.**, información sobre la asesoría recibida al momento del traslado de régimen, a lo que la **A.F.P.**, mediante comunicación de 12 de febrero de 2019, le respondió que si había brindado asesoría pero que no tenía evidencia de ello; que en la misma fecha radicó solicitud de información sobre el valor de su mesada pensional, y que la **A.F.P.**, por correo electrónico de 8 de marzo de 2018, le informó que conforme a la simulaciones aritméticas, tendría derecho al reconocimiento de pensión a la edad de 63 años, de una mesada de \$1.619.800, con una tasa de reemplazo del 19.03%.

Expresó, que si hubiese estado afiliado al **R.P.M.**, podría acreditar el cumplimiento de requisitos mínimos para pensión de completar las 1.300 semanas, el 18 de octubre de 2018, fecha en la cual tendría 64 años de edad, y bajo dicho supuesto se le aplicaría un **I.B.L.** de \$7.249.595, por lo que al pensionarse en este régimen el valor de su mesada sería de \$4.412.119, con una tasa de reemplazo de 60.86%, conforme al cálculo actuarial que adjuntó con la demanda.

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 68 - 69).

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 163 - 164).

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 168 - 169).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 16 de septiembre de 2019, declaró la nulidad de la afiliación del demandante al **R.A.I.S.**, que en su caso administra **PORVENIR S.A.**, para tenerlo como válidamente afiliado a **COLPENSIONES**; condenó a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos; ordenó a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado del demandante al **R.P.M.**; condenó en costas a **PORVENIR S.A.**, y concedió recurso de apelación a las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

Para fundamentar su decisión, se refirió a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-17595 de 2017, en donde se expresó que la obligación de información de la **A.F.P.** es de carácter profesional, y debe comprender todas las etapas del proceso, esto es desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, por lo que es su deber proporcionar a los interesados una información completa y comprensible, debido a que el administrador es experto, y el afiliado lego en materias de alta complejidad.

Igualmente, señaló que en sentencia SL-68852 se estableció que cuando el afiliado alega que no recibió la información debida, como en el presente caso, le corresponde a la administradora de pensiones demostrar que si la brindó, por cuanto está en posición de hacerlo, y

que en sentencia SL-68838, se dijo que el acto jurídico de cambio de régimen debía estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, sobre las características, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado.

Analizó las siguientes pruebas documentales allegadas al proceso: reporte de semanas cotizadas en **COLPENSIONES** por el actor desde el 6 de diciembre de 1979 (f.º 18), formulario de vinculación firmado por el demandante suscrito el 21 de junio de 1996 (f.º 24), historial de vinculaciones del demandante (f.º 111), así como el interrogatorio practicado al actor en la diligencia, quien manifestó que en la asesoría brindada por **PORVENIR S.A.** le indicaron que el **I.S.S.** se iba a acabar, que no le hicieron las proyecciones respectivas, Y que solo hasta el momento en que se acercaba la fecha para pensionarse le indicaron las implicaciones de pensionarse en cada uno de los regímenes. Por lo que el juzgado consideró que **PORVENIR S.A.**, no cumplió con el deber de asesoría que le corresponde.

Respecto del argumento invocado por **COLPENSIONES**, de que el demandante no es beneficiario del régimen de transición el juez indicó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que es un argumento equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional ni derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una A.F.P. por incumplimiento del deber de información, dado que este deber se predica frente a la validez del acto jurídico, por lo que se deben tener en cuenta las particularidades de cada caso.

Así las cosas, como **PORVENIR S.A.** no acreditó que en el año

1996 haya brindado al actor una debida información, declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado al **R.P.M.**

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

1.- PORVENIR

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que el relato del demandante respecto de las condiciones en las que se efectuó la afiliación presentó varias contradicciones en tanto que en la demanda indicó que la **A.F.P.** nunca le hizo ningún comparativo sobre los regímenes, pero en su interrogatorio expresó que en el año 1997 si se le hizo una proyección, de la cual tuvo conocimiento desde hace un año. No obstante, el actor afirmó que la vinculación de porvenir la hizo con base en ese documento, el cual nunca fue aportado al proceso por el, por lo que es claro que **PORVENIR S.A.**, no indujo en error al actor.

Se refirió al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 para indicar que si el afiliado decide trasladarse de régimen debe hacer una manifestación por escrito, que es la que consta en el formulario de afiliación suscrito por el demandante hace 23 años, que hoy pretende desconocer, y que contrario a lo que afirmó el juez, en el presente caso no se demostró que la **A.F.P.** no haya brindado la información de forma clara y completa.

Asimismo, indicó que en ciertos casos como los de las sentencias SL-33083 y 31989 se decretó la nulidad de afiliación por tratarse de personas que tenían una expectativa legítima, puesto que se encontraban a 6 meses de pensionarse, y habían adquirido la edad

pensional. No obstante, el caso del actor es diferente puesto que al 1 de abril de 1994 tenía 39 años, y al momento de efectuar la afiliación no tenía ninguna expectativa pensional. Anudado a ello, le asiste la prohibición prevista en la ley de que no puede trasladarse de régimen puesto que se encuentra a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional.

2.- COLPENSIONES.

Expresó que, en el presente caso, no se vislumbró ni se probó en debida forma un vicio de consentimiento, y que el demandante pudo haber retornado en cualquier tiempo de manera libre y espontánea, al Régimen de Prima Media, pero que por más de 22 años guardó silencio, y estuvo de acuerdo con la información que le fue proporcionada en el momento de la afiliación.

Señaló, que conforme a la sentencia SL-10825 de 2017, radicado n.º47528, la tesis de la declaración de nulidad de la afiliación por incumplimiento del deber de información, solo aplica a quienes son beneficiarios del régimen de transición pensional contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del cual no es beneficiario el actor teniendo en cuenta que al 1.º de abril de 1994 tenía 39 años y 61.61 semanas cotizadas.

Finalmente, indicó que el actor no cumplió con los deberes que le corresponden como consumidor financiero previstos en el artículo 4 del Decreto 2441 de 2010, y solicitó que se tuviese en cuenta lo establecido en sentencia C-1024 de 2004 en donde se dijo que el **R.P.M.** se sostiene con cotizaciones efectivamente realizadas por lo afiliados, de modo que sería contrario al principio de equidad y la constitución política, que el actor resulte beneficiario del **R.P.M.**, cuando por más de 23 años cotizó al **R.A.I.S.**

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 14 de agosto de 1954 (f.º 17); **ii)** que a 31 de diciembre de 1994 tenía un total de 46,29 semanas cotizadas en el **R.P.M.** (f.º 18); **iii)** y que el 21 de junio 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 110).

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.º 110). 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. en el municipio de Anapoima, en el año 1997, y que no aportó al proceso el documento al que se refirió de fecha de 1 de marzo de 1997, mediante el cual **PORVENIR S.A.** le realizó un cálculo del valor de los mesadas pensionales en cada régimen. De igual forma, admitió siempre haber estado conforme y tranquilo con su fondo de pensiones, y que no hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión toda vez que consideró que la información suministrada por **PORVENIR S.A.** era confiable.

De manera 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 los 23 años en que estuvo afiliado. Así las cosas, 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 *ídem*.

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 de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

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.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al régimen de ahorro individual.

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.

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 la afiliada 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 consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** 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,

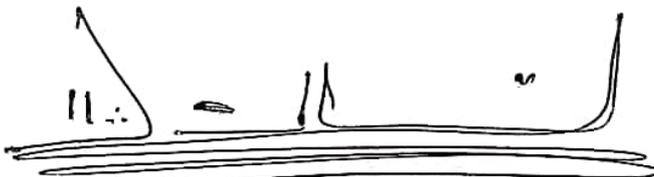
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019, por el Juzgado Cuarto 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: Jesús Alberto Bohórquez Enrique Pérez Velasco
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 004 2018 00390 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 *ibidem*, 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).

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 **JOSE ANTONIO PENAGOS** contra **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES.**

EXP. 11001-31-05-004-2019-00100-01.

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 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 grado de consulta jurisdiccional de la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por ser totalmente adversa a las pretensiones del demandante, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el señor **JOSÉ ANTONIO PENAGOS** demandó al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, para que su mesada pensional fuera reajustada de conformidad con el artículo 1.º de la Ley 4.ª de 1976, y se le pagaran las diferencias adeudadas debidamente indexadas.

Fundamentó sus pretensiones, en que mediante Resolución n.º1100 del 22 de septiembre de 1995, adquirió el estado de pensionado de acuerdo con los artículos 20 y 23 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1980, el primero de los cuales dispuso que los Ferrocarriles Nacionales de Colombia continuará ejerciendo la tramitación y cancelación de las mesadas de los pensionados y demás obligaciones de ley en las mismas circunstancias en que lo viene haciendo actualmente, y el segundo, que dice que: *“La Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia garantiza el estricto cumplimiento del artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1.º de marzo de 1978, referente a la continuidad en la aplicación de las normas contenidas en la legislación especial vigente para los trabajadores ferroviarios, las consignadas en el llamado código o Reglamento General de los Ferrocarriles Nacionales y las establecidas en las convenciones colectivas, actas, acuerdos Laudos, Pactos vigentes, tanto a nivel nacional como regional, garantizando la vigencia de esas disposiciones y documentos, mientras no se modifiquen expresa y bilateralmente”*. Que los reajustes hasta 1999 se hicieron de acuerdo con la convención, ya que siempre superaron el 15%, pero desde el año 2000, esos reajustes han estado por debajo del 15% señalado en el artículo 1.º de la Ley 4.ª de 1976.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de abril de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 128).

EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES, se opuso a las pretensiones del actor, alegando que la pensión que se le reconoció fue con fundamento en la convención colectiva de trabajo de 1976, además de que la Ley 4.ª de 1976 fue derogada por la Ley 71 de 1988, y el “*acuerdo 001 de 2005*” estableció la imposibilidad de acceder a más beneficios convencionales. (f.º 210 - 211).

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de las mesadas, buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas y pago (f.º 220-221).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 11 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el actor, por el resultado del proceso se relevó del estudio de las excepciones, y como quiera que no se presentó ningún recurso ordenó el envío del expediente al Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en establecer si era procedente o no ordenar el pago de los reajustes pensionales conforme a lo establecido en la Ley 4.ª de 1976. Señaló, que al demandante le fue reconocida una pensión de invalidez mediante Resolución n.º 1100 de 22 de septiembre de 1982, cuyo

disfrute inició el 22 de septiembre de 1982, de acuerdo con la información consignada en la Resolución n.º 2457 de 14 de noviembre de 2018, expedida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, (f.º 91 - 97).

El juzgado, estimó que la pensión de invalidez le fue reconocida al actor en vigencia de la Ley 4.ª de 1976, cuyo artículo primero estableció la forma en la que debían reajustarse las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores públicos, oficial y semioficial en todos sus ordenes, sector privado y las pagadas por el extinto I.S.S.

Se refirió a lo establecido en la Ley 71 de 1988, que derogó parcialmente la Ley 4.ª de 1976, y a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993: *“Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez o de sustitución y sobreviviente, en cualquiera de los 2 regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio el 1 de enero de cada año según la variación del porcentaje del IPC certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno”*, para indicar que al demandante se le ha venido reajustando la pensión conforme a las normas vigentes, esto es de acuerdo a la Ley 100 de 1993, por lo que no es de recibo la pretensión de la demandante de que se le aplique el artículo 4.ª de la Ley 1976 teniendo en cuenta que las normas de trabajo son de orden público, y sus efectos se generan de forma inmediata conforme al artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo.

Aclaró que, si bien la pensión se causó en vigencia de los reajustes ordenados por la Ley 4.ª de 1976, y que dicha norma fue incluida en la norma convencional para su reconocimiento, (f.º 160 -

174), la normativa sólo rigió hasta en la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988, la cual modificó la forma en la que se reajustaban las pensiones, y que actualmente se regula conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993. Por lo que consideró que no era posible aplicar normas que desaparecieron del campo jurídico, por cuanto no se puede violar el principio de inescindibilidad de la norma, so pretexto de aplicar parcialmente la más favorable al trabajador.

IV. CONSIDERACIONES

Como la parte demandante no apeló y las pretensiones le fueron totalmente adversas, la Sala resolverá el grado jurisdiccional de consulta de acuerdo con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. La Sala advierte desde ya que la decisión del juez será confirmada en su integridad por lo siguiente:

El artículo vigésimo de la Convención Colectiva de Trabajo de 1980 (f.º.172), es del siguiente tenor:

“La empresa de los Ferrocarriles Nacionales continuará ejerciendo la tramitación y cancelación de las mesadas pensionales y demás obligaciones de Ley, en las mismas circunstancias como se está practicando igualmente.

Asimismo, la empresa de los Ferrocarriles Nacionales continuará dando cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 7º y 9º de la Ley 4ª de 1976; y además prestará toda su colaboración para la constitución del Fondo Social para familiares de los pensionados ferroviarios”. Por su parte, el artículo vigésimo tercero de la misma convención, dice:

La Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, garantiza el estricto cumplimiento del artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1º de marzo de 1978, referente a la continuidad en la aplicación de las normas contenidas en la legislación especial vigente para los trabajadores ferroviarios, las consignadas en el llamado código o Reglamento General de Trabajo de los Ferrocarriles Nacionales y las establecidas en las Convenciones Colectivas, Actas,

Acuerdos, Laudos, Pactos vigentes, tanto a nivel nacional como regional, garantizando la vigencia de esas disposiciones y documentos, mientras no se modifiquen expresa y bilateralmente.

Asimismo, lo pactado con el Sindicato Ferroviario de Antioquia y el extinto Sindicato Sintraferral”.

Ninguno de los dos artículos convencionales establece que en materia de aumentos de las pensiones, la empresa deberá sujetarse siempre a los aumentos que ordenó el artículo 1.º de la Ley 4.ª de 1976, para las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como para las que pagaba el extinguido Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, excepto de las pensiones por incapacidad permanente parcial.

En otras palabras, ninguno de dichos preceptos contractuales reprodujo el artículo 1.º de la Ley 4.ª de 1976, como norma convencional, ni remitió a esta de manera expresa e indubitable. Lo único que dispuso fue que las pensiones se tramitarían y cancelarían en la forma como se venía haciendo, así como a cumplir las demás obligaciones de ley, pero no dijo, se reitera, que en cuanto a los reajustes pensionales siempre regiría la Ley 4.ª de 1976, por lo que bien puede entenderse que cuando se refirió a las demás obligaciones de ley, en ese momento pudo referirse a dicha ley, la que rigió hasta cuando fue derogada en ese aspecto por la Ley 71 de 1988, que desde su vigencia, empezó a regular la forma de reajuste de las pensiones.

Por lo tanto, ante la ausencia de norma convencional que consagrara que el reajuste de las pensiones convencionales reconocidas por los extinguidos Ferrocarriles Nacionales de Colombia tendría siempre como fundamento la Ley 4.ª de 1976, es claro que dicho reajuste quedó sometido a lo que dijera la ley vigente al

momento de hacer el reajuste, lo que conlleva a que la sentencia consultada deba confirmarse sin que haya lugar a costas por el grado de jurisdicción.

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 Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en la presente 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 **HENRY RAMÍREZ**
en contra de **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 004 2019 00142-01

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 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante respecto de la sentencia dictada el 16 de septiembre de 2019 por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a Colpensiones, a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desde el momento a partir del cual le fue reconocida la pensión de vejez y

hasta cuando subsistan las causas que le dieron origen, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las sumas adeudadas, que deben ser pagadas en 14 mesadas anuales (f.º 2, 3).

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el extinto I.S.S., le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.º 112071 de 2010, con base en artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición; convive con su esposa Rosalba Platero de Ramírez, quien depende económicamente de él y no devenga pensión alguna; reclamó administrativamente (f.º 2).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 22 de marzo de 2019, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 14), quien la contestó oponiéndose a todas las pretensiones, con el argumento de que los incrementos pensionales reclamados fueron derogados y el derecho se encuentra prescrito. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de causa para demandas, falta de causa y título de los derechos reclamados, buena fe, compensación e improcedencia de los intereses moratorios y de la indexación (f.º 17-27).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, fue notificada, pero guardó silencio (f.º 16).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 16 de septiembre de 2019, absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de condenar en

costas a las partes, tras considerar que los incrementos pensionales por personas a cargo no fueron derogados con la Ley 100 de 1994, y que si bien se cumplieron los requisitos para acceder a ellos, lo cierto es que se encuentran prescritos en su totalidad (f.º 32-34).

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, para verificar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en caso afirmativo, si se reúnen los presupuestos de la norma para disponer su pago, y si los mismos se encuentran afectados del fenómeno prescriptivo en forma total o parcial.

Los incrementos pensionales del 14% por cónyuge a cargo no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, se deben entender como parte del régimen de prima media con prestación definida en virtud del artículo 31 *ibidem* (CSJ SL, 27 jul. 2005 rad. 21517, SL, 5 dic. 2007 rad. 29751 y SL, 18 ago. 2010 rad. 36345, SL13007-2017 y SL1975-2018), criterio que acoge esta Sala de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Revisados los requisitos para el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, si bien habría lugar al reconocimiento de los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, porque se encuentran vigentes para quienes como el demandante, son pensionados por vejez en virtud del régimen de transición que remite al citado acuerdo, como consta en la resolución n.º 112071 de 2010 (f.º 12), aunado a que se

acreditó la calidad de cónyuge del demandante de Rosalba Platero de Ramírez, con quien contrajo matrimonio por el rito católico el 30 de agosto de 1980 (f.º 9) y que convive bajo el mismo techo, lecho y mesa desde hace un poco más de 33 años, y la dependencia económica total de esta, respecto de Henry Ramírez, debido a la enfermedad que padece (fibromialgia), con la declaración de los testigos Diana Maritza Ramírez, Juan Andrés Poblador, Alicia Espinosa Tibatá, y Gilberanio Barrios Ramírez (hija, yerno, vecinos y amigos de la pareja, respectivamente – f.º 31-34), material probatorio con el que al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluye que se encuentran reunidos los requisitos legales para el reconocimiento de tales incrementos, máxime cuando la demandada no acreditó que la cónyuge del demandante reciba pensión alguna.

Sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, SL, 13 jun. 2012 rad. 42568, SL, 18 sep. 2012 rad. 40919 y 42300, SL9638-2014, SL1585-2015, STL104-2016, SL1749-2018 y SL942-2019, que reiteraron la sentencia SL 12 dic. 2007 rad. 27923, entre otras), aunque los incrementos pensionales están vigentes, se encuentran sometidos a las reglas de la prescripción trienal que rige en materia laboral previstas en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en forma total y no parcial.

Y aunque no se desconocen por la Sala mayoritaria los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, en los que se adoctrinó sobre la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional, desde la sentencia T-456 del 27 de noviembre de 2018, al resolver de forma acumulada 11 expedientes que compartían unidad de materia, la alta Corporación concluyó que tal beneficio fue derogado con la Ley 100 de 1993, por lo que debió consolidarse en

vigencia del Decreto 758 de 1990, tesis ratificada en la sentencia SU-140-2019.

Así las cosas, ante tal escenario, la Sala mayoritaria acude en su integridad a la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que contrario a lo argumentado por la Corte Constitucional, ha sostenido de manera pacífica e inveterada que los citados incrementos pensionales conservan su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, pero además, que están sujetos al fenómeno de la prescripción, puesto que no hacen parte del derecho a la pensión, en tanto constituyen un aspecto económico que sirve para aumentar el monto de la misma y que tal incremento debe entenderse exigible desde el momento en que se produjo el reconocimiento pensional, (artículos 22 del Acuerdo 049 de 1990, 31 Ley 100 de 1993, CSJ SL1975 y SL1749 ambas de 2018, SL13007-2017, SL, 10 ago. 2010 rad. 36345, SL, 27 jun. 2005 rad. 21517).

De manera que, al haber transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad del derecho a incrementar la pensión, con la notificación de la resolución n.º 112071 de 2010, que reconoció la pensión de vejez al demandante (f.º 12), sin que se hubiese interrumpido el término prescriptivo dentro de los 3 años siguientes, pues los reclamó el 19 de octubre de 2015 (f.º 19) y presentó la demanda el 14 de diciembre de 2018 (f.º 10, 11), es claro que los incrementos por cónyuge a cargo aquí reclamados, se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia consultada, sin costas en el grado jurisdiccional.

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 16 de septiembre de 2019 por el Juzgado 4.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Abogada de oficio



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HENRY RAMIREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2019 00142 01

MAGISTRADO PONENTE: DAVID A. J. CORREA STEER.

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

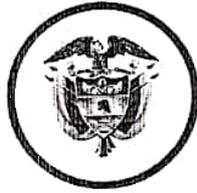
La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FERNANDO ADOLFO GÓMEZ VELÁSQUEZ** contra **ECOPETROL S.A.**

EXP. 11001-31-05-008-2018-00329-01.

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 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 parte demandante, contra la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2019, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

FERNANDO ADOLFO GÓMEZ VELÁSQUEZ, demandó a **ECOPETROL S.A.**, para que se declarara que la demandada tomó los valores que tienen plena incidencia salarial como ingreso base de liquidación del último año de labor del demandante, y que determinó que el promedio ingreso mensual de liquidación de la pensión era de \$293.188; que debe indexar la primera mesada pensional según lo dispuesto por la Corte Constitucional y la utilización de la fórmula establecida por la Corte Suprema de Justicia para el efecto; que adeuda por concepto de la indexación de la primera mesada pensional \$166.128.037, y que la empresa deberá actualizar la mesada teniendo como fecha nueva de base de pensión el primero de junio de 2018, y como base de pensión el valor de \$3.758.419.

Consecuencialmente, para que fuera condenada al pago de los siguientes conceptos: *i)* los valores acumulados dejados de pagar producto de la indexación a la primera mesada, a la cual se le debe aplicar el IPC emitido por el DANE del año en que se dio la ocurrencia del hecho generador de la obligación, por el valor de \$166.128.037, *ii)* al pago de las costas y agencias en derecho a las que haya lugar, y *iii)* lo que se amerite de manera ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en que el 24 de junio de 1992, mediante radicado 2-1140-28261, **ECOPETROL S.A.** le comunicó el reconocimiento de la pensión de jubilación, a partir del 1.º de julio de 1992; que el 18 de septiembre de 1992 le comunicó al demandante que la pensión sería de \$293.188 mensuales, y que sería efectiva a partir del 1.º julio de 1992, fecha en la cual terminó su contrato de trabajo; que el 23 de febrero de 2017, le certificó que recibía una

pensión de \$2.729.766; que el 14 de noviembre de 2017, radicó solicitud de reconocimiento de los valores causados y dejados de pagar como consecuencia de la indexación de la primera mesada pensional ante **ECOPETROL S.A.**, y que el 4 de enero de 2018, recibió respuesta en la cual se le negó lo solicitado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 16 de octubre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 95).

ECOPETROL S.A., no se opuso a la primera pretensión, manifestó que efectivamente el actor trabajó para la empresa y se le reconoció pensión de jubilación conforme a la liquidación señalada por el demandante. Se opuso a las demás pretensiones, e indicó que no le debía ninguna suma al actor que deba ser indexada, y que no existía razón alguna para reliquidar el valor de la mesada pensional. (f.º 99). Propuso las excepciones de fondo de falta de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, pago, compensación y prescripción, (f.º 105 - 108).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 20 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante; declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación reclamada, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos, y no condenó en costas a las partes.

Manifestó, que dentro del plenario no fue objeto de controversia

que entre las partes existió una relación laboral desde el 8 de agosto de 1968 al 13 de agosto de 1971, y del 5 de enero de 1973 al 1.º de julio de 1992, como consta en las certificaciones de tiempos de servicio de fechas 23 de junio de 1992 (f.º 155), y 31 de julio de 2008 (f.º 171), así como en el contrato de trabajo a término indefinido suscrito por el actor (f.º 172 - 174), que al actor le fue reconocida pensión de jubilación a partir del primero de julio de 1992, en cuantía de \$293.198, como se observa en las comunicaciones de 24 de junio de 1992 (f.º 173), y 10140 de 18 de septiembre de 1992 (f.º 158), y en la certificación de pagos de pensión del 13 de febrero de 2019 (f.º 144).

Para determinar si procedía la indexación de la primera mesada pensional del actor, aclaró que la indexación es un mecanismo para garantizar la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional y así evitar la pérdida del poder adquisitivo de la prestación, siempre que haya mediado un tiempo prudente entre en el momento en que el trabajador se retira o termina el vínculo contractual con su empleador, y en el momento del reconocimiento de la pensión, caso en el cual efectivamente se genera un detrimento económico para el patrimonio del pensionado, toda vez que la prestación se liquida con base en el salario devengado en el momento de la terminación del contrato, mientras que la misma se reconoce y empieza a pagarse con posterioridad al momento en que el trabajador cumple con el requisito de edad.

El juez estimó que en el presente caso no acontecieron los supuestos fácticos descritos, debido a que el demandante laboró hasta el 1.º de julio de 1992, y la pensión de jubilación le fue reconocida en la misma fecha, luego entonces entre la fecha de terminación de la relación laboral y la fecha de reconocimiento efectivo de la prestación no transcurrió siquiera un día para que se

produjera la indexación de la primera mesada pensional.

De otro lado, expresó que en el alegato de conclusión presentado por el apoderado del demandante, se mencionó que al momento de establecer el ingreso base por el cual se determinaría el monto de la mesada pensional con fundamento en el Código Sustantivo del Trabajo, no se tuvo en cuenta la prima de servicios. No obstante, en la demanda no se planteó un solo hecho en ese sentido, y en el momento en que se fijó el litigio no existía discusión respecto del monto de la mesada pensional sino sobre la indexación de la primera mesada, por lo cual absolvió a la demandada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida, debido a que el juez no valoró las pruebas allegadas por **ECOPETROL S.A.**

Señaló, que pese a que en la demanda no hubo pronunciamiento alguno sobre el no reconocimiento de la prima de servicios al actor por parte de **ECOPETROL S.A.**, con las pruebas documentales allegadas al proceso se evidenció que la demandada no efectuó dicho pago. No obstante, conforme a la facultad ultra y extra petita, el juez hubiese podido decretar el valor de esta, por lo que expresó que el juzgado incurrió en error de hecho. Igualmente, indicó que la demandada no aplicó los I.P.C. legales constitucionales para los años 1993, 1994 y 1995, toda vez que en la certificación emitida por el D.A.N.E. consta que el actor se pensionó en 1992, año en el cual el I.P.C. era de 25.13, y la demandada lo ajustó al 25.03, esto es, quitándole una décima de ajuste; que para el año 1994, el I.P.C. de 1993 era de 26.60 y fue indexado en 21.09, esto es casi un 2% menos; que para el año 1995, el I.P.C. de 1994 era de 22.59, y que la

demandada lo indexó en 20.5, es decir una diferencia del casi 4% en el ajuste legal.

Finalmente, solicitó que fuera valorada la prueba que obra a folio 144, en donde constan los incrementos pensionales presentados por el actor según los porcentajes decretados por el Gobierno Nacional desde el año 1992 a 2015, y las calificaciones del DANE, puesto que consideró que el juez no valoró estas pruebas.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia, sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. El problema jurídico que le corresponde dilucidar a la sala de decisión en esta ocasión, consiste en establecer si es viable o no, la indexación de la primera mesada pensional del demandante.

Dentro del plenario, no fue objeto de discusión que la prestación correspondiente a la primera mesada pensional, le fue reconocida al actor a partir del mismo día de la terminación de la relación laboral, esto es el 1.º de julio de 1992, como consta en la comunicación realizada al actor por **ECOPETROL S.A.** de fecha de 24 de junio de 1992 (f.º 173), en la comunicación n.º 10140 de 18 de septiembre de 1992 (f.º 158), y en la certificación de pagos de pensión del 13 de febrero de 2019 (f.º 144).

En reiterada jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que la indexación corresponde a la actualización del poder adquisitivo de la moneda,

por lo que para las pensiones de jubilación, *“el mecanismo correctivo indispensable es que la base salarial para liquidar la prestación hubiera sufrido un deterioro como efecto del tiempo transcurrido entre la fecha en que se devengó el último salario y la del otorgamiento del derecho.”* (SL1319-2020).

En el mismo sentido, sobre la procedencia de la indexación de la pensión que se reconoce inmediatamente finaliza el vínculo laboral, se expresó lo siguiente:

“La situación particular que en este caso se presenta, que no es otra distinta al hecho de que claramente se advierte que la pensión fue reconocida y pagada de manera concomitante al momento en que terminó el vínculo laboral, desvirtúa la existencia de un considerable lapso entre la fecha en la que se terminó el vínculo laboral y la que el beneficiario entró a disfrutar de la prestación, que permita considerar que el monto de la pensión sufrió una notoria pérdida del poder adquisitivo, que abra paso a considerar la posibilidad de actualizar el valor de la mesada.” (SL4926-2016).

De manera que, no erró el juez de primera instancia, en determinar que no procedía la indexación de la primera mesada pensional del actor, debido a que entre la fecha de su retiro y el disfrute de la pensión no transcurrió un tiempo prudencial que significara la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

Ahora bien, el apelante manifestó que si bien en la demanda no solicitó el reconocimiento de la prima de servicios, las pruebas documentales evidenciaban que la demandada no efectuó este pago, y que por ende, el juez, conforme a la facultad ultra y extra petita hubiese podido decretar el valor de la prueba. Igualmente, señaló que **ECOPETROL S.A.**, no aplicó los I.P.C. legales para los años 1993, 1994 y 1995. Al respecto, la sala estima que en virtud del principio de congruencia establecido en el artículo 281 del Código General del Proceso, según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, por lo que no se

podrá condenar al demandado por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en esta, le asiste la razón al juez de no haberse pronunciado sobre los puntos mencionados debido a que en la demanda no se planteó un solo hecho que se refiriera a ellos, y en el momento en que se fijó el litigio no existió discusión respecto de los mismos ni tampoco durante el curso del proceso, lo cual le habría abierto la posibilidad al juez para eventualmente imponer una condena con fundamento en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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 20 de septiembre de 2019, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en la presente 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 **FEDERICO DÍAZ QUINTERO** en contra del **INSTITUTO INGRESE A LA UNIVERSIDAD SAS.**

EXP. 11001 31 05 011 2017 00337 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 el demandante contra la sentencia proferida el 1.º de octubre de 2019, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la sucesión procesal entre el Instituto Ingrese a la Universidad EU y el Instituto Ingrese a la Universidad SAS, y que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1.º de marzo de 2009 y el 10 de

febrero de 2017, que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia, se condene a la demandada al pago del auxilio de las cesantías, los intereses a las cesantías doblados, la compensación en dinero de las vacaciones, las primas de servicio, los aportes a pensión, acreencias todas estas causadas a lo largo del vínculo laboral, más las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, y la indexación (f.º 1-6).

Como sustento relevante de sus pretensiones, sostuvo que celebró con el Instituto Ingrese a la Universidad EU un contrato de trabajo a término indefinido el 1.º de marzo de 2009 para desempeñarse como asesor jurídico y gerente administrador con un salario básico de \$9.590.000; el vínculo finiquitó el 10 de febrero de 2017, sin que hubiera sido objeto de llamados de atención, por lo que terminó de manera unilateral y sin justa causa, sin el pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho. Manifestó, que laboró para otros empleadores bajo la figura de coexistencia de contratos tras no tener pactada una cláusula de exclusividad; no fue afiliado a seguridad social en salud, pensiones ni riesgos laborales; la sociedad se transformó en SAS, el 22 de febrero de 2017; reclamó el pago de sus acreencias laborales pero no ha obtenido pago alguno (f.º 7-9).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 26 de julio de 2017, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 38), quien contestó con oposición con el argumento de que el demandante nunca fue subordinado del instituto, ni se le exigió el cumplimiento de órdenes, simplemente fue un socio en virtud de haber estado casado con Carolina Andrade Bernate, pero nunca cumplió horarios por ende no se acreditaron los elementos esenciales de un contrato de trabajo; propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de

las obligaciones demandadas, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buen fe exenta de culpa y compensación (f.º 69-82).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 1.º de octubre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar que la sucesión procesal peticionada no se configura, en la medida en que desde que se admitió la demanda, el instituto encartado no ha sufrido algún cambio.

Señaló que a pesar de que los testigos y la representante legal de la demandada sostuvieron que el demandante fungió como Gerente General y como Asesor Jurídico, por tanto tenía una oficina dentro de las instalaciones de la demandada, en la que también atendía asuntos varios y familiares, y de que existe una certificación laboral, se desvirtuó lo indicado en dicho certificado, porque la demandada demostró que quien suscribió la misma no tenía facultad alguna para obligar al instituto, en la medida en que siempre fungió como auxiliar administrativo cumpliendo sus funciones en el área comercial y no en recursos humanos, por ende, el contenido de la certificación visible a f.º 19 no obliga a la demandada.

Manifestó que pese a que se probó la prestación de los servicios por parte del demandante, se desvirtuó la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que nunca fue subordinado en el cumplimiento de sus funciones, siendo además el dueño de la empresa familiar y contando con plena libertad de ordenar lo que él

considerara en su calidad de accionista, por lo que se encontraba al mismo nivel que Andrea Bernate Gutiérrez, dueña de la empresa (f.º 251- 253).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** sostuvo que la figura de la sucesión procesal de los artículos 68 y siguientes del Código General del Proceso, sí se da, en la medida en que a partir del 22 de febrero de 2017 la demandada se convirtió en SAS, así que demandada modificó de mala fe y de manera injusta, su razón social a una SAS con el fin de evadir su responsabilidad respecto de sus acreencias laborales, desconociendo el vínculo laboral que existió entre las partes, máxime cuando en el proceso, con la certificación laboral, las declaraciones recibidas y lo manifestado por la demandada se acreditaron los elementos necesarios de un contrato de trabajo sin solución de continuidad y bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, sin que se desvirtuara que se le adeudan las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, por tanto se debe acceder al pago de estas, causadas dentro de los extremos temporales demostrados en el plenario, más las indemnizaciones por su no pago, porque no se debe desconocer que el Código Sustantivo del Trabajo autoriza la concurrencia de contratos de distinta naturaleza.

Agregó que se probó el despido con una carta que de igual forma, da cuenta de la subordinación que ejercía el representante legal, por lo que se debe acceder al pago de la indemnización por despido.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará

inicialmente por cuestiones de método, si se dan los elementos constitutivos de un contrato de trabajo entre las partes, para posteriormente establecer, si se presenta la figura de la sucesión procesal en los términos solicitados por el apelante.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre las partes, 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).

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

De conformidad con el certificado de existencia y representación de la demandada, Carolina Andrea Bernate Gutiérrez, es la representante legal (f.º 23-25), quien se casó por el rito católico con el demandante, el 15 de enero de 2000 (f.º 84), pareja que procreó dos hijos en los años 2000 y 2008 (f.º 86, 87), posteriormente se solicitó el cese de los efectos civiles de dicho matrimonio y la disolución la sociedad conyugal desde enero de 2017 (f.º 89-94, 113-126), con un

proceso de divorcio marchando en la actualidad ante el Juzgado 3.º de Familia de este Circuito Judicial, según el dicho de la representante legal en su interrogatorio de parte y lo acotado en el acta individual de reparto anexa a la copia de la demanda respectiva.

A f.º 97 obra un documento firmado por 11 empleados de la demandada, dirigido a la Procuraduría General de La Nación, en el que informan que el demandante es gerente general y asesor jurídico de la compañía, y como tal, direcciona y coordina la contratación de personal, encabeza y lidera reuniones de índole decisorio en asambleas ordinarias y extraordinarias, tiene bajo su subordinación el personal de la empresa, otorga permisos a empleados, controla reportes de ausencia de trabajadores, dispone de flujos de recursos económicos para el ejercicio y normal funcionamiento de la empresa, co-representa a la empresa en materia organizacional, administrativa, judicial y pública, y en general se constituye como cabeza visible y copropietario de la empresa en un 50%, entre otras cosas.

Las mismas actividades las delimitaron los testigos peticionados por las partes Sandra Milena Beltrán, Alba Viviana Cuellar Torres, José Salinas Ospina, Martha Inés Moreno, Ángela Patricia Bernate Gutiérrez, Olga Lucía Gutiérrez Rincón, quienes a pesar de haber sido tachados algunos por sospecha por uno y otro litigante, se les da plena credibilidad porque ocuparon varios cargos en las diferentes sedes de atención de la demandada, y les constó de manera directa lo relatado al señalar que las cumplió el demandante en calidad de Gerente General del Instituto, sin que recibiera órdenes ni llamados de atención de algún tipo, al contrario, era quien manejaba la parte financiera de la empresa, controlaba que el personal llegara a tiempo a sus puestos de trabajo, dado que el 90% del tiempo, se encontraba en la oficina y muchas veces llegaba antes que el personal que llegaba

a las 7 a. m., otras ocasiones llegaba sobre las 8 a. m. y salía a la hora que él creyera conveniente, algunas veces salía a las misma hora que lo hacía el resto del personal, a las 5 p. m.; agregaron que tenía una oficina propia para atender a todo el personal y para atender sus asuntos como y Asesor Jurídico de sus clientes personales, que era quien le decía al personal qué hacer a lo largo del día, que la esposa del demandante era Gerente Comercial y al igual que él, daba órdenes a todo el personal y manejaba en absoluto el manejo de su tiempo; y que el matrimonio también tenía una escuela de enfermería, Unisalud Ltda, lo que se constata con el certificado que obra de f.º 159 a 164.

Aunado a que todos los declarantes confluyen en que el motivo por el cual el demandante dejó de asistir al instituto, fue la iniciación de los fuertes problemas conyugales entre él y la representante legal del instituto, que conllevó que entre ambos existieron procesos judiciales en contra, lo que se verifica con la documental aportada de f.º 89 a 94 y 125 a 153; incluso manifestaron que un día Andrea Bernate los reunió a todos para decirles que a partir de esa fecha, el demandante ya no tenía acceso al instituto y que hicieran una fila para saber quién estaba con ella y quién con el demandante, dado que pasaría a ser la única dueña del instituto, pese a que el edificio en donde se ejecuta una de las sedes (la A) es de propiedad del demandante, donde estaba la oficina de él, situación que fue admitida en su interrogatorio de parte.

Todas estas manifestaciones, desvirtúan en parte lo relatado por el demandante en su interrogatorio de parte, y por el contrario, confirman algunas de las afirmaciones efectuadas por la representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte, como por ejemplo: *i)* la constitución de Unisalud Ltda entre ambos y la calidad de Gerente del demandante en dicha sociedad, y *ii)* la iniciación de los problemas conyugales y la interposición de una

demanda por parte de ella en contra del demandante a principios del año 2017 ante el Juzgado 3.º de Familia de este Circuito, lo que se constata con la hoja de reparto que obra a f.º 89 con fecha del 24 de enero de 2017. Motivo por el que la Sala les otorga plena credibilidad a los testigos al haber indicado la ciencia de su dicho al tenor de lo dispuesto en el artículo 221 del Código General del Proceso, y tener soporte sus declaraciones en otros medios probatorios allegados al proceso.

Ahora, a f.º 19 obra una certificación expedida el 8 de marzo de 2017 por Stiven Salinas Quintero, como parte del Departamento de Recursos Humanos, en la que hace constar que el demandante laboró para la demandada como asesor jurídico y gerente administrador desde marzo de 2009 hasta el 10 de febrero de 2017, con un salario integral de \$9.590.000 y bajo un contrato de trabajo a término indefinido.

No obstante, desvirtúa ese presunto cargo de Stiven, lo afirmado por su padre aquí declarante, José Salinas Ospina, quien indicó que Stiven, siempre fue asesor de ventas en el área de atención al cliente de los estudiantes, en la recepción, y además, a f.º 184, 185, 188 a 199 obra una certificación expedida por Natalia Cerinza García del mismo Departamento, en la que consta que Eyder Stiven Salinas Quintero laboró en la demandada en el cargo de auxiliar administrativo desde el 1.º de febrero de 2011 hasta el 15 de abril de 2017, la renuncia al cargo de asesor comercial del instituto presentada por dicho trabajador en abril de 2017, y el contrato de trabajo a término fijo.

Así mismo, la testigo Martha Inés Forero, sostuvo que en alguna ocasión Stiven firmó certificaciones pero todas fueron bajo órdenes del demandante, de manera que, a pesar de que esta Sala no

desconoce lo que la jurisprudencia de nuestro órgano Máximo de Cierre ha sostenido respecto de la validez de las certificaciones laborales, en este preciso caso, no es viable dar credibilidad a lo indicado en la certificación aducida, porque prácticamente resulta ser una prueba preconstituida por el demandante, quien aprovechando su posición dentro del instituto le ordenó, con posterioridad al conocimiento que tuvo de la demanda que cursaba en su contra ante el Juzgado 3.º de Familia, a Stiven Salinas Quintero, quien no hacía parte del departamento de recursos humanos, elaborar dicho documento que, a la postre presentaría como prueba, dentro de uno de los procesos que interpuso en contra de su ex esposa.

Así las cosas, con las restantes probanzas analizadas, más allá de los múltiples problemas conyugales serios y delicados que existieron entre el demandante y la representante legal de la demandada, que ocasionó la separación de la familia que formaron, la prelación de egos propios, la interposición de múltiples acciones judiciales y administrativas de uno en contra del otro y el malestar entre los empleados del instituto quienes fueron sometidos a decidir 'a quién apoyaban', si bien se acreditó la prestación personal de los servicios del demandante, quedo plenamente desvirtuada la subordinación en la medida en que se acreditó que el demandante tuvo plena autonomía para desarrollar sus labores al interior del instituto demandado, y más que recibir órdenes, era quien las impartía a todo el personal junto con su ex esposa, aunado a que era la persona a quienes todos se dirigían con el fin de concertar sus actividades y de pedir permisos; era quien administraba los recursos y era tanta su autonomía dentro del instituto, que también dentro de su oficina propia, manejaba los asuntos externos que como abogado tenía y atendía allí a sus clientes, y así mismo, manejaba sus horarios como a bien tuviera, sin oposición alguna de los otros directivos.

En este punto, no está de más precisar que si bien un vínculo familiar no necesariamente excluye *per se* la existencia de un contrato de trabajo, sí existen casos especiales en los que al juzgador le corresponde analizar dicha circunstancia al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y bajo una óptica en extremo rigurosa, que le despeje toda duda sobre el tema, para evitar darle cabida a un contrato de trabajo cuando en verdad lo que surgió fue un nexo familiar o sentimental entre los presuntos contratantes, sustentado en una colaboración mutua, o de concesiones mutuas entre los integrantes de una familia, en el marco de un emprendimiento común y con una finalidad comercial común, como lo puede ser, por ejemplo, la atención o administración de un negocio, o la celebración de otros vínculos legales, con miras a descartar de plano cualquier posibilidad de una relación de carácter laboral.

Con base en lo anterior, lo cierto es que, no se equivocó el juzgador de instancia al no declarar la existencia de un vínculo laboral entre los contendientes, porque la demandada corrió con la carga probatoria necesaria para desvirtuar totalmente la presunción que se activó, del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, explicada al inicio de las consideraciones.

Lo que conlleva, una vez examinadas en conjunto las pruebas del proceso, las circunstancias relevantes del pleito, y la conducta procesal de las partes, a **confirmar** la sentencia apelada, sin necesidad de hacer referencia a lo atinente a la sustitución procesal alegada, por sustracción de materia, en todo caso, como lo indicó el *a quo*, al verificar el certificado de existencia y representación ya reseñado, no se dan los presupuestos del artículo 68 del Código General del Proceso.

Costas a cargo del demandante para lo cual se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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: Costas en esta instancia a cargo del demandante, para lo cual se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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 **ELIANA MARCELA CUENE GUGU** en contra de **CORPORACIÓN NUESTRA I.P.S.**

EXP. 11001 31 05 011 2018 00235 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 13 de septiembre de 2019, por el Juzgado 11 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 fijo a 6 meses, prorrogado entre el 18 de junio de 2015 y el 12 de octubre de 2016, que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia,

se condene a la demandada al pago de la indemnización del salario y auxilio de transporte de 12 días de octubre de 2016, más el pago de las cesantías, los intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones causadas en el año 2016, las dotaciones, las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del CST, y la indexación (f.º 3-5).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que se vinculó a la demandada a través de un contrato de trabajo a término fijo a 6 meses, el 18 de junio de 2015, para ocupar el cargo de Auxiliar de Enfermería, con un salario de \$897.800; presentó renuncia motivada el 12 de octubre de 2016, ante la demora en los pagos de su salario; que la demandada nunca le suministró dotaciones, y a la fecha de presentación de la demanda no le canceló la liquidación final del contrato por \$2.065.230, ni indemnización alguna por la terminación del mismo, pese a haber reclamado su pago el 13 de enero; que el 2 de febrero de 2017, la demandada le contestó que se encontraban haciendo gestiones administrativas para realizar el desembolso, y que el 3 de abril de 2018, le expidieron copia de la liquidación. La demandada reportó unos excedentes a 31 de diciembre de 2017 de \$2.285.321.647 que se ven reflejados como ganancias en los estados financieros (f.º 2, 3).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 6 de septiembre de 2018, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 22), quien contestó con oposición, con el argumento de que a la fecha de la contestación a la demanda las acreencias laborales de la demandante se encuentran saldadas en su totalidad por \$2.063.230 consignados en su cuenta de ahorro del Banco de Bogotá, sin pasar por alto la difícil situación económica por la que viene atravesando la Corporación, que ha hecho

que se presenten leves retrasos en el pago de las acreencias laborales, debido a que devenga sus ingresos en forma exclusiva, de la prestación de servicios de salud a los usuarios de las E.P.S. con las que tiene vínculo contractual (Saludcoop, Cafesalud, Cruz Blanca, Medimás), por lo que la crisis en el flujo de recursos se dio como consecuencia de la intervención de Saludcoop E.P.S., quien empezó a efectuar pagos en forma vencida, 90 días después de la radicación de la facturación y no anticipadamente como venía haciéndolo.

Propuso como excepciones de mérito, las de cobro de lo no debido, pago total de la obligación, inexistencia de despido indirecto, inexistencia de incumplimiento sistemático sin razones válidas, buena fe, e inexistencia del derecho (f.º 42-73).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 13 de septiembre de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, vigente entre el 18 de junio de 2015 y el 12 de octubre de 2016, en el que la demandante se desempeñó como Auxiliar de Enfermería y devengó \$897.800 mensuales; en consecuencia, condenó a la demandada al pago de \$21.547.200 más los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, generados desde el 13 de octubre hasta el 14 de noviembre de 2018, por concepto de indemnización moratoria, y las costas; declaró probadas las excepciones de inexistencia del despido indirecto, pago de los derechos laborales causados y debidos a la trabajadora, y parcialmente la de cobro de lo no debido, por lo que absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

En lo que interesa a la alzada, motivó la decisión en que

encontró acreditada la mala fe en la conducta desplegada por el empleador quien en forma deliberada y caprichosa se sustrajo de reconocer y pagar a su ex trabajador parte de sus salarios, vacaciones de toda la vida laboral de la demandante, así como el auxilio de cesantías, la prima de servicios durante el segundo periodo de la misma anualidad y los intereses a las cesantías por el año 2016, observándose que a la finalización de la relación los pagó tan sólo pasados dos años desde la culminación del vínculo contractual.

No encontró justificación alguna en la mala situación que atraviesa la demandada, por cuanto no se probó que durante esos 2 años, la corporación hubiera realizado algún abono o buscar un acuerdo de pago con su trabajadora, quien no se puede ver afectada por las pérdidas que hubiere podido tener su empleador (f.º 93, 94).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada, apeló con el fin de que se revoque la indemnización moratoria impuesta, bajo el argumento de que en vigencia del vínculo siempre realizó el pago de los derechos laborales a los cuales tuvo derecho la demandante, incluso la liquidación final, de manera que no hubo mala fe por parte de la compañía, máxime cuando medió la intervención de la sociedad contratante Saludcoop en el año 2011, quien en algunas ocasiones no pagaba los servicios prestados, o en ocasiones lo hacía en forma parcial, lo que afectó las condiciones económicas de la Corporación, que es una entidad sin ánimo de lucro; aunado a que la sociedad nació de la mano de dicha E.P.S., de la que posteriormente tuvo que desligarse en aras de garantizar las obligaciones para sus colaboradores y usuarios y después de 5 años de crisis, se han realizado las gestiones tendientes a lograr la estabilidad de los actuales trabajadores y el pago de las

acreencias de quienes se han desvinculado, lo que es propio de un actuar leal.

Agregó, que en el año 2015 la operación de los usuarios fue entregada a CafeSalud, entidad que acrecentó la crisis financiera ante la falta de pago de los servicios prestados, por lo que tuvo que iniciar las acciones judiciales pertinentes en aras de obtener el pago de los recursos adeudados por las E.P.S. referidas, pues los ingresos de la corporación dependen del 100% del pago de los servicios de salud prestados.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala de decisión verificará como problema jurídico la viabilidad de imponer o no la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, vale la pena recordar que, para establecer la procedencia de dicha indemnización, la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL1285-2016).

Está al margen de la discusión, que el contrato de la demandante terminó por renuncia motivada el 12 de octubre de 2016, tal y como lo señalaron las partes en el hecho 4.º de la demanda

y su contestación (f.º 2, 43), y así da cuenta dicha carta, y la liquidación final del contrato de trabajo que reposan a f.º 9, 11 y en el CD aportado a f.º 74.

Ahora bien, a pesar de que la demandante sostuvo en el hecho 8.º que a la fecha de la presentación de la demanda (3 de mayo de 2018 – f.º 21) su empleadora no había efectuado el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, la demandada sostuvo que tal afirmación no era cierta porque a la finalización del vínculo laboral le entregó dicho documento obrante a f.º 9; no obstante, por una parte, esto último está desvirtuado porque el escrito tiene fecha de expedición del 3 de abril de 2018, es decir, 1 año y 5 meses con posterioridad a haberse finiquitado el vínculo, y por otra parte, del derecho de petición que elevó la demandante el 13 de enero de 2017 persiguiendo el pago definitivo de sus acreencias (f.º 12), no se verifica una respuesta clara y contundente en la comunicación elevada el 2 de febrero siguiente por el representante legal de la demandada, en la medida en que solo le indicó que *«la Corporación Nuestra IPS, está adelantando las gestiones administrativas pertinentes, que permitan prontamente realizar el desembolso de su liquidación final del contrato de trabajo; por lo que, tan pronto se cuente con fecha exacta de la informaremos»* (f.º 13, 14), lo que significa que ni la liquidación había sido entregada al momento de terminar el contrato, y tampoco fue pagada en esa época.

Además, jurisprudencialmente se ha establecido que dicho documento no demuestra por sí solo, el pago efectivo de las acreencias laborales (CSJ SL, 29 ago. 2006 rad. 25804), y tanto ello es cierto en este caso, que la demandada solo acreditó el pago hasta el 14 de noviembre de 2018, es decir, después de haber sido notificada del auto admisorio de la demanda el 9 de noviembre de 2018 (f.º 34), cuando efectuó la transferencia desde su cuenta n.º 038-0351627 en el Banco de Bogotá a la cuenta de titularidad de la demandante, del monto registrado en la liquidación (\$2.065.230) que

cubre conceptos tales como salario y auxilio de transporte por 12 días, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio liquidadas sobre 102 días y vacaciones causadas en 475 días (CD f.º 74).

Para justificar el pago tardío, señaló la demandada que se encuentra o se encontraba para dicha época en una precaria situación económica, aspecto sobre el cual ha de advertir la Sala que la crisis económica en la que adujo se vio inmersa, por la falta del pago de dineros por parte de las EPS que hicieron parte del Grupo Saludcoop, no resulta ser un justificante para haberse sustraído de sus obligaciones, lo cual hace que su actuar se encuentre desprovisto de buena fe (CSJ SL, 3 may. 2011 rad. 37493 y SL, 24 ene. y 24 abr. 2012 rad. 37288 y 39319); y aquí con el último certificado de existencia y representación que reposa a f.º 41, no se acredita que la Corporación se encontrara en liquidación o en estado de reestructuración en vigencia del vínculo laboral, ni a la terminación del mismo, de donde se desprenda que tuvo serios y atendibles motivos para sustraerse de sus obligaciones como empleadora, por tanto, no resulta atendible predicar la buena fe al menos entre la terminación del vínculo laboral que existió con la demandante y el momento en el que se acreditó, se iniciaron los inconvenientes con el flujo del dinero por parte de la demandada, como más adelante se explicará.

Por ende, la quiebra del empresario de ningún modo afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo establece el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, y según el artículo 157 ídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y

tienen privilegio excluyente sobre todos los demás, el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, pero en este caso, con la documental aportada en el CD de f.º 74 relacionada con comunicaciones cruzadas entre la demandada y otras entidades, no se colige una verdadera crisis económica, ni se sabría a ciencia cierta desde cuándo tuvo que afrontarla, y lo dicho por el declarante Julián Fernando Gámez Guerrero, se trata de manifestaciones carentes de otro medio probatorio sólido e idóneo que respalde sus afirmaciones, como para tenerlas como válidas y certeras de esa situación, máxime cuando sostuvo laborar para una compañía ajena a la demandada, que le presta servicios de outsourcing a esta.

Ello a diferencia de que con el auto n.º 0084 expedido el 2 de octubre de 2017, por el Contralor Delegado Intersectorial 3 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, se verifica que a partir de esa data, al tenor de lo dispuesto en las Leyes 610 de 2000, 1474 de 2011, y los artículos 1568, 1571 del Código Civil y 599 del Código General del Proceso, decretó unas medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal PRF 2014-1664_UCC-PRF-094-2013, sobre los bienes de los vinculados en calidad de presuntos responsables fiscales en el daño patrimonial estatal de \$4.338'793.732: Saludcoop E.P.S. O.C. en Intervención, la Corporación I.P.S. Saludcoop en Liquidación y la aquí demandada, dentro de los cuales se encuentra, entre otros bienes bancarios e inmuebles, justamente la cuenta de ahorros colectiva n.º 038-0351627 del Banco de Bogotá, de la cual se efectuó la transferencia a la demandante en noviembre de 2018, cuenta depositaria sobre la que se limitó la mencionada la medida de embargo y retención a \$6.508.190.598 (CD f.º 74).

De manera que, a pesar de que aparentemente a 31 de diciembre de 2017, la sociedad demandada tuvo unos gananciales de

\$2.285.321.647 como dan cuenta los estados financieros aportados por la demandante (f.º 17, 18), la Corporación no podía hacer uso de esos dineros bajo libre administración para cubrir con sus obligaciones laborales, pues esos rubros estaban comprometidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal ya mencionado; por lo que considera la Sala, que a partir del 2 de octubre de 2017, la demandada dejó de manejar sus ingresos, ya que esos dineros fueron objeto de medidas cautelares que estuvieron vigentes *«durante el proceso de responsabilidad fiscal n.º 094/2013 y, de ser necesario, hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de proferirse fallo con responsabilidad fiscal»*, sin que por esta situación se le pueda endilgar mala fe, por lo que habrá de fijarse esa data como límite temporal final para la liquidación de la indemnización analizada.

Así las cosas, se **modificará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada, en el sentido de ordenar el pago de un salario diario de \$29.927 por cada día de mora corrido entre el 13 de octubre de 2016 y el 1.º de octubre de 2017, a título de indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, teniendo en cuenta que respecto del salario indicado por el *a quo* no hubo reparo de las partes. 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: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el día 13 de septiembre de 2019, en el sentido de **CONDENAR** a la

demandada a pagar a la demandante únicamente un salario diario de \$29.927 por cada día de mora corrido entre el 13 de octubre de 2016 y el 1.º de octubre de 2017, por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: 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 **ANA REBECA SASTOQUE CASTILLO** contra **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA.**

EXP. 11001-31-05-016-2016-00167-02 / 03.

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 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 la parte demandante contra el auto que declaró precluida la oportunidad para la práctica de la prueba pericial, y contra la sentencia absolutoria, ambas decisiones proferidas el 5 de diciembre de 2019, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en virtud de la estructuración del proceso plano que se estipula en el artículo 323 del Código General del Proceso.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara que la fecha de estructuración de su invalidez es el 24 de junio de 2002, o en subsidio, la que se determinara a través de dictamen pericial judicial, anulándose la fecha de estructuración de su invalidez que le decretó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, para que consecuentemente se ordenara a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías reliquidar su pensión de invalidez desde la fecha que se estableciera mediante el dictamen pericial judicial.

Expuso como fundamento de sus pretensiones, que desde el 24 de junio de 2002, se le diagnosticó la enfermedad degenerativa ARTRITIS REUMATOIDEA, que le impide realizar las labores normales propias para su desarrollo personal, así como desempeñarse en cualquier trabajo; que solicitó pensión de invalidez a Porvenir, entidad que la sometió a calificación de invalidez ante la Compañía de Seguros Mapfre y luego ante la Junta Regional de Calificación de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, la que finalmente, mediante dictamen n.º39703568 del 27 de enero de 2014, que quedó en firme y ejecutoriado, le dictaminó una pérdida del 69.70% de su capacidad laboral, fijándole como fecha de estructuración de su invalidez el 6 de julio de 2009; que como consecuencia de dicho dictamen, Porvenir le reconoció pensión de invalidez desde el 6 de julio de 2009; que el referido dictamen no está ajustado a la realidad, pues su historia clínica refleja que la enfermedad que padece ya le había sido diagnosticada desde el 24 de junio de 2002, con graves secuelas físicas y motrices que le impedían su normal desarrollo, tanto así que la anotación que se le hizo el 6 de julio de 2009, constaba que sufría de esa enfermedad desde hacía ocho años, anotación que igualmente fue tomada en

cuenta por la Junta Regional, lo que significaba que desde el 2001 venía con esa enfermedad, por lo que la Junta fue negligente al no revisar detalladamente su historia clínica y limitándose a declarar como fecha de estructuración de su invalidez el 6 de julio de 2009, que fue la misma en que se hizo dicha anotación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, se opuso a las pretensiones de la demandante, alegando que para determinar la fecha de estructuración de la invalidez tuvo en cuenta las previsiones del Decreto 917 de 1999, vigente para entonces, además de que el dictamen no fue objetado, ya que la fecha de estructuración de una invalidez la hace el médico ponente cuando observa que la patología ha dejado secuelas o limitaciones y no necesariamente cuando se diagnostica. Propuso las excepciones de prescripción y buena fe de su parte (f.º 568 - 572).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la actora, porque de acuerdo con la fecha de estructuración de invalidez que fijó la Junta Regional, le reconoció la pensión de invalidez que le correspondía, dictamen que quedó en firme y a la cual se sujetó previa verificación de los requisitos de ley. Solicitó llamar en garantía a las aseguradoras **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.** y **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.** Propuso como excepción previa la de Integración de Litis Consorcio Necesario para que se hiciera comparecer a **COLPENSIONES**. Como excepciones de mérito formuló las de inexistencia de obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y pago indebido sin justa causa (f.º 658 - 672).

III. DECISIONES DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 5 de diciembre de 2019, absolvió a las demandadas y a las llamadas en garantía de las pretensiones formuladas por la demandante y por la solicitante del llamamiento en garantía. Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por **PORVENIR S.A.**, condenó en costas a la parte actora en \$250.000 en favor de las demandadas **PORVENIR S.A.** y **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**, y por el resultado de la Litis se abstuvo de condenar en costas en favor o en contra de las aseguradoras llamadas en garantía.

El juzgado consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en establecer si a la demandante le asistía el derecho de las pretensiones de la demanda, esto es que se declarara que la fecha de estructuración de la invalidez se dio el 24 de junio de 2002, que es la misma fecha de cuando le fue diagnosticada la enfermedad de artritis reumatoidea, y que en caso de que no prosperara dicha pretensión, se declarara como fecha de estructuración de invalidez la que se estableciera a través del dictamen pericial, sin que ello implicara una desmejora de los derechos ya reconocidos.

Aclaró, que en la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, llevada a cabo el 5 de marzo de 2018 (f.º 693 - 694), se declaró fracasada la etapa de conciliación, y se negó el llamamiento en garantía. Igualmente, además de las pruebas documentales relacionadas en el proceso decretó la prueba pericial para que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, estableciera si el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca a la

demandante n.º39703568, se ajustaba a derecho o no, en relación con la fecha de estructuración del estado de invalidez, y consecuentemente, se estableciera cuál fue la fecha de estructuración del estado de invalidez.

No obstante, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante auto de 2 de mayo de 2018, ordenó el llamamiento en garantía de las aseguradoras solicitadas por **PORVENIR S.A.**, por lo que el Juzgado en auto de 6 de junio de 2019, ordenó la vinculación de las aseguradoras (f.º 697).

Señaló, que la aseguradora **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, se opuso al llamamiento en garantía en cuanto se le ordenara el pago de la suma adicional y demás amparos, puesto que su responsabilidad estaba claramente señalada en la póliza respectiva (f.º 706-711), y que la aseguradora **BBVA SEGUROS DE VIDA** también se opuso a las pretensiones, por haber reconocido la suma correspondiente a la invalidez de la actora, razón por la que no puede haber un nuevo pago (f.º 723-731).

Después de subsanadas las deficiencias de los escritos de las llamadas en garantía, el Juzgado, mediante auto del 15 de julio de 2019 (f.º 740), citó a las partes para la celebración de la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En la audiencia del 5 de diciembre de 2019 (f.º 754-756), precisó que la diligencia operaba solamente respecto de las aseguradoras, puesto que respecto a los demás intervinientes ya se había surtido la misma el 5 de marzo de 2018. Así, Después de surtir las etapas señaladas en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juzgado se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento para dictar sentencia.

Para fundamentar su decisión, tuvo en cuenta las pruebas

documentales aportadas por la actora, esto es su historia clínica (f.º 8 - 533), copia del dictamen de la Junta Regional de calificación de Invalidez de Bogotá (f.º 530 - 540), y comunicado de PORVENIR de fecha de 25 de febrero de 2015, (f.º 542), mediante el cual la A.F.P. le informó a la demandante que le concedía pensión por invalidez desde el 6 de julio de 2009, conforme a lo ordenado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Se refirió a lo establecido en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, según el cual se considera inválida a la persona que por cualquier causa de origen no profesional, y no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral, y en el artículo 48 de la misma ley, que establece cómo y que entidades determinan los porcentajes de pérdida de capacidad laboral, esto, es con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Hizo mención de lo establecido en el artículo 3.º Decreto 917 de 1999, que se refiere a la fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de capacidad laboral, y del Decreto 1352 de 2013 en donde se reglamenta el funcionamiento y competencia de las juntas de calificación de invalidez. Concluyó, que de las pruebas existentes en el proceso correspondientes a la historia clínica, y los dictámenes emitidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, de 27 de enero de 2014, y de Mapfre Aseguradora de 20 de junio de 2013, no se podía dilucidar si la fecha de estructuración fue distinta a la del 6 de julio de 2009.

Así las cosas, aclaró que de conformidad con el artículo 3.º del Decreto 917 de 1999, no es equivalente la noción de diagnóstico de una enfermedad al momento de estructuración de una invalidez. De manera que, no se demostró que desde el 26 de junio de 2002, la actora reuniera los requisitos de invalidez solo por el hecho de que desde esa fecha se hubiera efectuado el diagnóstico de la enfermedad.

En cuanto a la práctica de pruebas, señaló que al no evidenciarse gestión alguna de la parte demandante respecto del dictamen pericial decretado a su favor, declaraba precluida la oportunidad para la práctica de la misma, decisión contra la cual el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, que le concedió en el acto en el efecto devolutivo, pero ordenando seguir con el trámite del proceso, ya que *“dependiendo del resultado de la sentencia y si la parte demandante insiste en el recurso antes impetrado, se dispondrá que el Tribunal resuelva en conjunto el referido recurso y los que eventualmente se llegaren a proponer en contra de la sentencia”*.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante, alegó que en atención a los principios de la buena fe procesal, el juzgado no observó que la parte que representa esperaba que se surtiera la audiencia del artículo 77 respecto de las aseguradoras, para que estas pudieran objetar o aprobar la prueba pericial, por lo que la decisión del juzgado vulnera los artículos 29 y 230 de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, además de que la historia clínica de la demandante es robusta y permite hacer un análisis comparativo frente al Manual Único de Calificación de Invalidez, y aunque es un tema netamente científico que debe disciplinar un médico legista que tenga esa formación y experiencia, el juzgado debió observar que esta prueba era necesaria.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por la parte demandante en contra del auto que declaró precluida la oportunidad para practicar la prueba pericial, y de la sentencia dictada, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de

segunda instancia y la decisión sobre el auto apelado, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes. Por lo anterior, por razones de método se resolverá en primera medida, la apelación interpuesta contra el auto que le declaró precluida la oportunidad al demandante para practicar la prueba pericial que solicitó y le decretó el juzgador de primera instancia, y posteriormente, se pronunciará sobre la sentencia absolutoria.

1.1. APELACIÓN DEL AUTO QUE DECRETÓ LA PRUEBA.

Al efecto, la prueba fue decretada por el juzgado el 5 de marzo de 2018, y la carga para la diligencia de la misma la dejó en cabeza de la parte demandante, quien fue la que la solicitó.

Así, el oficio dirigido a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para que tramitara la prueba pericial ordenada, fue librado por el juzgado el 8 de marzo de 2018, es decir, tres días después de haberse decretado como prueba. Entre la fecha en que se libró el oficio, 8 de marzo de 2018, y la fecha en que se declaró la preclusión de la práctica de la prueba, 5 de diciembre de 2019, transcurrieron casi 20 meses, tiempo durante el cual la parte demandante no hizo diligencia alguna para evacuar la prueba, pues no retiró el oficio ni mucho menos lo presentó a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por lo cual razón le asistió al juez para haber ordenado la preclusión, en tanto esa omisión ciertamente muestra una falta de interés en la práctica de dicha prueba.

Por tanto, se **CONFIRMARÁ** el auto apelado de fecha 5 de diciembre de 2019, el cual declaró precluida la oportunidad para la práctica de la prueba pericial decretada en favor de la demandante,

sin lugar a costas, por cuanto no hay constancia de causación.
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SENTENCIA

1.2. LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La consideración expuesta para confirmar el auto apelado, es igualmente valedera para resolver el presente recurso de apelación contra la sentencia, toda vez que fue notorio el desinterés de la parte actora en facilitar la práctica de la prueba.

Por lo anteriormente expuesto, le corresponde a esta Sala de decisión, determinar si la fecha de estructuración de invalidez de la demandante difiere de la establecida por la Junta Regional de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, mediante dictamen n.º39703568 de fecha de 27 de enero de 2014, en el cual se determinó que la pérdida de capacidad laboral correspondía a un 69.70%, por enfermedad de origen común, y se dispuso como fecha de estructuración el 6 de julio de 2009. (f.º 534 – 540). Lo anterior, teniendo en cuenta que a la demandante le fue diagnosticada la enfermedad degenerativa de artritis reumatoidea el 24 de junio de 2002.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 3.º del Decreto 917 de 1999, la fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de capacidad laboral, es la fecha en la que se genera a la persona una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Dicha fecha, puede ser anterior o corresponder a la fecha de la calificación. Así las cosas, comparte la sala la apreciación realizada por el juzgado en cuanto que la fecha de diagnóstico de una enfermedad es diferente a la fecha de estructuración de invalidez, y de que dentro del plenario no obra prueba alguna que demuestre que

la fecha de estructuración de invalidez fue el 26 de junio de 2002. Máxime, si se tiene en cuenta que la parte actora no aportó el dictamen ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Respecto del recurso, la sala estima que las razones expuestas por el apelante, de que en virtud del principio de la buena fe procesal, tuvo que esperar a que se surtiera la audiencia con las llamadas en garantía para que estas pudieran objetar la prueba o aprobarla, no son de recibo, por las siguientes razones: **i)** la prueba ya había sido decretada, y contra el auto que decreta una prueba no procede el recurso de apelación, como si procede cuando se niega; **ii)** las contestaciones por parte de las llamadas en garantía fueron el 23 de julio de 2018 (f.º 717) y 1.º de octubre de 2018 (f.º 723), el juzgado las inadmitió mediante auto del 25 de febrero de 2019, fueron corregidas y mediante auto del 15 de julio de 2019, dio por contestado los llamamientos en garantía y fijó el 5 de diciembre de 2019, para la celebración de la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social respecto de las llamadas en garantía; **iii)** ni en las contestaciones iniciales, ni en las subsanaciones, las llamadas en garantía manifestaron objeción alguna a la prueba pericial decretada, y el recuento de esta actuación ratifica, como ya se dijo, el desinterés de la parte actora para facilitar la evacuación de la prueba, cuando tuvo tiempo más que suficiente para acatar la decisión del juzgado.

Así las cosas, como no hay ninguna prueba en el expediente que permita establecer una fecha de estructuración de invalidez distinta de la que fijó la Junta Regional, la que tampoco puede determinar el tribunal de la historia clínica de la actora, por no tener los conocimientos especiales para ello. En consecuencia, se impone la confirmación de la sentencia apelada sin imponer costas a la parte actora por cuanto tampoco se causaron.

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 5 de diciembre de 2019 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de la presente 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



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 ADRIANA ORTÍZ ESCOBAR** contra **SOCIEDAD ARIZUL S. EN C. – EN LIQUIDACIÓN.**

EXP. 11001-31-05-016-2017-00283-01.

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 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 parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2019, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

Se reconoce personería a la abogada **ROSA MARÍA GRANADOS CORTÉS**, como apoderada principal de la parte demandada, de conformidad con el poder visible de f.º 586 a f.º 588. En consecuencia,

se acepta la renuncia presentada por la abogada **GLENIA CRUZ BALLESTEROS** a f.º 589.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

TERESA ADRIANA ORTIZ ESCOBAR demandó a la sociedad **ARIZUL S. EN C. EN LIQUIDACIÓN**, para que se declarara la existencia de cuatro (4) contratos de trabajo y se le condenara al pago indexado de cesantías, intereses, primas de servicio, vacaciones causadas y no disfrutadas, indemnización por la no consignación del auxilio de cesantía, y las cotizaciones a la Seguridad Social por cada uno de ellos, así como a la indemnizaciones por despido injusto y moratoria por el último contrato, la pensión sanción y las costas del proceso.

Como hechos de sus pretensiones, afirmó que mediante contrato verbal de trabajo prestó servicios a la demandada en las diferentes oportunidades que individualizó en la demanda; que durante la vigencia de sus contratos de trabajo, no le fueron pagados ninguno de los derechos propios de estos contratos ni fue afiliada a la Seguridad Social Integral, aduciéndose la inexistencia de relación laboral contractual y la vigencia de una relación comercial con distintas personas para dejar de lado al señor Hernán Aristizábal; que el cargo que desempeñó fue el de auxiliar de almacén y vendedora, y que por el incumplimiento de la empleadora de sus obligaciones laborales, el 26 de abril de 2016 terminó el contrato de trabajo en la misma fecha.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de noviembre de 2017, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 65).

LA SOCIEDAD ARIZUL S. EN C. - EN LIQUIDACIÓN, se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando en su favor que no existió contrato de trabajo con la demandante, sino que estuvo ligada con ella por un vínculo civil y comercial, consistente en que la empresa le vendía a la demandante camisetas por un precio determinado, y esta las revendía fijándole el costo, por lo que sus utilidades eran la diferencia entre las dos cantidades. (f.º 502 - 505).

Propuso las excepciones de fondo la de inexistencia del vínculo laboral, inexistencia de pagar todos los conceptos solicitados en la demanda, cobro de lo no debido, mala fe de la demandante, buena fe de la demandada y prescripción. (f.º 508 - 512).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 18 de septiembre de 2019, declaró que entre las partes existieron dos contratos de trabajo a término indefinido así: entre el 30 de noviembre de 2006 y el 30 de enero de 2011, y el segundo, desde el 1.º de mayo de 2011 hasta el 30 de abril de 2016, que finalizó por renuncia de la demandante por justa causa imputable al empleador. Condenó a la Sociedad Arizul S. en C.-En liquidación, al pago de \$5.453.333.33 por auxilio de cesantías; \$256.151.11 por intereses a las cesantías; \$1.730.833.33 por vacaciones, suma que deberá ser indexada; \$2.396.666.67 por prima de servicios, y \$28.800.000 por indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo correspondiente a los primeros veinticuatro

(24) meses, y los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera a partir del mes veinticinco (25) hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales adeudadas.

Asimismo, la condenó al pago del cálculo actuarial del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliada la actora, por las cotizaciones correspondientes a los dos (2) contratos de trabajo, teniendo como I.B.C. para el primer contrato la suma de \$800.000, y para el segundo, por el lapso comprendido entre el 1.º de mayo de 2011 y el 31 de diciembre de 2013, la suma de \$1.000.000, y por el tiempo comprendido entre el 1.º de enero de 2014 al 26 de abril de 2016 \$1.200.000.

La absolvió de las demás pretensiones; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás, y dejó a su cargo las costas, fijando como agencias en derecho la suma de \$4.000.000.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si existieron los contratos de trabajo en los periodos señalados por la actora en la demanda, y en caso de ser afirmativo establecer si había lugar o no al pago de acreencias laborales, y de las indemnizaciones reclamadas, así como si la actora tenía derecho a la pensión sanción.

Para fundamentar su decisión, tuvo en cuenta lo establecido en los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que definen el contrato de trabajo, y se refieren a los elementos esenciales del mismo. Se refirió a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de que le corresponde al trabajador demostrar la prestación personal del servicio que realizó para una

persona natural o jurídica, para favorecerse de la presunción legal establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Indicó, que en el interrogatorio de parte, la actora señaló que algunos contratos habían sido suscritos con el señor José Hernán Aristizábal Agudelo, antes de la constitución de la empresa demandada, toda vez que la empresa se constituyó por medio de escritura pública n.º1459 de 11 de abril de 2006, por lo que no declaró la existencia de una relación laboral con anterioridad a dicha fecha, debido a que el representante legal no fue llamado al proceso en calidad de parte, ni se alegó una sustitución de empleador.

Manifestó, que ante la inasistencia del representante legal de la demandada a la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juzgado optó por aplicar la consecuencia procesal prevista en el numeral 2.º de este artículo, esto es, presumir como ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión, y predicar un indicio grave respecto de los hechos restantes.

Afirmó, que las pruebas documentales aportadas al proceso, y las pruebas testimoniales practicadas no desvirtuaron la existencia de la relación laboral, debido a que efectivamente probaron la prestación personal del servicio por parte de la demandante para los periodos comprendidos entre el 30 de noviembre de 2006 y el 30 de enero de 2011, así como del 1.º de mayo de 2011 al 26 de abril de 2016, por lo que consideró que se debía aplicar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto del monto del salario y la jornada laboral, reiteró que

frente a estos aspectos recayó la presunción de veracidad, siendo deber de la pasiva desvirtuarlos. No obstante, como se omitió tal obligación procesal, tuvo como salario devengado por la actora en el primer periodo de la relación laboral \$800.000, para el segundo \$1.000.000 y para el tercero, \$1.200.000. Sobre el trabajo suplementario, indicó que la actora no reclamó su pago ni se esforzó por mencionar algún tipo de argumento, por lo que desestimó la pretensión.

En cuanto a la pensión sanción, afirmó que, pese a que la actora no fue afiliada al Sistema General de Pensiones por la empresa, no cumplía con los requisitos previstos para el reconocimiento de dicha prestación, en el artículo 133 de la Ley 100 de 1933, esto es haber laborado para el empleador durante 10 años o más y menos de 15 años, toda vez que se acreditó que la relación laboral tuvo una duración de 9 años, 3 meses y 16 días. No obstante, se condenó a la empresa a solicitar el cálculo actuarial correspondiente por los tiempos laborados, teniendo como cuantía los salarios indicados previamente, y efectuar el respectivo pago ante el fondo de pensiones correspondiente.

Sobre la indemnización por despido sin justa causa, aclaró que la demandante indicó en su carta de renuncia (f.º 2 - 4), que uno de los motivos para finalizar el contrato de trabajo era el de la falta de pago de los aportes correspondientes al Sistema Integral de la Seguridad Social, acreencias y prestaciones sociales, por lo que se configuró la causal 6.ª, literal b) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es el incumplimiento sistemático sin razones válidas de las obligaciones del empleador, razón que el despacho consideró válida para condenar a la demandada al reconocimiento de esta indemnización.

Finalmente, sobre la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, expresó que no se acreditó la buena fe de la demandada, puesto que pese a ser evidente la existencia de una relación laboral, alegó que las relaciones eran de carácter estrictamente comercial, lo que para el juzgado no se demostró dentro del proceso. Igualmente, dispuso la indexación del valor correspondiente al valor de la compensación en dinero de las vacaciones al momento en que se efectuara su pago.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

1.- PARTE DEMANDADA.

En primer lugar, manifestó que la sanción que impuso el juzgado con fundamento en el artículo 77, inciso 2.º del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, que conllevó a que se declararan ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión por la inasistencia injustificada del representante legal de la demandada al no enviar la incapacidad con indicación de su finalidad, es ilegal, ya que la excusa presentada era clara y justa, y así el despacho no hubiera dado trámite al recurso de reposición, no podía imponer esa sanción.

En segundo lugar, que la declaración de la existencia de los contratos de trabajo hecha por el juez es equivocada, pues tal como lo declaró el señor Hernán Aristizábal, la relación con la demandante fue de tipo comercial, puesto que esta se limitaba a distribuir las camisetas que ella le compraba a él o a otras personas que ocupaban el local 132-133 del centro comercial Metrocentro, como por ejemplo a la señora Consuelo Zuluaga, como lo manifestó la actora en el hecho 9.º de la demanda, a la señora Olga Aristizábal a quien le distribuyó camisetas entre el mes de abril de 2012 y el mes de abril de 2016,

como lo demuestran las facturas que obran en el expediente y fueron reconocidas por la demandante. Que la demandada le vendía a la actora las camisetas por un precio, y ella, que se surtía de varios distribuidores, tales como la sociedad DA S. en C., que ella reconoció en carta del 18 de diciembre de 2003, lo que demuestra que vendía el producto sin órdenes del representante legal. Que la demandante manifestó que siempre laboró en la carrera 10 n.º11-73, local 132, que es la dirección de los locales que el señor Hernán tomó en franquicia, en los cuales la señora Consuelo Zuluaga, la sociedad DAV S. en C. y la señora Olga Patricia Aristizábal que lo hizo entre 2012 y 2006, distribuían camisetas al igual que la demandante, lo que indica que el señor Hernán les distribuía a dichas personas y la demandante, a su vez, a estas. Que la dirección de Arizul registrada en la Cámara de Comercio, calle 9.^a bis n.º19-20 oficina 402, no coincide con la dirección que aparece en las facturas, carrera 10 n.º11-73, local 132, ni con la dirección de ninguno de los establecimientos de comercio que tiene la sociedad, que son cinco (5) y están inscritos en la Cámara de Comercio. Que el pago del salario no se dio, porque la misma demandante dijo que el pago se lo hacía ella y que eran las utilidades que le quedaban de la reventa de cada camiseta que le compraba a Hernán Aristizábal, Consuelo Zuluaga y Olga Patricia Aristizábal, camisetas que compraba para simplemente revender. Que tampoco existió subordinación, pues la demandada manifestó que la demandante no tenía exclusividad de su marca, ropa o camisetas, sino que ella podía tener otra clase de prendas que quisiera vender. Que, sobre la carta del 3 de febrero de 2014, suscrita por el señor Fernando Corredor, aportada por la demandante como prueba del contrato de trabajo, el declarante, si bien reconoció la firma del documento, reconoció que la expidió, pero que lo hizo de buena fe por solicitud de la actora, pero que no puede certificar la fecha desde la cual la demandante estaba en el local comercial,

porque el no estaba como administrador en la fecha que puso como inicio.

En tercer lugar, alega que no se calculó correctamente la figura de la prescripción, pues si la demanda se presentó el 27 de abril de 2017, todos los derechos causados desde el 27 de abril de 2014 hacia atrás, están prescritos.

En cuarto lugar, sobre el salario que el juez dio por probado, y que era superior al mínimo legal vigente, si bien la demandante en el hecho 8.º relacionó los que devengó desde el año 1998 al 2016, y que son superiores al mínimo legal, al absolver el interrogatorio dijo que el salario que calculaba era el mínimo legal, por lo que cualquier eventual condena debe hacerse con ese valor.

2.- PARTE DEMANDANTE

Sostiene, que su única inconformidad con el fallo es frente a la pensión sanción, porque si bien en el hecho 1 de la demanda se indicó que la actora laboró para el señor Hernán Aristizábal y para la demandada Arizul S. en C., y aunque no se demandó al señor Hernán como persona natural y empleador independiente, el curso del proceso y el material probatorio dan cuenta de la existencia de una sustitución patronal, por lo que si no se solicitó como pretensión independientemente particular, si podía encajar dentro de las facultades ultra y extra petita del juzgado.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de

segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes.

El problema jurídico que le compete resolver a esta sala de decisión es determinar si entre las partes hubo los dos contratos de trabajo que señaló el *a-quo* en la sentencia apelada. Y si efectivamente el tribunal llega a la misma conclusión del juzgado, analizará la inconformidad de la demandante, también como parte apelante.

1.- EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE LAS PARTES.

En la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (f.º 527-529), en la etapa de conciliación, el juzgado afirmó lo siguiente: *"ETAPA DE CONCILIACIÓN: Teniendo en cuenta la inasistencia injustificada del Representante Legal de la demandada, se predicen las consecuencias del art. 77 del C.P.T. Y S.S., esto es, tener por ciertos los hechos de la demanda que sean susceptibles de prueba de confesión.- Para el caso, los hechos que se presumen ciertos, tomados del texto de la subsanación de la demanda, visible de folio 55 al 58 son el 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26.- Frente a los demás hechos se tiene como un indicio grave en contra de la demandada, la inasistencia del Representante Legal de la misma. Se **DECLARA SUPERADA ESTA ETAPA**".*

Los hechos 1.º a 26.º, se refieren en términos generales, a la existencia de cuatro contratos de trabajo; vinculación mediante contrato verbal de trabajo; cargo desempeñado; funciones; horario de trabajo; sitio de prestación de servicios; los salarios que devengó en cada uno de los contratos de trabajo; las personas que le pagaban los salarios por cuenta de Hernán Aristizábal; la forma en que se pagaban los salarios; registro de ventas, pedidos, órdenes de entrega y demás movimientos de dinero; el no pago de ninguno de los

derechos propios del contrato de trabajo y la no afiliación a la Seguridad Social Integral.

La apoderada de la parte demandada, presentó al juzgado una excusa del representante legal de la demandada consistente en una incapacidad, por la que solicitaba dejar sin valor la declaratoria de ciertos de los hechos de la demanda, lo cual el juzgado negó en auto del 21 de mayo de 2019 (f.º 536-537). Contra esta decisión, la apoderada de la demandada interpuso reposición y en subsidio apelación (f.º538-544). El juzgado rechazó la reposición por extemporánea, e igualmente la apelación, pero por improcedente (f.º 549 y 549). Indica lo anterior, que el auto del juzgado adquirió firmeza y ejecutoria.

Sin embargo, la declaración del juzgado de tener por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de prueba de confesión por la inasistencia del representante legal de la demandada a la audiencia de conciliación es, simplemente, una presunción de veracidad de esos hechos, y como presunción, admite prueba en contrario, de manera que no tiene la virtualidad de definir el litigio definitivamente. Y al entrar la Sala a las pruebas aportadas al proceso, observa:

En la comunicación del 26 de abril de 2016 (f.º 2 a 4), aportada por la demandante y dirigida al señor José Hernán Aristizábal Agudelo como propietario de la fábrica de camisetos ARIZUL, mediante la cual da por terminado el contrato de trabajo por causas imputables al empleador, siempre se dirige a su destinatario como el empleador. Dice que el día 2 de febrero de 1998, inició una relación laboral con el señor José Hernán Aristizábal Agudelo, propietario de la fábrica de camisas de la marca Arizul, que terminó en enero de 2000, período en el cual el empleador Aristizábal no pagó ninguno de los derechos laborales que tenía; que en enero de 2003, se vinculó

nuevamente con el señor José Hernán Aristizábal Agudelo, que tampoco le pagó derecho laboral alguno, y que en ambos contratos estuvo bajo la subordinación de Consuelo Zuluaga, administradora del almacén de ventas; que otra vez, se vinculó con el referido señor desde el 30 de noviembre de 2006 hasta el 18 de enero de 2011, e igualmente, no recibió ningún derecho laboral, y por último, anota que se vinculó nuevamente con el citado señor en mayo de 2011 hasta el 26 de abril de 2016, en las mismas condiciones de los anteriores.

Este documento, pone en evidencia que la demandante siempre tuvo presente que el señor José Hernán Aristizábal Agudelo, como persona natural, fue el que la contrató en las condiciones que ella describe, pero jamás hace referencia a la persona jurídica que demandó, ni tampoco indica qué clase de relación tuvo la señora Consuelo Zuluaga con el señor Aristizábal en los dos primeros contratos de trabajo que alega que existieron.

En la carta del 20 de abril de 2016 (f.º 5), el señor Hernán Aristizábal se dirige a la actora informándole que se le entregarán dos locales para que ella los administre comercialmente, locales que pondrán precios de mayorista y se incentivarán con promociones, y que en el momento en que surja un negocio, se mirará la viabilidad y venderán la "pacha", teniendo en cuenta siempre que del avalúo inicial o de venta, la señora Adriana tendrá el 50% de la utilidad del negocio, procedimiento que puede surtir en otros locales bajo el mismo sistema y reconocimiento del 50% de la utilidad. Esta carta refleja más las condiciones de un contrato comercial más que un contrato de trabajo.

En comunicación del 21 de abril de 2016, dirigida a José Hernán Aristizábal Agudelo, y escrita en máquina, la actora le manifiesta a este que no está de acuerdo con ninguna de las dos liquidaciones de

prestaciones sociales que le entregó el 19 de abril de 2016, y expone las razones por las cuales no está de acuerdo, que son: que no es coherente el tiempo que le ha laborado a Aristizábal como empleador en el cargo de vendedora; que la liquidación no cumple con los requisitos de ley y que en las mismas se da por terminado el contrato de trabajo el 31 de marzo de 2016, sin incluir lo trabajado en el mes de abril de 2016; que a la fecha no le ha manifestado por escrito hasta cuando va su contrato de trabajo, y que en cuanto a la propuesta de *“Administrar los dos locales o pacha, con beneficios a futuro, para mí no es clara y no representa garantía de Estabilidad laboral y no sé cuál va a ser mi salario mensual”*.

Al respaldo de esta última comunicación, hay un escrito de puño y letra del señor Aristizábal, del 21 de abril de 2016, que textualmente dice: *“Doña Adriana recibe dos locales con su respectiva bodega sin canon de arrendamiento con un plante concertado, donde tendrá plena y total forma de trabajo de acuerdo a la forma de mercadeo que doña Adriana quiera. Cada 3 meses se hará un inventario para estar seguro que el plante inicial está intacto. La experiencia y los resultados los evaluamos cada año. Aspiraciones de Hernán i) Generar Good Will importante a dichos locales para generar negocios donde la Sra Adriana irá en un 50% en la utilidad al momento de generarse un negocio, con el ánimo de seguir generando pachas para el mismo fin. Solo Adriana pagará administración”*.

Al respecto, anota la Sala que en ninguna de las dos cartas suscritas por el señor Aristizabal hay propuesta de pago de prestaciones sociales, las que tampoco fueron aportadas por la actora. Hay sí, una propuesta de entrega de locales para administración comercial de la actora con utilidades para esta en el porcentaje señalado, sin que pueda determinarse con claridad, si la carta que suscribió la demandante el 21 de abril de 2016, fue hecha antes o después de que el señor Aristizábal hiciera la propuesta de entrega de los dos locales. Pero, se repite, en ninguno de estos tres documentos hay indicios, siquiera, de un posible vínculo laboral, sino

más bien, el propósito de un negocio de índole comercial con propuesta de reparto de utilidades para cada uno de los contratantes.

En el contrato de transacción aportado por la demandante sin firma alguna, (f.º 7-8), aparece que las supuestas partes del acuerdo son la señora Olga Patricia Aristizábal Álvarez, como contratante, y la demandante como excontratista, en el cual se dice que las partes han llegado a una transacción respecto del pago de todas las obligaciones que se derivan del contrato de prestación de servicios profesionales. Nada se dice de derechos emanados de un contrato de trabajo. Lo mismo se asevera del poder del f.º 9, conferido por la señora Olga Patricia Aristizábal Álvarez a la abogada Martha Johanna Aristizábal Herrera, dirigido a Entidades Gubernamentales, Centro de Mediación y Conciliación.

En la "CERTIFICACIÓN" del 3 de febrero de 2014, pero que al final dice que se expide el 3 de enero de 2014, a solicitud de la interesada (f.º 13), el señor Fernando Romero Corredor, como Administrador del Centro Comercial Metrocentro, expone que la demandante "*Labora en el centro comercial local 132-133 en el cargo de Administradora de la empresa ARIZUL (Hernán Aristizábal Actividad que viene desarrollando desde hace quince (15) años, siendo una persona honorable, respetuosa con los clientes y vecinos pagando sus obligaciones del cargo para con la administración puntualmente*".

Sobre esa llamada certificación, el señor Fernando Romero Corredor explicó en su declaración que la había expedido con base en informaciones que le suministró la propia demandante, por lo que no puede ser indicativa de la existencia de una relación laboral contractual entre las partes, además de que el testigo administra ese centro desde el 21 de julio de 2008 (f.º 83 - 90).

En el acta n.º201244 del 16 de abril de 2013, de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, se pone como razón social y dueño del establecimiento la sociedad DAV S. en C., Nit. 9003564562-2, y la persona que atiende la visita como administradora es la demandante, se anota que esa sociedad es diferente de la aquí demandada, que según el certificado de Cámara de Comercio (f.º 32-34), tiene un Nit diferente que es el n.º900082581-3. Lo mismo ocurre con las actas n.º201244 y 199447 (f.º 21-26). No se puede establecer de estas actas la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

El acta n.º13992 del 16 de enero de 2008 (f.º 27-29), que corresponde a la misma Secretaría de Salud, tampoco refleja la existencia de un contrato de trabajo, y hace referencia a la razón social Arizul.

El certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá del 6 de abril de 2018 (f.º 93-94), evidencia que la demandante se matriculó como comerciante como persona natural y en la actividad económica de comercio al por menor de prendas de vestir y sus accesorios.

En la carta del 18 de diciembre de 2013 (f.º 14-15), dirigida por la actora al señor Arcenio Orozco, Fiscal Consejo de Administración C.C. Metrocentro, en la que dice ser administradora del local 132-133 de ese centro comercial y cuyo arrendador es el señor Hernán Aristizábal Agudelo, en la que expone algunas inconformidades por el desaseo, el aprovechamiento de las áreas comunes por parte de los proveedores de los ecuatorianos cuando llegan a entregar mercancías, afectando el tránsito de los compradores, que conlleva al detrimento del centro, es de resaltar que la demandante hace esas observaciones porque es su responsabilidad con la empresa a la cual representa, que es la "DAV S en C", manifestando luego que: *"por que vuelvo y le repito mi función es que las ventas de mi empresa sean cada día mejores, el descuido y el abandono al que están sometiendo el centro comercial*

están perjudicando mis ventas". Tampoco se deduce de esta carta que las partes estén vinculadas mediante un contrato de trabajo, y a lo sumo podría deducirse que la actora está actuando en representación de otra sociedad, o que ejerce su actividad de vendedora por su cuenta y riesgo.

Por último, las facturas de ventas aportadas por la demandada en la contestación a la demanda (f.º 97-489), y que fueron reconocidas por la demandante cuando absolvió interrogatorio de parte (f.º 573-574), se advierte que corresponden a Olga Patricia Aristizábal Álvarez, con Nit. 52.379.660-8 Régimen Simplificado, como Distribuidora de Camisetas, no guardan relación alguna con la sociedad aquí demandada, y podrían ser demostrativas de que la demandante le prestó servicios a la señora que expide las facturas, pero desconociéndose la clase de relación que se dio entre ellas.

Del recuento de las pruebas anteriores, y de acuerdo con el principio de la libre formación del convencimiento, concluye la Sala que no está acreditado en el proceso que las partes hayan estado vinculadas mediante contratos de trabajo en la forma como lo dio por acreditado el juez de conocimiento, lo que conlleva igualmente a decir que está desvirtuada fehacientemente la presunción de certeza de los hechos de la demanda que el juez estableció en la audiencia de conciliación, y que no fueron probados en el proceso los elementos del contrato de trabajo de que habla el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por tanto, habrá de revocarse la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la sociedad demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, sin que sea necesario decidir sobre el recurso de apelación de la parte actora, por sustracción de materia.

Por el resultado absolutorio del proceso, no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre las excepciones propuestas. Las costas de ambas instancias serán de cargo de la demandante. Por la primera, como agencias en derecho a su cargo, inclúyase la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), y por la segunda, por el mismo concepto, la suma de quinientos mil pesos (\$500.000).

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: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2019, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que por el resultado absolutorio del proceso, no hay lugar a pronunciamiento sobre las excepciones propuestas por la parte demandada.

TERCERO: COSTAS. CONDENAR a la demandante **TERESA ADRIANA ESCOBAR ORTÍZ** al pago de las costas en primera y en segunda instancia. En la respectiva liquidación de costas que hará el juzgado de conocimiento, inclúyase como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) por la primera instancia, y quinientos mil pesos (\$500.000) por la segunda instancia.

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 **JUDITH RODRÍGUEZ GÓMEZ** en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 018 2018 00280-01.

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 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 demandante contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado 18.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de la afiliación a Porvenir S.A., lo que conlleva el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, se declare que para todos los efectos pensionales continua afiliada a

Colpensiones, y se condene a Porvenir S.A., a devolverá Colpensiones, todos los valores que recibió con motivo de dicha afiliación, tales como bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, junto con los rendimientos (f.º 5).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 25 de diciembre de 1962; se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 28 de octubre de 1983; en el año 2000 se encontraba laborando en la Pontificia Universidad Javeriana, en donde Porvenir S.A., le ofreció trasladarse de fondo de pensiones y le diligenció el formulario, sin la debida explicación o asesoría relacionada con el cambio de régimen, sus ventajas o desventajas e implicaciones a futuro; firmó la solicitud de vinculación, pero no fue informada acerca de las modalidades de pensión que iba a recibir en Porvenir, quien no le proyectó un bono pensional, ni le informó acerca de la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, tampoco acerca de las afectaciones en el ingreso base de cotización y en el capital acumulado, por lo que considera que Porvenir, no cumplió con el deber legal de información (f.º 3-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 42).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 48-65).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante, el formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo (f.º 81-89).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 47, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de septiembre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, en consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, a quien condenó en costas, tras considerar que al aplicar la jurisprudencia al caso en concreto, se verificó que no se acreditó que los fondos demandados hubieran engañado a la demandante cuando dio su consentimiento para trasladarse de régimen pensional, aunado a que se demostró que a lo largo de su vida profesional que fue muy activa, buscaba un mejor escenario para construir su pensión, al realizar los traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, de lo que dedujo que tenía pleno conocimiento de ese régimen pensional, aunado a que nunca fue beneficiaria del régimen de transición (f.º 125-130).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, apeló con el argumento de que se debe tener en cuenta que Porvenir S.A., no cumplió con su deber legal de información, tal y como se ha sostenido en la jurisprudencia, pues el paso del tiempo no ratifica ni compensa esa falta de información capaz de convencer a la persona de que tome una decisión con conocimiento de que está determinada a cambiarse de régimen, sin importar si es beneficiaria o no del régimen de transición.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 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 de la demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente por parte de las aseguradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 25 de diciembre de 1962 (f.º 19); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 28 de octubre de 1983 y el 31 de octubre de 2000, 883.29 semanas (f.º 33-36); **iii)** que el 18 de septiembre de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de noviembre de 2000 (f.º 37, 105, 109), donde actualmente se encuentra con un total de 1769 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 20 a 32 y 91 a 104, más la certificación de f.º 90

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 ibidem, 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, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad afiliado' de la solicitud de vinculación o traslado n.º 1440202 diligenciado el 18 de septiembre de 2000, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su

firma como afiliada: «Hago constar que **realizo en forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos del RAIS, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de mi decisión. Así mismo, he seleccionado a Porvenir SA, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud» (f.º 37, 105).

De manera que, se podría entender que con este acto produjo 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., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Porvenir S.A., previamente diligenciado por el asesor respectivo.

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 *ídem*.

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 la A.F.P., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte (f.º 125-130), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el régimen de ahorro individual con solidaridad, porque admitió que recibió una asesoría grupal e individual por parte de Porvenir S.A., en la biblioteca de la Universidad Javeriana, en donde trabajaba para esa época; que los asesores le indicaron los beneficios de pasarse al fondo, dentro de los cuales se encontraba la posibilidad de recibir dividendos o rendimientos, porque el I.S.S. sería liquidado, sin que hubiera indagado posteriormente acerca de la veracidad de esta información, agregó que nunca solicitó información a Porvenir acerca de su situación pensional. Manifestaciones estas, que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Aunado a lo anterior, los testigos Gloria Edilma Tinjacá Martínez y Ana Lucía Herrera de Bejarano, compañeras de trabajo de la demandante en la biblioteca de la Universidad Javeriana, confirmaron lo atinente a la asesoría grupal que recibieron en aquella época, por parte de Porvenir S.A., la información dada por el respectivo asesor, que pudieron hacer preguntas, que sabían que tenían ventajas como la rentabilidad, y que se iba a llevar a cabo la liquidación del I.S.S.

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 conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó en forma idónea que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional, como lo afirmaron las testigos y la demandante en su interrogatorio de parte, con base con una presunta amenaza de cancelación de su contrato de trabajo por parte de su empleador de no trasladarse a Porvenir S.A., si se observa por una parte, que la actora toda su vida laboral ha cotizado bajo su empleador Pontificia Universidad Javeriana, en forma ininterrumpida desde 1983 hasta por lo menos diciembre de 2018 (f.º 33, 91-104), afirmando ella misma en dicha diligencia, que para la época en la que absolvió las preguntas, esto es, septiembre de 2019, continuaba prestando servicios para dicha institución educativa, en donde año a año le renovaban el contrato, y por otra parte, que las testigos sostuvieron que esa supuesta presión fue ejercida por la Universidad en el año 1994, mientras que, como se vio, la demandante se trasladó de régimen pensional en el año 2000.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 6-11) -, no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando

el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas (883.29 – f.º 33-36), y la edad cumplida a la fecha de traslado (37 años – f.º 19), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora bien, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió la demandante y el *a quo*, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 20 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 30% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con

posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Porvenir, informarle a la demandante previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 3 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque contaba con 32 años de edad y 548.97 semanas de cotización al 1.º de abril de 1994, y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 25 de diciembre de 2009 y no lo hizo, sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que además de haber sido publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en

periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 107, 108), también fue comunicado directamente a la demandante con la comunicación n.º T0432496 (f.º 106).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas 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.

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.

Si en gracia de discusión, se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en septiembre del año 2000, 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 la afiliada 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 la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Protección S.A.-Santander.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada

al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **CONFIRMARÁ** 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 proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado 18.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

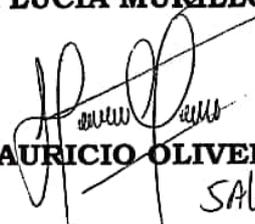
Los Magistrados,



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 **MAGDALENA BERMUDEZ DE CARVAJAL** contra **ARTURO TEJADA CANO S.A.S.**

EXP. 11001-31-05-020-2018-00573-01.

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 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 parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

MAGDALENA BERMÚDEZ DE CARVAJAL demandó a la **ESCUELA DE DISEÑO DE MODAS Y PATRONAJE INDUSTRIAL ARTURO TEJADA CANO S.A.S.**, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de julio de 1987 y el 18 de noviembre de 2016 sin solución de continuidad, y a que se le condene a cancelarle indexadas las sumas adeudadas por cesantías e intereses, primas de servicio de junio y diciembre, salario por vacaciones no disfrutadas, y por el período comprendido entre 1987 y 2016, así como la sanción por no consignación del auxilio de cesantía, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones de ley, a la indemnización por despido injusto y a las costas.

Adujo como hechos, que la demandada tiene como objeto social *“La enseñanza, la formación, capacitación y perfeccionamiento permanente en las áreas del diseño de modas, tecnología del patronaje, de la confección y de la industria textil y la moda en general ...”*, entre otras, a la que le prestó servicios personales como docente hora cátedra en sus instalaciones entre el 21 de julio de 1987 y el 18 de noviembre de 2016, a través de contratos sucesivos de prestación de servicios por espacio de 29 años; que durante todo este tiempo estuvo subordinada y sujeta a las instrucciones que le impartía la demandada, pues no constaba con autonomía ni independencia para desempeñar su labor, por lo que existió en la realidad fue un contrato de trabajo, recibiendo como última remuneración mensual la suma de \$1.673.500.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 29 de octubre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 141).

LA ESCUELA DE DISEÑO DE MODAS Y PATRONAJE INDUSTRIAL ARTURO TEJADA CANO S.A.S., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En su defensa, alegó que nunca existió vinculación laboral con la demandante puesto que se suscribieron contratos de prestación de servicios por periodos de tiempo determinados e ininterrumpidos, de acuerdo con su disponibilidad, sin que estuviera subordinada y sujeta a órdenes e instrucciones. Además, que los lineamientos, metodología y desarrollo de la cátedra los seguía con total autonomía técnica, pero debiendo cumplir con el objeto del contrato, como dictar las clases dentro del horario que se le estableció de acuerdo con su disponibilidad, y hacer los exámenes y prácticas propias de su función docente. Recalcó, que la contratación estuvo regida por el Código Civil y el Código de Comercio. (f.º 165 - 167).

Propuso como excepciones las de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, prescripción, buena fe, pago e improcedencia de la sanción moratoria. (f.º 168 - 179).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 19 de septiembre de 2019, declaró la existencia de un vínculo laboral mediante 59 contratos de trabajo para docentes, regidos por el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, ejecutados desde el 21 de julio de 1987 al 18 de noviembre de 2016, y declaró probada

parcialmente la excepción de prescripción. En consecuencia, condenó a la demandada al pago de las siguientes sumas de dinero: **i)** Cesantías, por \$2.940.700; **ii)** intereses a las cesantías, por \$342.887; **iii)** prima de servicios, por \$2.940.700; **iv)** vacaciones, por \$1.470.300; **v)** indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por \$55.783.33, y **vi)** \$3.000.000, como agencias en derecho.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en determinar si el vínculo existente entre la demandante y **ARTURO TEJADA CANO S.A.S**, fue mediante un contrato de prestación de servicios o un contrato de trabajo de profesores de establecimientos particulares de enseñanza.

Para fundamentar su decisión, tuvo en cuenta las pruebas allegadas al proceso (f.º 36 - 139) consistentes en la copia de cédula de ciudadanía de la actora, derechos de petición, quejas presentadas contra los contratos de prestación de servicios, certificaciones laborales, copias de desprendible de nómina, del pago de algunos honorarios y del control de asistencia para docentes, así como el interrogatorio de parte de la demandante y los testimonios practicados.

Se refirió a lo dispuesto en el artículo 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, para aclarar que los elementos del contrato de trabajo corresponden a la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución, y que el artículo 24 establece la presunción de que toda relación de trabajo esta regida por un contrato de trabajo, esto es el principio de primacía de realidad sobre las formas, por lo que le corresponde a la demandante acreditar la prestación personal del servicio, y a la parte demandada desvirtuar esa presunción legal.

Manifestó, que el régimen laboral de los educadores está consagrado en el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo según el cual el contrato de trabajo de los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por año escolar, y clarificó que conforme a lo establecido en sentencia de 23 de abril de 2001, radicado n.º15623 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el contrato de trabajo de los educadores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el periodo escolar que puede ser equivalente a un año o a un semestre universitario, por lo que este precepto desarrolla una modalidad especial de duración del contrato diferente a la establecida en el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo.

Expresó, que en la documental del expediente obran los contratos aportados por la demandante denominados "*contratos de prestación de servicios*", los cuales evidencian que la actora, denominada profesora, debía dictar una o varias asignaturas en los horarios señalados y en cumplimiento del programa calendario adoptado por la demandada, practicar las evaluaciones de cátedra, diligenciar y firmar los formatos de control académico, asistir a reuniones de profesores, y cumplir estrictamente con los reglamentos. Asimismo, señaló que los contratos tenían una vigencia de 4 meses, y que eran suscritos por cada semestre académico del año escolar.

El juzgado estimó entonces, que era evidente que la demandante era docente de la escuela **ARTURO TEJADA CANO S.A.S.**, por lo que no era de recibo el argumento esgrimido por la parte actora de que se suscribieron contratos de prestación de servicios, toda que conforme a lo establecido en la Ley 115 de 1994, y los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el régimen laboral de

los docentes privados, en concordancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas, se sujeta a lo establecido en el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es mediante un contrato de trabajo.

Aclaró, que si bien en el proceso se probó que la trabajadora celebró contratos al mismo tiempo con otros empleadores en sus tiempos libres, dichos vínculos son completamente válidos y no deslegitiman la relación laboral que existió, máxime si se tiene en cuenta que no se pactó exclusividad con la demandante, y que la ley colombiana no prohíbe que un trabajador celebre varios contratos de trabajo con diferentes empleadores.

Respecto de las pretensiones relacionadas con las prestaciones sociales, el juzgado adujo que los derechos laborales prescriben transcurridos tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. En efecto, los derechos de los años 1987 a 2014 están prescritos debido a que la actora no presentó reclamación alguna dentro del término legal dispuesto para el efecto. No obstante, los del año 2016 no fueron afectados por el fenómeno de la prescripción.

Sobre la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo estableció, que como no había prueba dentro del plenario que acreditara el pago de las prestaciones sociales del demandante, y que la forma de contratación no fue la establecida en el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, sino por 59 contratos de prestación de servicios desde el 21 de julio de 1987 hasta el 18 de noviembre de 2016, hubo mala fe por parte de la demandada por lo que decidió aplicar dicha sanción. Finalmente, el despacho declaró no probadas las excepciones propuestas, exceptuando la de prescripción de forma parcial.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

1.- PARTE DEMANDADA.

La parte demandada, apeló la totalidad del fallo debido a que se desconocieron los elementos probatorios que cursan en el expediente por parte del despacho, al concluir que hubo un contrato laboral simplemente por una coordinación de actividades que hubo con la empresa, en virtud de la cual se desarrolló el objeto del contrato.

En cuanto a la indemnización moratoria, alegó que cuando el juez estaba manifestando la decisión de imponerla o no, e hizo un análisis frente a que tal decisión procedía siempre y cuando se realizara un análisis en el que previamente se debía calificar la conducta del empleador, es decir, que no era una sanción que se debiera imponer por mera liberalidad, entendió que iba a absolver de dicha pretensión, a la que sin embargo mas adelante condenó; sin embargo, el apelante sostiene que no hubo mala fe probada dentro del proceso en la relación general con la demandante.

2.- PARTE DEMANDANTE.

Discrepó de la sentencia por declarar la prescripción de los derechos comprendidos hasta el 25 de abril de 2015, dado que la reclamación no se trata de prestaciones periódicas, sino que se trata de la declaratoria de un contrato realidad y la Corte ha tenido una posición mayoritaria de que este fenómeno jurídico de la prescripción trienal no opera para este tipo de casos.

V. CONSIDERACIONES

Para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, el tribunal se ceñirá a lo dispuesto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto de la apelación.

Así las cosas, se estudiará primero por razones de método el recurso de la parte demandada, por su mayor comprensión, sobre la totalidad del fallo.

1.- DE LA APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.

1.1.- EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Para que exista contrato de trabajo, según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo se necesita que concurren tres elementos esenciales: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, **iii)** y un salario como retribución del servicio. Una vez reunidos estos tres elementos, debe entenderse que hay contrato de trabajo, el cual no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras modalidades o condiciones que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Así, le asiste a la sala determinar si existió un contrato de trabajo entre **ARTURO TEJADA CANO S.A.S.**, y la actora, o si suscribieron varios contratos de prestación de servicios para el desarrollo del objeto del contrato, como lo afirmo la demandada.

Ahora bien, conforme al acervo probatorio que obra en el expediente no hay duda de que la demandante prestó servicios personales a la demandada como docente, como se acredita con los contratos de trabajo (f.º 43 - 46), y los contratos de prestación de servicios (48 - 87), así como las constancias expedidas por la demandada, que demuestran que la prestación del servicio inició el 21 de julio de 1988 (f.º 59, 63, 78 y 82). Cabe resaltar que en la certificación de fecha de 23 de abril de 2008 (f.º 59), la demandada expresó que el contrato era renovado cada 6 meses.

Llama la atención de la sala, que dos de los contratos suscritos por la actora (f.º 43 - 44), el 7 de febrero de 1994 y el 27 de enero de 1995 respectivamente, se titulan "*CONTRATO DE TRABAJO ENTRE LA ESCUELA DE DISEÑO DE MODAS Y PATRONAJE INDUSTRIAL ARTURO TEJADA CANO Y MAGDALENA DE CARVAJAL*"; como objeto, ambos contratos dicen en la cláusula primera, que: "*El profesor se compromete a cumplir el programa calendario adoptado por la Escuela, salvo que haya alteración del orden y se obliga además, dentro de sus funciones como profesor a practicar oportunamente los formatos de control académico, asistir a las reuniones de profesores convocadas por la Escuela y cumplir estrictamente los reglamentos*"; Las cláusulas segundas dicen que: "*El profesor debe dictar las asignaturas en los horarios descritos en documento adjunto, el cual forma parte integral del presente contrato*". Mientras que los contratos de los folios 45, 46, 48, 49, 50 y siguientes, están rotulados como contratos de prestación de servicios, pese a que el objeto, asignaturas y demás cláusulas, son similares a la de los se que firmaron como contratos de trabajo.

Igualmente, en la comunicación realizada por la demandada a la actora, de fecha de 30 de enero de 2015 (f.º 89), **ARTURO TEJADA CANO S.A.S.** le recuerda a la trabajadora la importancia que tiene su asistencia a la inducción de docentes, por cuanto en dicha reunión la institución da las pautas para el ejercicio a desarrollar durante el

semestre en curso”, razón por la cual le piden el favor de *“dirigirse con su comunicador para que lo ponga al tanto de los cambios y los propósitos a desarrollar con el fin de obtener los resultados en términos eficientes y eficaces en el transcurso del semestre”*.

Así las cosas, no encuentra la sala explicación para que unos contratos fueran titulados como de trabajo, y otros como de prestación de servicios, cuando el contenido de unos y otros son similares, pero de los cuales se desprende la obligación de la demandante de someterse a las instrucciones y directrices que le impartía la demandada. Por tanto, no es cierto que esa prestación de servicios haya estado regida por normas civiles o comerciales, sin dejar de lado que conforme al artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando hay conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, aquellas se prefieren.

Considera la sala de lo dicho, que razón le asistió al juzgado para declarar la existencia del contrato de trabajo, el cual estuvo regido por el artículo 101 Código Sustantivo del Trabajo, dado que la labor que siempre ejerció la demandante fue la de docente y la demandada es un establecimiento particular de enseñanza, según su objeto social (f.º 3-5).

1.2.- INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

El artículo 65, numeral 1.º del Código Sustantivo del Trabajo establece que si a la terminación del contrato de trabajo no se le pagan al trabajador los salarios y prestaciones que se le adeudan, deberá pagar al trabajador una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el tiempo es menor. Después de ese lapso, pagará intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de

libre asignación certificado por la Superintendencia Bancaria, a partir del mes de veinticinco (25) hasta cuando se verifique el pago.

La sala advierte, que no hay en el expediente una prueba que avale la buena fe de la demandada para no pagar a la demandante los salarios y prestaciones debidos. El hecho de haber firmado como contrato de trabajo unas veces, y como contrato de prestación de servicios otras, es un elemento indicativo de que lo que en verdad se quería disfrazar era la existencia de un contrato de trabajo, que no podía ignorarse así en documentos se hiciera constar una contratación diferente.

Por tanto, se confirmará la sentencia del Juzgado en estos puntos.

2.- APELACIÓN DEL DEMANDANTE.

2.1.- PRESCRIPCIÓN

Lo que la sala entiende de la apelación de la demandante, es que el tribunal se equivocó al declarar la prescripción trienal, cuando al ser un contrato realidad, la prescripción no opera para estos casos.

Sin embargo, la posición mayoritaria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es que en casos en los cuales el proceso verse sobre la declaración de existencia de un contrato de trabajo como consecuencia de la aplicación del principio de la primacía de la realidad, la declaración positiva que hace el juez es constitutiva, es decir que sus efectos se concretan al periodo en que se desarrollo el contrato de trabajo, por lo que, partiendo de su finalización, es aplicable la prescripción como modo de extinguir las obligaciones, de manera que es equivocada la posición de la parte

demandante cuando asevera que en esos casos la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la prescripción no opera en esos eventos. Se confirmará lo decidido por el juzgado.

Sin costas en esta instancia, al haber prosperado el recurso parcialmente.

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 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en la presente 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 **JORGE ERNESTO ESCOBAR ZAPATA** en contra de **COLPENSIONES E.I.C.E.**

EXP. 11001 31 05 021 2018 00235 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 Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a la demandada a indexar el ingreso base de liquidación a partir del 1.º de mayo de 1994 y la actualización de las sumas debidas (f.º 3).

Sustentó sus pretensiones, en que el 16 de noviembre de 1993 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, que le fue reconocida mediante Resolución n.º 0040309 del 10 de mayo de 1994, al tenor de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía inicial de 4194.737 a partir del 1.º de mayo de 1994, a razón de 1400 semanas de cotización y con un I.B.L. de \$216.374 liquidado con base en las últimas 10, sin indexar; el I.B.L. que realmente le correspondía era \$328.104,58, que al ser aplicada la tasa de reemplazo del 90% arroja una mesada de \$295.294,12; reclamó administrativamente el 210 de marzo de 2018 (f.º 12-14).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 21 de mayo de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 22), quien contestó con oposición con el argumento de que a la demandante se le aplicó la normativa vigente para el momento del reconocimiento de la pensión, por lo que no es viable indexar la primera mesada pensional al margen de que haya sido otorgada con posterioridad al año 1991, en todo caso, el derecho se encuentra prescrito; propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y prescripción (f.º 30-35).

La Agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 28).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 25 de septiembre de 2019, condenó a la demandada a reajustar la pensión de vejez del demandante para fijar como mesada inicial la

suma de \$290.336 para el año 1994, que a 2015 asciende a \$1.608.007,54, por tanto, debe pagar las diferencias causadas desde el 5 de febrero de 2015 y hasta el 31 de agosto de 2019, por un monto equivalente a \$22.479.614,19, sin perjuicio de las diferencias que se sigan causando, la indexación al momento de su pago y las cosas; autorizó a la demandada a descontar los aportes a salud y trasladarlos a la entidad a la que se encuentra afiliado y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás.

Motivó la presente decisión, en que la indexación de la primera mesada aplica para toda clase de pensiones, con el fin de reivindicar el poder adquisitivo de las pensiones no integrantes del Sistema de Seguridad Social, sin importar su origen legal o extralegal, o si fueron concedidas antes o después de la Constitución Política de 1991, cuyo salario base de liquidación sufrió algún tipo de envilecimiento en el momento en que el trabajador se retira del servicio y la fecha en que finalmente reúne los requisitos para acceder a la prestación de vejez, de manera que actualizó el I.B.L. a \$322.595 para el año de 1994 (f.º 77, 78).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada argumentó que no es viable la indexación de la primera mesada, respecto de las pensiones reconocidas con base en los reglamentos del I.S.S., como es el caso de la demandante porque se le reconoció con base en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas, por tanto, no es viable que Colpensiones actualice las cotizaciones que realizó entre la fecha en que cesaron los aportes y el cumplimiento de la edad; en todo caso, se debe tener en cuenta que cualquier derecho que se hubiera causado se encuentra prescrito.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Sala de decisión el verificar la viabilidad o no de indexar el salario base de la pensión de vejez del demandante, reconocida con aplicación directa e integral del Acuerdo 049 de 1990, y si como consecuencia de ello, es posible ordenar el pago de diferencias en las mesadas pensionales.

No fue objeto de discusión, y se encuentra acreditado en el proceso que: **i)** el demandante nació el 7 de octubre de 1933, por lo que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 1993 (CD f.º 36); **ii)** cotizó al extinto I.S.S. un total de 1436.29 semanas comprendidas entre el 1.º de enero de 1967 y el 11 de julio de 1994 (f.º 37, 38,62-65); **iii)** mediante Resolución n.º 4039 de 1994, el extinto Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de vejez, en aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1.º de mayo de 1994 en cuantía inicial de \$194.737, teniendo en cuenta 1400 semanas de cotización y un I.B.L. de \$216.374 al que aplicó un monto del 75% (f.º 14).

Sea lo primero precisar, que esta Sala no desconoce que el carácter universal de la indexación de la primera mesada pensional, incluida la base salarial, se aplica a todas las pensiones reconocidas en cualquier tiempo y sin importar si son de origen convencional o legal, dado que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, a consecuencia de la inflación, es un fenómeno que afecta por igual a todos los jubilados del país y, por lo tanto, es ajustado al equilibrio social que cualquier persona que haya obtenido el reconocimiento y el pago de su pensión, y empiece después a disfrutarla, encuentre ajustado su valor y monto a la realidad económica de ese preciso

instante del reconocimiento, y no a una realidad económica anterior, en el que seguramente ya se ha envilecido la moneda de curso legal (CSJ SL736-2013, SL16180-2015, SL17197-2016 y SL5744-2017).

No obstante, se debe advertir, que aun cuando la jurisprudencia ordinaria laboral y constitucional establezcan la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional de cualquier tipo de pensión, en relación con las pensiones reconocidas en aplicación directa e integral del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dicha indexación no es viable jurídicamente, porque para hallar el salario base de este tipo de pensiones, se debe acudir al parágrafo 1.º del artículo 20 del citado Acuerdo, que dispone que este se obtiene de multiplicar el factor 4.33 con la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas 100 semanas.

Es decir, que como la pensión de vejez que está a cargo hoy de Colpensiones, fue reconocida por aplicación directa e integral de los reglamentos del extinto I.S.S., no es admisible imponer a la demandada la obligación de actualizar las cotizaciones efectuadas para acceder a la pensión de vejez conforme el artículo 12 del citado Acuerdo, pues tal situación la debe asumir el afiliado, en la medida en que este pudo seguir aportando para elevar la tasa de reemplazo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa referenciada.

Lo anterior es así, porque la prestación pensional del demandante fue reconocida no con base en el salario devengado por ella, sino conforme a un número de semanas que logró cotizar, es decir, distinto a otros casos en los que se analiza el salario devengado por el trabajador; de donde se desglosa que lo que de fondo se pretende en esa acción, es la indexación de las cotizaciones que sirvieron de sustento fáctico al reconocimiento del derecho

prestacional de Jorge Escobar, y ello, en verdad, no es procedente, dado que antaño, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que se indexan los salarios más no, las semanas de cotización aportadas a la entidad de seguridad social, al margen de si la prestación se causó antes o después de la entrada en vigencia de la Carta Política (CSJ SL, 10 jun. 2005 rad. 23798, SL, 6 jul. y 30 ago. 2011 rad. 39542 y 41852, SL, 30 oct. 2012 rad. 49360, SL, 17 abr. 2013 rad. 44821, SL629-2013, SL12153, SL11379, SL13183, SL16796, SL15680 y SL16727 de 2015), razonamiento que se mantiene indemne y pacífico en sentencias más recientes, como la SL6613-2017, SL5152-2018, SL945 y SL4016-2019.

Bajo los anteriores razonamientos, la Sala se releva de revisar la liquidación efectuada por la juzgadora de instancia (f.º 76), al no ser procedente la indexación de las cotizaciones para calcular la pensión de vejez del demandante; en consecuencia, se REVOCARÁ entonces la sentencia apelada consultada. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

Dado el resultado del proceso, se hace innecesario emitir pronunciamiento alguno en relación con la pretensión subsidiaria. 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: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, de todas las pretensiones incoadas por **JORGE ERNESTO ESCOBAR ZAPATA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

INFORMAZIONE E COMUNICAZIONE



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUCRECIA MARÍA CARVAJAL RESTREPO** en contra **PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES.**

EXP. 11001-31-05-024-2018-00259-01

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 surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el día 16 de septiembre de 2019 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declarara la nulidad del traslado efectuado el 30 de octubre de 1997 a **PORVENIR S.A.**; del traslado efectuado el 21 de julio de 1998 al Fondo Privado Horizonte

S.A., hoy **PORVENIR S.A.**; del traslado efectuado el día 6 de enero de 2000 a **PORVENIR S.A.**, y del traslado efectuado el 24 de abril de 2010 a **PROTECCIÓN S.A.**, toda vez que no se le brindó información veraz, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales. Consecuencialmente, solicitó que se retrotraigan las cosas a su estado anterior, y se ordene a **COLPENSIONES** tenerla como afiliada en el R.P.M., como si nunca se hubiese traslado de régimen, y que se condenara en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Para el efecto manifestó que nació el 14 de mayo de 1961, y que cumplirá los 57 años de edad el 14 de mayo de 2018; que se trasladó al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**, el día 30 de octubre de 1997; que el asesor comercial no le brindó la información clara, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas del R.P.M. y del R.A.I.S, y que no se le hizo un estudio de su situación particular, toda vez que solo fue ilustrada de las ventajas que podría obtener por cambiarse de régimen pensional; que se trasladó de **PORVENIR S.A.** al fondo **HORIZONTE S.A.** el 21 de julio de 1998; que se trasladó de **HORIZONTE S.A.** a **PORVENIR S.A.** el 6 de enero de 2000, y de **PORVENIR S.A.** a **PROTECCIÓN S.A.** el 24 de enero de 2010.

Expresó, que **PROTECCIÓN S.A.** realizó una simulación pensional, en la cual se proyectó que para cuando cumpla los 57 años de edad, esto es en el 2018, no obtendría derecho a una mesada pensional, y que en la simulación pensional realizada en el **R.P.M.**, conforme a lo contemplado en la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años, aplicando una tasa de remplazo equivalente al 63.18%, una vez cumpla 1.300 semanas de cotización, esto es en 2021, sería de \$2.161.925; que las

simulaciones evidencian como su mesada pensional es ostensiblemente superior en el R.P.M.; que desde el 15 de abril de 1980 hasta el 31 de agosto de 2007, tiene un total de 1.093 semanas cotizadas (21 años y 3 meses), y que sumadas la semanas cotizadas desde la misma fecha hasta el 19 de octubre de 2021 tendría un total de 1.309 semanas cotizadas.

Finalmente, señaló que radicó derecho de petición ante **COLPENSIONES** el 20 de febrero de 2018, para solicitar la nulidad de traslado, y que a la fecha la entidad no se ha pronunciado pese a que ya trascurrieron los 30 días que otorga la ley.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 28 de junio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 58).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante tenía el deber de informarse frente a las consecuencias de generar el traslado a un fondo privado; que la afiliación de la actora a PORVENIR S.A. cuenta con validez, toda vez que en la fecha en que se realizó el traslado no existía obligación en cabeza de las administradoras de fondos privados de suministrar información detallada, la cual únicamente surgió con la entrada en vigencia del Decreto 2241 de 2010 (f.º 80 - 81).

Propuso como excepciones la de buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, y prescripción (f.º 87 - 89).

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 el traslado pensional efectuado por la actora, no se hizo en contra de una prohibición legal, y que dentro del expediente no obra prueba sumaria que soporte lo pretendido por ella, para que el acto de afiliación sea nulo (f.º 97 - 98).

Invocó 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 102 - 103).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 16 de septiembre de 2019, declaró que para todos los efectos legales que la demandante, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en consecuencia siempre permaneció en el R.P.M.; ordenó al fondo **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones que hizo, y a reactivar su afiliación, y actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de **PROTECCIÓN S.A.**; declaró no probada la excepción de prescripción, y no condenó en costas.

Para fundamentar su decisión, se refirió a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de octubre de 2017, radicado 46292, en donde se expresó que la obligación de información de la A.F.P. es de carácter profesional, y debe comprender todas las etapas del proceso, esto es desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las

condiciones para el disfrute pensional, por lo que es su deber proporcionar a los interesados una información completa y comprensible, debido a que el administrador es experto, y el afiliado lego en materias de alta complejidad.

Igualmente, señaló que en sentencia SL – 1421 de 2019 se estableció que el libre albedrío exigido por el Sistema de Seguridad Social, no se limita a una simple manifestación de la voluntad sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, precedida de una información suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que la decisión de traslado de régimen acarrea, por lo que no se trata de diligenciar un formato ni de adherirse a una cláusula genérica si haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir de la trascendencia de la decisión adoptada.

También, se refirió a la sentencia SL – 1688 de 2019, en donde se hizo un análisis sobre la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, y se concluyó que desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, por lo que el cambio de régimen debía estar precedido de una ilustración al trabajador como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, así como de los riesgos y consecuencias de un traslado.

Sobre el caso concreto, indicó que no obstante ser evidente que la actora suscribió formulario de afiliación para trasladarse del extinto **I.S.S.** a **PORVENIR S.A.**, el día 30 de octubre de 1997 (f.º 12), y posteriormente 2 formularios para trasladarse a los fondos privados **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** no se puede tener por

satisfecho el deber de información, toda vez que las administradoras de pensiones no cumplieron con la carga de la prueba de acreditar que en el momento en que le actora se trasladó de régimen y se afilió a varios fondos privados, le fue brindada una información clara, suficiente y comprensible. De modo que la decisión de traslado de la actora no fue consiente por la ausencia de una libertad informada, lo cual inexorablemente genera la invalidez de la afiliación.

Finalmente, señaló que en sentencia 1688 la Corte Suprema de Justicia indicó que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho, o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito. Así las cosas, la acción dirigida a obtener la nulidad o ineficacia de un traslado o la afiliación al régimen pensional tiene el carácter de imprescriptible.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 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 de la demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 14 de mayo de 1961 (f.º 10); **ii)** que a 31 de octubre de 1997 tenía un total de 78.76 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 41); **iii)** que el 30 de octubre de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (f.º 12); **iv)** que el 21 de julio de 1998 se trasladó a HORIZONTE S.A. (f.º 13); **v)** que el 6 de enero de 2000 se trasladó a

PORVENIR S.A., *vi*) que el 24 de abril de 2010 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. (f.º 15), *vii*) y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1156.71 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa en el expediente (f.º 137 - 141).

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 a PORVENIR S.A., el día 30 de octubre de 1997 (f.º 12). En el recuadro denominado 'voluntad de afiliación', 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 la actora indicó que estuvo de acuerdo con la información suministrada por PORVENIR S.A. Igualmente, los formularios diligenciados ante las demás administradoras, indican que la actora tenía conocimiento del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que considera la Sala como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con 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. y PROTECCIÓN 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 de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Y no se puede perder de vista, que conforme a los formularios que suscribió el 30 de octubre de 1997 (f.º 12), el 21 de julio de 1998

(f.º 13), el 6 de enero de 2000 (f.º 14) y el 24 de abril de 2010 (f.º 14), la demandante recibió una amplia y más que suficiente asesoría para efectos de su vinculación PORVENIR S.A., HORIZONTE S.A., PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pudo haber hecho uso de su derecho a retractarse, o de regresar al régimen de prima media.

De otro lado en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni que tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas (f.º 41) , y la edad cumplida a la fecha de traslado (f.º 10), por lo que no se encontraba en plena formación su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió la demandante, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 23 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 40% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de PORVENIR S.A., HORIZONTE S.A., PORVENIR S.A., y

PROTECCIÓN S.A., informarle a la demandante previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de la edad requerida, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 6 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Anudado a lo anterior, el traslado de la actora no significó la pérdida del régimen de transición. De manera que, no se demostró que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque contaba con 32 años de edad y 31.86 semanas de cotización a 1º de abril de 1994 y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son. También, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, y no lo hizo, al contrario, en abril de 2010, hizo su cuarto traslado de administradora a PROTECCIÓN S.A., sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por el fondo PORVENIR S.A, mediante publicación de comunicado de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como el que se acreditó en este asunto (f.º 113).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y con las 4 solicitudes de vinculación efectuadas a PORVENIR S.A., HORIZONTE S.A., PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., ya reseñadas, estima la Sala que las mismas son claramente indicativas de que la promotora del juicio tenía pleno y amplio conocimiento del

régimen de ahorro individual con solidaridad, advirtiéndose como ratificaciones tácitas del acto jurídico de traslado, corroborando su conocimiento de las condiciones del régimen en el que se encontraba.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas 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.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los

que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al régimen de ahorro individual.

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.

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en octubre del año 1997, 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 la afiliada 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 la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas.

Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a PORVENIR SA.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

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

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: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de todas las pretensiones incoadas en su contra por **LUCRECIA MARÍA CARVAJAL RESTREPO**, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



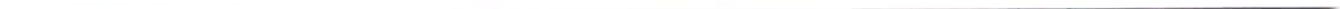
DAVID A. J. CORREA STEER



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 **FREDY FERNANDO JÁCOME CELI** en contra de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.**

EXP. 11001 31 05 026 2018 00281 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 el demandante contra la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1.º de agosto de 2005 y el 15 de junio de 2011, que fue terminado de manera

unilateral y sin justa causa el 31 de mayo de 2016, y que el acuerdo de finalización del vínculo suscrito entre las partes ese día, se encuentra viciado por error en el consentimiento, por lo tanto, es ineficaz; en consecuencia, se condene a la demandada al pago del salario de 5 días de mayo de 2011, las vacaciones equivalente a 13.75 días del año 2011, la prima de antigüedad de 10 días laborales del mismo año, las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, liquidadas con el salario devengado en mayo de 2011 indexado a 31 de mayo de 2016, pero la segunda calculada desde esa última data, junto con los intereses moratorios respectivos y la indexación (f.º 53-55, 102-104).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que el 1.º de agosto de 2005 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, con el fin de desempeñarse como Gerente Divisional de Cuentas; el 23 de abril de 2011, Bimbo Panamá S.A. le presentó una propuesta de traslado como Asignado Internacional, situación que se hizo efectiva a partir del 16 de junio de 2011, época para la cual devengaba en Colombia un salario mensual de \$8.962.902; su contrato de trabajo en Colombia no fue terminado ni suspendido en dicha época, ni se acordó una licencia remunerada o no entre las partes, como consecuencia de su traslado a Bimbo Panamá S.A., tampoco a la fecha de presentación de la demanda, le han cancelado las acreencias causadas entre los años 2005 y 2011; según las políticas internas de la sociedad demandada, al finalizar el período contractual en Panamá, retornaría al país de origen, Colombia.

Indicó, que el 31 de mayo de 2016 Bimbo Panamá S.A., finalizó su contrato de trabajo, cancelando un valor referente a bonificación y/o indemnización, únicamente por el período en el que prestó los servicios en dicho país, posteriormente, le entregaron una liquidación

elaborada por el área de recursos humanos de Bimbo Panamá S.A., referente al período en el que prestó los servicios directamente a la demandada, cuya base salarial era el salario devengado en el año 2011 discriminando una bonificación a razón de 167.54 días de indemnización por \$54.327.635; el último salario devengado en Panamá bajo el cargo de Gerente de Ventas Oficina Nacional de Ventas, fue de PAB 10.323,04 (Balboas), más los beneficios de bonos anuales de resultados y escolar; el mismo 31 de mayo de 2016, Bimbo de Colombia S.A. finalizó su contrato de trabajo.

En la reforma a la demanda, agregó que el empleador nunca le notificó pago alguno respecto de la liquidación que se le adeuda desde el 31 de mayo de 2016, sin embargo, continuó realizando aportes a Colfondos para el período comprendido entre el 16 de junio de 2011 y el 31 de mayo de 2016; que el salario que devengó en el año 2011, indexado a 31 de mayo de 2016 ascendió a \$11.537.323, y que el 22 de agosto de 2017 se llevó a cabo diligencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo (f.º 51-53, 100-102).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 8 de agosto de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 62), y la reforma se admitió el 28 de enero de 2019 (f.º 117).

La entidad accionada contestó la demanda y su reforma con oposición, bajo el argumento de que se acordó suspender el contrato del demandante el 16 de junio de 2011, en virtud de la licencia no remunerada peticionada por él para aceptar una oferta laboral realizada por Bimbo Panamá, persona jurídica totalmente distinta, y con quien celebró un contrato de trabajo autónomo e independiente regido por la legislación propia de ese país; señaló, que posteriormente

el contrato con Bimbo de Colombia S.A., se terminó por mutuo acuerdo libre y voluntario, el 31 de mayo de 2016, y con el pago de todas las acreencias laborales a las que tuvo derecho.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y buena fe (f.º 79-92, 118-131).

En audiencia del 25 de junio de 2019, se declaró no probada la excepción previa de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y no probada parcialmente la excepción previa de prescripción respecto de las pretensiones relacionadas con el pago del salario de 5 días de mayo de 2011, las vacaciones equivalentes a 13.75 días del año 2011, y la prima de antigüedad de 10 días laborales del mismo año (f.º 141, 142).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 9 de septiembre de 2019, declaró probadas las excepciones y en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar para lo que interesa a la alzada, que como el demandante afirmó que suscribió el acuerdo de terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento bajo engaño o error al creer que se le pagaría una indemnización, le correspondía probar la presencia del vicio del consentimiento por el error argüido, sin embargo, de las pruebas allegadas al expediente no se logra verificar la presencia del referido vicio, máxime que de la lectura del referido documento no se observa que su efecto haya quedado supeditado o condicionado, al pago de la liquidación del contrato ni menos al de alguna indemnización o de alguna otra condición, pues de la manera cómo quedó redactado,

simplemente se perfeccionaba con la suscripción de aceptación de ambas partes, sin que ahora sea válido alegar haber creído que le pagarían unos conceptos a los que no se observa que tenga derecho.

Adicionó, que el hecho de que se haya entregado una liquidación en la misma fecha de suscripción del acuerdo de terminación, no repercute en la perfección del mismo como tampoco en que el mismo se supeditara al pago de lo que allí se indicó, pues lo único que demuestra es que en efecto se estaba dando fin al vínculo contractual, siendo su liquidación una obligación que conlleva toda terminación del contrato laboral.

Para despachar desfavorablemente la indemnización moratoria, sostuvo que la modalidad salarial pactada entre las partes, fue que el demandante devengara un salario integral, que las únicas acreencias que quedaron pendientes a la finalización del contrato de trabajo fueron 5 días de salario que se cancelaron, y que en todo caso, en la fijación del litigio quedaron excluidas las pretensiones relacionadas con acreencias causadas en el año 2011, por lo que la indemnización respecto de la falta de pago de estas últimas corre la misma suerte (f.º 144, 145).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante sostuvo que no se valoraron adecuadamente las pruebas, porque con el testigo Juan Carlos Becerra, se estableció que a la finalización del contrato de trabajo, se le entregó una liquidación que tenía unos valores establecidos como salariales y prestacionales, así como una bonificación o indemnización, unas vacaciones y prima de antigüedad no gozada, la cual fue firmada simultáneamente; por lo que solicita el pago de la indemnización por terminación del contrato, porque a todas luces, la citada bonificación era la

indemnización a que hace referencia el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, aunado a que no se tuvo en cuenta que el vínculo laboral en Panamá, finalizó el 26 de mayo, que posteriormente se reanudó o reactivó el contrato en Colombia, y que precisamente por esa razón, luego firmó un acuerdo de terminación supeditado al pago de una bonificación de reconocimiento por el tiempo laborado en Colombia, más no por el prestado en Panamá.

Agregó, que si bien fueron declaradas prescritas unas acreencias del año 2011, se desconoció lo confesado por la representante legal en su interrogatorio de parte en relación con los reconocimientos que se efectuaron en la liquidación que aportó la compañía, en donde se reconocieron 4 días de salario y otros emolumentos salariales y prestacionales del año 2016 y no lo debido por el año 2011, motivo por el que considera que es procedente la indemnización moratoria, ya que se evidenció que la demandada no tuvo claro desde el principio qué valores le reconoció o cuáles taba reconociendo o lo que debía pagar en la liquidación.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a pesar de la falta de técnica del apelante para expresar sus argumentos, la Sala verificará como problema jurídico, la viabilidad de las indemnizaciones reguladas en los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendido de que el acuerdo suscrito entre las partes es ineficaz.

En torno a la validez de los acuerdos suscritos entre las partes, según los artículos 1508 a 1516 del Código Civil y la jurisprudencia ordinaria laboral, disponen que quien pretenda obtener la nulidad respecto de esta clase de convenios, por vicios en el consentimiento,

está en la obligación de demostrarlo así en el respectivo proceso, en razón a que ni el error, ni la fuerza, ni el dolo, como vicios capaces de afectar las declaraciones de voluntad en un contrato, pueden ser presumidos (CSJ SL13202-2015).

En el presente asunto, el demandante omitió identificar con detalle en los supuestos fácticos de la demanda y de su reforma, cuáles fueron esas maniobras en que incurrió la entidad demandada, que presuntamente coartaron su libertad y lo obligaron en contra de su voluntad, a suscribir el denominado 'acuerdo de finalización de contrato laboral por mutuo acuerdo entre las partes', el 31 de mayo de 2016 (f.º 45), solo dentro del capítulo de los fundamentos y razones de derecho, sostuvo que la demandada elaboró y le hizo firmar ese documento *«cuya finalidad era reconocer una indemnización por terminación de contrato sin justa causa, que entre otras cosas, tiene anexo, una liquidación de prestaciones, salarios y supuesta bonificación por concepto de la indemnización del artículo 64 del CSTSS [sic], más sin embargo, los valores que allí se indican no se encuentran indexados, sino por el contrario pretendían ser reconocidos con el salario devengado para el año... (2011)... en Bimbo Colombia SA, monto que nunca fue reconocido por este empleador»*.

Sin embargo, si se analiza el acuerdo que suscribieron las partes para dar por terminado el vínculo, tal y como lo concluyó la *a quo*, no se encuentra supeditado al pago de dinero o de cualquier otra condición para surtir plenos efectos, pues simplemente se acordó lo siguiente *«que el contrato laboral suscrito entre la sociedad BIMBO DE COLOMBIA SA, y el señor JACOME CELI, bajo la modalidad de término indefinido, cuya fecha de inicio fue el 1.º de agosto de 2005, se da por terminado de mutuo acuerdo entre las partes el día 31 de mayo de 2016»* (f.º 45, 97). El documento se encuentra firmado por el demandante y por Juan Carlos Becerra García como Representante Legal de la parte demandada.

El demandante en su interrogatorio de parte, sostuvo que inicialmente firmó sin reparo alguno el mencionado documento, no obstante, más adelante se contradijo y señaló que no lo firmó en la medida en que se dio cuenta de que los aportes a pensión y salud los dejaron de pagar, que no se le hizo indexación alguna del salario de acuerdo a la política de asignado internacional, y que no le reconocieron unas acciones, y posteriormente, dijo que convino dar por terminado su vínculo laboral con la demandada, pero forzado a ello.

Dentro del material probatorio aportado al expediente, no existe prueba alguna que permita tener por demostrado tal supuesto fáctico, pues de ninguno de los vicios referidos se pueden desprender del análisis de los documentos aportados al expediente.

Ahora bien, quien firmó el documento junto con el demandante, y que actualmente es Director de Personal Latinoamérica Centro del Grupo Bimbo, rindió su declaración ante el juzgado, y sostuvo que antes de firmar ese escrito se tuvo una charla con el demandante para acordar la terminación de su contrato, y él estuvo de acuerdo antes de firmarlo e incluso después de hacerlo, dado que no le manifestó reclamo alguno, además de que aprobó las sumas que le fueron pagadas, según su dicho un poco más de COP 40.000.000, así como el salario con el cual se calcularon, según la liquidación que le entregó en el mismo momento con el acuerdo y que obra a f.º 46, dado que el mismo testigo la suscribió y va atada con la que reposa a f.º 98, sumas que, afirmó, le fueron canceladas al demandante.

El declarante, agregó que también tuvo conocimiento de que el contrato de trabajo que suscribió el demandante con Bimbo Panamá, también fue terminado por mutuo acuerdo, para lo cual dicha sociedad le canceló las acreencias adeudadas y un poco más de USD

130.000 a lo que estipula la ley panameña, valor mencionado que cubre un año de una póliza médica para ejecutivos, un bono adicional para su manutención en un año, o sea, un *Golden Parachute* adicional de un año. Situación esta última que se corrobora con la liquidación que aportó el demandante con la reforma a la demanda, visible a f.º 116.

A esta declaración se le da plena validez probatoria, no solo por haber sido testigo presencial y directo de los hechos, lo que se constata del contenido del mencionado acuerdo, sino porque el demandante en su interrogatorio de parte, aclaró que, para efectos de llegar a ese convenio, le anexaron una liquidación y es la que justamente refirió el testigo.

De manera que, no existe prueba de que el demandante haya sido engañado por parte de la demandada, con el fin de lograr su firma en el documento del que se pone en duda su eficacia.

Aunado a ello, nótese cómo el actor, sin motivo alguno, también desconoció en la demanda el acuerdo de suspensión de su contrato de trabajo celebrado con la demandada, para efectos de aceptar la oferta de Bimbo de Panamá S.A., siendo que él mismo lo aportó como prueba a f.º 44, en el que se dejó claro por él y por Juan Carlos Becerra García como Representante Legal de la demandada, que para el 20 de mayo de 2016, dicho vínculo se encontraba suspendido desde el 16 de junio de 2011, en virtud de la licencia no remunerada petitionada por el trabajador para trasladarse a la ciudad de Panamá y aceptar la mencionada oferta de empleo a través de un contrato totalmente independiente al existente en Colombia.

De igual forma, se desvirtúa lo sostenido por el demandante en su interrogatorio de parte, con las planillas de pagos emitidas por la

AFP Colfondos, que reposan de f.º 113 a 115 y dan cuenta que contrario a lo sostenido por Fredy Jacome, la demandada sí continuó pagando los aportes a pensión hasta la finalización del vínculo a pesar de que este se encontraba suspendido desde el 16 de junio de 2011, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo. De manera que, si consideraba que sus acreencias no estaban siendo correctamente liquidadas o que faltó alguna por calcular, bien pudo haberlo manifestado en su momento a la empleadora o dejar de suscribir el documento, pero no lo hizo.

Así las cosas, no se desprende que el demandante estuviera en desacuerdo con el contenido de los mencionados documentos, tampoco se evidencian visos de presiones, coacciones, o constreñimientos, por lo que bien puede entenderse, que se trató de una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes; no se verifica que el demandante tuviera la convicción de que el vínculo contractual estuviere finalizando en forma unilateral y sin justa por el empleador, sino que, por el contrario, muestra la aceptación en torno a la ruptura del nexo, porque se itera, indicó y aceptó que fue por mutuo consentimiento, causa legal prevista en el literal b) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

No sobra agregar, que el simple retracto para optar por una eventual continuación del contrato de trabajo, no puede alegarse como causal de nulidad o de ineficacia, cuando el acuerdo suscrito comprendía una presunta indemnización por despido injusto incluida en la liquidación que le adjuntó la demandada y de la que tuvo conocimiento el trabajador al momento de la suscripción. La iniciativa de poner fin a la relación laboral de mutuo consenso puede provenir bien sea del empleador o del trabajador, sin importar la causa que la motive, por cuanto la única exigencia de esa potestad de las partes, es la relativa a que su consentimiento no esté viciado

por error, fuerza o dolo (CSJ SL, 19 abr. 2005 rad. 23292 y SL2503-2017), lo que aquí de ninguna manera se constató.

Es que la capacidad para celebrar este tipo de acuerdos, está radicada en las personas con capacidad de disponer sobre la cosa o derecho materia de acuerdo, y en el caso de autos, tenemos que quien justamente tenía la disponibilidad de terminar el vínculo laboral que lo ataba a Bimbo de Colombia S.A., era el actor, persona que en uso de sus plenas facultades mentales y con base en la autonomía de su voluntad suscribió el documento de manera libre y espontánea; significando ello, que con la imposición de su firma consta de manera inequívoca la expresión de voluntad de asentimiento frente a los términos en los que se dejó plasmado el escrito referido.

Los ofrecimientos efectuados por la demandada, no eran ilegales en la medida en que quien finalmente toma la decisión de aceptarlos o no era el demandante, persona con plena capacidad, sobre la base de la irrenunciabilidad de los derechos mínimos concedidos en la ley laboral (CSJ SL10507-2014).

De modo que, en la misma forma en que el actor pudo firmar el documento, bien pudo simplemente rechazar la oferta, por lo que esta Sala debe atender al contenido del escrito, del que se desprende la voluntad inequívoca del demandante de querer finiquitar el vínculo que lo unía con Bimbo de Colombia S.A., a partir de la fecha anotada y a cambio de la suma de dinero indicada en la liquidación anexa.

En consecuencia, como la oferta realizada por una empresa no se puede calificar en sí misma como una fuerza, coacción o violencia ejercida sobre el trabajador y en esa medida, tenía el actor capacidad para la celebración del respectivo acto jurídico, cuyo objeto y causa lucen lícitas, en tanto no se vulneraron derechos ciertos e

indiscutibles del actor, en su condición de trabajador, el acuerdo referido produce efectos legales.

Así las cosas, al no haber corrido el demandante con la carga probatoria establecida en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, para demostrar una afectación a la capacidad, consentimiento y objeto y causa lícita en el acuerdo suscrito entre las partes, o que fue objeto de indebida presión o amenaza que arrojó como resultado su retiro de Bimbo de Colombia S.A., no es viable hablar de su ineficacia, en los términos descritos en la demanda, ni se presentó confusión sobre lo que se quiso convenir y tampoco se comprobó que las partes hubieran estado en desacuerdo con el contenido de tal documento, por ende, es válido, de ahí la improcedencia de la indemnización regulada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, **confirmándose** en tal aspecto la sentencia apelada.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria del artículo 65 *idem*, que procede únicamente frente al no pago de salarios y prestaciones sociales, debe advertir la Sala por una parte, que no se discutió que a lo largo de la relación laboral existente entre las partes, el demandante devengó un salario integral, así dan cuenta el contrato de trabajo y la liquidación a la que se ha hecho referencia, que reposan a f.º 46, 93 a 95, lo que la tenor de o dispuesto en el artículo 132 *idem*, comprende entre otros rubros, prestaciones y primas legales y extralegales.

Por otra parte, la citada indemnización no procede frente al no pago de vacaciones ni de indemnizaciones por despido o bonificaciones por terminación del vínculo laboral, que son los conceptos sobre los que aparentemente el demandante persigue el pago de la moratoria; en todo caso, no se puede olvidar de un lado,

que en audiencia del 25 de junio de 2019, se declaró probada parcialmente la excepción previa de prescripción respecto de las pretensiones relacionadas con el pago del salario de 5 días de mayo de 2011, las vacaciones equivalentes a 13.75 días del año 2011, y la prima de antigüedad de 10 días laborales del mismo año (f.º 141, 142), y de otro lado, que según el comprobante de liquidación de contrato, las sumas debidas por salario, fueron pagadas el 30 de mayo de 2016 (f.º 98), situación que no fue desvirtuada con otro medio probatorio, motivos por los cuales no prospera el pedimento del apelante, lo que trae como consecuencia, **confirmar** en su integridad la decisión en pugna.

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

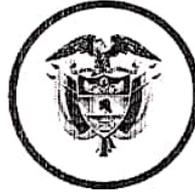
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Hernán Mauricio Oliveros Motta
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 **GUILLERMO LEÓN RIVERA MONTOYA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 026 2019 00120 - 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 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 parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 1 de octubre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, a reconocer, liquidar y pagar el incremento pensional del 14%, por cuanto su cónyuge, la señora Rocío de la Cruz Ángel López, depende económicamente de él; que se condene en la cuantía que resulte conforme a lo previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, junto con los reajustes establecidos en la ley, desde el día 20 de diciembre de 2006, fecha en la que le fue reconocida la pensión de vejez; a actualizar las mesadas de la pensión de vejez, desde la fecha en que se causó cada una hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme al I.P.C., debidamente certificado por el DANE; al pago de los respectivos intereses moratorios; al pago de todo lo que resulte probado ultra y extra petita; al pago de las sumas debidamente indexadas y actualizadas a la fecha en que se verifique el mismo, y al pago de las costas y agencias en derecho que resulten probadas dentro del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el extinto I.S.S., le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.º 14399 de fecha de 20 de septiembre de 2007, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, y en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Señaló, que el 17 de marzo de 2014 solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento, liquidación y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, y que en la misma fecha la entidad negó la solicitud; que su cónyuge, la señora Rocío de la Cruz Ángel López,

actualmente tiene 73 años de edad, y que presenta enfermedades cardiovasculares, diabetes y una afectación grave en su visión, por lo que en virtud del deber de solidaridad y los fines esenciales del Estado Social de Derecho, le asiste el derecho de reconocimiento de la prestación solicitada, teniendo en cuenta que su cónyuge es sujeto de especial protección constitucional por su edad, y su actual estado de salud.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 1.º de abril de 2019, ordenándose su notificación y traslado a la demandada, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado conforme al artículo 612 del Código General del Proceso (f.º 47).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En su defensa, alegó que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos por persona a cargo establecidos en el Decreto 758 de 1990 perdieron vigencia puesto que el Sistema General de Seguridad Social no contempla dichas prestaciones, ni las incluyó dentro de aquellas que conservan vigencia como sucede con los derechos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, expresó que conforme a lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, los incrementos constituyen una vulneración del derecho fundamental a la igualdad, respecto de los afiliados que no se les reconoce dicha prestación. (f.º 51 - 52).

Propuso como excepciones de mérito la de inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, caducidad, no configuración del derecho al pago de indexación, cobro de lo no debido, buena fe, e inexistencia del derecho y de la obligación. (f.º 55 - 56).

LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, fue notificada, pero guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 1.º de octubre de 2019, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto a los incrementos pensionales causados con anterioridad al 15 de febrero de 2016; condenó a la demandada a pagar a favor del actor el incremento del 14% por cónyuge a cargo; a pagar el retroactivo del incremento pensional del 14% en la suma de \$5.340.266, que corresponde al incremento causado desde el 15 de febrero de 2016 hasta el mes de septiembre de 2019, así como continuar pagando el incremento pensional del 14% sobre el salario mínimo legal en forma mensual a las mesadas pensionales subsiguientes hasta cuando existan las causas que le dieron origen; a pagar a favor del actor la indexación del incremento ordenado, y las costas fijándose como agencias en derecho la suma de \$600.000.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional pretendido, y si operó el fenómeno de la prescripción.

Se refirió a lo establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, que establece que las pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán en un 14% sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero del beneficiario que dependa económicamente de este, para señalar que dicho incremento esta plenamente vigente para aquellas personas a las que les fue reconocida la pensión en

virtud de lo consagrado en el mencionado acuerdo, ya sea por derecho propio o por causa del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia.

Aclaró, que si bien la Corte Constitucional estableció que los incrementos perdieron vigencia con la entrada de la Ley 100 de 1993, debe darse aplicación al principio *in dubio pro operario* según el cual se debe acoger la interpretación más favorable para el trabajador, que en este caso es la de que los incrementos del 14% continúan vigentes para aquellas personas a las que le fue reconocida la pensión de vejez en virtud del régimen de transición, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

Para fundamentar su decisión, tuvo en cuenta la Resolución 14399 de 2007 (f.º 16), mediante la cual se le reconoció pensión de vejez al demandante, a partir del 20 de diciembre de 2006, por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los contemplados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; la copia del registro civil de matrimonio que da cuenta de que el actor contrajo matrimonio el día 15 de junio de 1968 con la señora Rocío de la Cruz Ángel López (f.º 18), y los testimonios practicados a Lucy Beleño Jiménez, y de Fabián Orlando Pedraza, amiga y yerno respectivamente, para acreditar la dependencia económica de la cónyuge del demandante.

Así las cosas, estimó que en el presente caso se dieron los presupuestos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por lo que condenó a la demandada al reconocimiento y pago del 14%. No obstante, consideró prescritos los incrementos pensionales causados con anterioridad al 15 de febrero de 2016 puesto que según

su interpretación, prescriben las mesadas pensionales, más no el derecho al incremento del 14%, de modo que no acogió el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 27923 de 2007, según el cual los incrementos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o invalidez.

Finalmente, no accedió a la pretensión de reconocimiento de intereses moratorios dado que no hay mora en el pago de las mesadas pensionales. No obstante, si ordenó que el incremento sea debidamente indexado, desde el momento en que cada uno se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe el pago correspondiente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

1.- PARTE DEMANDANTE

Manifestó su inconformidad con la sentencia, respecto de la prescripción, toda vez que en varias decisiones de la Corte Constitucional se ha manifestado la imprescriptibilidad del incremento pensional. Asimismo, señaló que la respuesta efectuada por **COLPENSIONES** a la reclamación administrativa presentada en 2014 por el actor fue reciente por lo que se solicitó reconsiderar el periodo a partir del cual se reconoce la retroactividad del incremento del 14%.

2.- PARTE DEMANDADA

El apoderado de la parte demandante solicitó que fuera revocada la sentencia proferida, y que se aplicara lo dispuesto en la sentencia SU – 140 de 2019 de la Corte Constitucional, en donde se señaló la

derogatoria de los incrementos pensionales.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo n.º 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en tal caso, si el actor reúne los presupuestos de la norma para disponer su pago y si operó o no el fenómeno jurídico de la prescripción.

Los incrementos pensionales del 14% por cónyuge a cargo no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, se deben entender como parte del régimen de prima media con prestación definida en virtud del artículo 31 *ibídem* (CSJ SL, 27 jul. 2005 rad. 21517, SL, 5 dic. 2007 rad. 29751 y SL, 18 ago. 2010 rad. 36345, SL13007-2017 y SL1975-2018), criterio que acoge esta Sala de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Revisados los requisitos para el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, si bien habría lugar al reconocimiento de los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, porque se encuentran vigentes para quienes como el demandante, son pensionados por vejez en virtud del régimen de transición que remite al citado acuerdo, como consta en la resolución n.º 14399 de 2007 (f.º 15), aunado a que se acreditó la calidad de cónyuge del demandante, la señora Rocío de la Cruz Ángel López, con quien contrajo matrimonio por el rito católico el 15 de junio de 1968 (f.º 18), y la dependencia económica total de esta, respecto del señor Guillermo León Rivera Montoya, con la

declaración de los testigos Lucy Beleño Jiménez y Fabio Orlando Pedraza Alaix, (amiga y yerno de la pareja, respectivamente), material probatorio con el que al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluye que se encuentran reunidos los requisitos legales para el reconocimiento de tales incrementos, máxime cuando la demandada no acreditó que la cónyuge del demandante reciba pensión alguna.

Sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, SL, 13 jun. 2012 rad. 42568, SL, 18 sep. 2012 rad. 40919 y 42300, SL9638-2014, SL1585-2015, STL104-2016, SL1749-2018 y SL942-2019, que reiteraron la sentencia SL 12 dic. 2007 rad. 27923, entre otras), aunque los incrementos pensionales están vigentes, se encuentran sometidos a las reglas de la prescripción trienal que rige en materia laboral previstas en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en forma total y no parcial.

Y aunque no se desconocen por la Sala mayoritaria los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, en los que se adoctrinó sobre la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional, desde la sentencia T-456 del 27 de noviembre de 2018, al resolver de forma acumulada 11 expedientes que compartían unidad de materia, la alta Corporación concluyó que tal beneficio fue derogado con la Ley 100 de 1993, por lo que debió consolidarse en vigencia del Decreto 758 de 1990, tesis ratificada en la sentencia SU-140-2019.

Así las cosas, ante tal escenario, la Sala mayoritaria acude en su integridad a la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que contrario a lo argumentado por la Corte Constitucional, ha sostenido de manera pacífica e inveterada que los

citados incrementos pensionales conservan su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, pero además, que están sujetos al fenómeno de la prescripción, puesto que no hacen parte del derecho a la pensión, en tanto constituyen un aspecto económico que sirve para aumentar el monto de la misma y que tal incremento debe entenderse exigible desde el momento en que se produjo el reconocimiento pensional, (artículos 22 del Acuerdo 049 de 1990, 31 Ley 100 de 1993, CSJ SL1975 y SL1749 ambas de 2018, SL13007-2017, SL, 10 ago. 2010 rad. 36345, SL, 27 jun. 2005 rad. 21517).

De manera que, al haber transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad del derecho a incrementar la pensión, con la notificación de la resolución n.º 14399 de 2007, que reconoció la pensión de vejez al demandante (f.º 15), sin que se hubiese interrumpido el término prescriptivo dentro de los 3 años siguientes, pues los reclamó el 17 de marzo de 2014 (f.º 14), es claro que los incrementos por cónyuge a cargo aquí reclamados, se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se **revocará** la sentencia apelada.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 1 de octubre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
relatoria de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA