



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **RODRIGO ANTONIO OSPINA MALLARINO** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Jennifer Ximena Lugo Rojas** identificada con cedula de ciudadanía No. 36.311.956 y tarjeta profesional 283.299 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **RODRIGO ANTONIO OSPINA MALLARINO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prime Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Protección S.A., en 1995; en consecuencia, solicita se condene a la AFP Old Mutual S.A., a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la su vinculación, tales como cotizaciones y bonos pensionales, con todos sus rendimientos; condenar a Colpensiones a recibir como afiliado al actor así como a recibir los valores que traslade la AFP; condenar a las demandas a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (fl. 7, 8, 91 y 92).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 y 89 a 91 de las diligencias, que en síntesis advierten, que estuvo afiliado al otrora Instituto de los Seguros Sociales desde el mes de enero de 1981; que en el mes de diciembre de 1995, se trasladó a la AFP ING Pensiones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y Cesantías hoy Protección S.A; que al momento del traslado no fue asesorado o informado por parte del fondo privado, de manera clara, veraz y suficiente, de las diferencias existentes entre uno y otro régimen pensional; que no se le indicó cual sería el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para acceder al derecho pensional; que no se le explicó respecto al derecho de retracto; que no se le hicieron proyecciones futuras de su prestación pensional; que el 26 de julio de 2018, solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, el cual fue negado en la misma calenda; que actualmente se encuentra vinculado a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.

CONTESTACIÓN: la demandada **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, hoy **SKANDIA ADMINISYTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, en la oportunidad procesal otorgada, contestó la demanda momento en el que formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en el *libelo* introductor, al considerar, en síntesis, que el demandante no allegó prueba siquiera sumaria de la existencia de vicio alguno que decante en la nulidad del acto jurídico de traslado, sumó a ello, que si bien existía deber legal de información, no se puede desconocer que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones se encuentra creado por disposición legal y allí se contemplan todas las normas que lo regulan. Por último, señala que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal prevista en la Ley 797 de 2003, lo que le impide trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica. (fl. 125 a 133).

A su turno, la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvo precedida de la expresión libre y voluntaria del afiliado, sumó a ello, que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el numeral 2° de la Ley 797 de 2003 y tampoco es beneficiario del régimen de transición que le permita trasladarse en cualquier tiempo entre regímenes pensionales. Por último, señaló, que no se configuró causal alguna de nulidad que vicie el acto jurídico de traslado. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fl. 166 a 184).

Por último, la encartada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio al considerar, que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante contó con todas las exigencias legales que en dicho momento imponía la ley, sin que al informativo se allegara prueba alguna que permita inferir que el negocio jurídico se encuentra viciado de nulidad o ineficacia alguna, del mismo modo señaló, que la variación en el monto de la mesada pensional no constituye vicio alguno en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consentimiento del afiliado. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión, buena fe, traslado de la totalidad de los aportes a Old Mutual, prescripción, aprovechamiento inadecuado de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica. (fl. 189 a 198).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 10 de septiembre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el 7 de noviembre de 1995 y fecha de efectividad 1° de diciembre de 1995 por intermedio de la AFP Colmena hoy Protección S.A; **condenar** a la AFP Skandia S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado de contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor a Colpensiones, para lo cual concedió el término de 1 mes; **condenar** a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones lo descontado de la cuenta de ahorro individual del accionante por concepto de gastos de administración y traslado, concediéndosele el término de 1 mes para tal fin; condenar a Colpensiones a activar la afiliación del demandante y actualizar su historia laboral; **declarar** no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

probados los medios exceptivos propuestos por las demandadas; **condenar** en costas a Protección S.A. (fl. Cd. 255).

Lo anterior por considerar el *a quo* que el deber de información para las AFP surge desde la expedición del Decreto 663 de 1993 y que conforme el decantado y pacífico criterio sentado por el Órgano de cierre en materia laboral, el deber de información surgió desde el momento mismo de la creación de las AFP, obligación que no se acreditó en el devenir del proceso ni aun así del formulario de afiliación que fue allegado al informativo, aspectos que le impidieron al afiliado efectuar una elección libre y voluntaria, lo que conlleva a declarar la ineficacia pretendida, misma que deviene indistintamente si el accionante era o no beneficiario del régimen de transición.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada **FONDO DE PENSIONES CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que no resulta procedente condenar a la entidad a devolver los gastos de administración, en tanto, la cuota de administración y la prima de seguros provisionales son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993, que faculta a la administradora a realizar la deducción del 3% sobre los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones. De tal suerte, que obra en el expediente certificación de la que se desprende que el actor tuvo ganancias de más de 120'000.000, los cuales fueron devueltos a la administradora actual; de accederse a esta condena, se generaría un enriquecimiento sin causa a favor del actor.

A su turno, la accionada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se duele la encartada de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

condena impuesta en primera instancia respecto a la devolución de gastos de administración, para lo cual señala que surge una imposibilidad en reintegrar dichos gastos, en tanto el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, autorizó a las Administradora de Fondos de Pensiones descontar un porcentaje e impartiendo una directriz en la destinación que dichos dineros van a tener, del mismo modo, el decreto 692 de 1994, en su artículo 36, dispone la distribución de las cotizaciones, aspectos estos que imposibilitan la prosperidad de la condena impuesta en instancia, máxime, si se tiene en cuenta la ponderación de las restituciones mutuas, en tanto la entidad siempre ha actuado de buena fe y dio la destinación de ley a los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor.

Por último, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló recurso de alzada, por considerar que resulta totalmente desproporcional imponer una carga probatoria a las AFP inexistente para la época en que se dio el traslado de régimen pensional, suma a lo anterior, que de accederse a las pretensiones de la demanda se estaría afectando la sostenibilidad financiera de la Entidad. Señala, que no es procedente dar aplicación al precedente judicial en tanto no se tratan de casos análogos con el aquí debatido.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Solicita la parte actora la confirmación de la sentencia de primer grado, ello, al sostener, que las determinaciones a las que arribó el *a quo*, se acompañan a la doctrina establecida por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Órgano de cierre en materia laboral, pues en el presente asunto no se acreditó el cumplimiento del deber de asesoría y buen consejo, carga probatoria que le incumbía probar a la AFP demandada, razón por la cual diáfano resulta establecer, que en el presente asunto el traslado de régimen pensional se ve afectado por la ineficacia del mismo.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones petitiona la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que al interior del proceso no se acreditó en ningún momento la existencia de vicios en el consentimiento que conlleven a la anulación del acto jurídico de traslado, del mismo modo, señaló que la AFP cumplió con el deber de información de conformidad con la legislación que regía para el momento de celebración del negocio jurídico, por lo que no puede imponerse cargas adicionales, en tanto resulta desproporcionado y jurídicamente imposible de cumplir.

A su turno, la sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., petitionó se revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia con base a que no existe deber por parte de la entidad en devolver los dineros que se asumieron por concepto de gastos de administración, en tanto los mismos se encuentran consagrados en la Ley 100 de 1993, y se aplicaron para el fin con el cual fueron creados, razón por la cual, no puede pretenderse su devolución, sumó a ello, que de accederse a esta pretensión se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 62 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las demandadas en los recursos de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por RODRIGO ANTONIO OSPINA MALLARINO al régimen de ahorro individual administrado por el COLMENA S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., y los que se dieron con posterioridad a aquel, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, respuesta emitida por Colpensiones (fl. 62); certificación emitida por Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. (fl. 63); copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 64); historia laboral consolidada emitida por Old Mutual (fl. 65 a 71 y 141 a); estudio de situación pensional (fl. 72 a 85); formulario de afiliación emitido por Skandia (fl. 140); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 149 a 151); respuesta emitida por Old Mutual (fl. 152 y 153); expediente administrativo (fl. 184); formulario de afiliación emitido por Colmena (fl. 203); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 204 y 247); constancia de traslado de aportes emitida por Protección S.A. (fl. 205) reporte de estado de cuenta emitido por Protección S.A. (fl. 205 a 210); comunicados de prensa (fl. 212 y 213); historia laboral consolidada emitida por Skandia (fl. 222 a 225).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugué un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

3.13. *Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.*

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en desfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de febrero de 1985 tal como se advierte de la historia laboral que reposa en el expediente administrativo visto a folio 284 del informativo,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

para luego trasladarse a la AFP Colmena S.A., el 7 de noviembre de 1995 (fl. 203). Seguido a ello, realizó un nuevo traslado dentro del mismo régimen, para esta vez afiliarse a la AFP Skandia el 16 de mayo de 2012 (fl. 140), aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folio 247 del expediente, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colmena S.A., hoy Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 203).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que *«... lo que recuerdo es que una persona, un promotor del fondo se presentó a la empresa, tal vez tiene alguna conexión con algún empleado y pues se presentó a la empresa ofreciendo el fondo, sin mayor información, salvo que el Seguro Social se iba a acabar y que se iba a quebrar y que se perdería los aportes pensionales las personas, y ese era el argumento para promover el cambio, y eso de hecho se hizo en grupo, yo lo que recuerdo es que él llegó, digamos no fue un acercamiento individual, sino como ofrecer a la empresa un fondo para sustituir los Seguros Sociales que, según decía, se iba a quebrar e íbamos a perder los aportes»*. (Cd. Fl. 255).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Colmena S.A., hoy Protección S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la actora, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la sociedad Colmena S.A., hoy Protección S.A., incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales del demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo a la afiliada en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí, que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, pues se itera, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento del afiliado, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gatos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de las demandadas Protección S.A., y Skandia, al considerar que no era procedente la condena impuesta por dicho concepto en atención a que dichos gastos se encuentran contemplados en la Ley 100 de 1993.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a las apelantes al censurar la condena por concepto de devolución de los gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que surge el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas. En consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia sobre este aspecto.

Por último, resulta pertinente aclarar, que la decisión aquí adoptada en manera alguna le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

Por lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia apelada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, y las FP Protección S.A., y Skandia, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 10 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **RODRIGO ANTONIO OSPINA MALLARINO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las FP Protección S.A., y Skandia, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA ANA BETULIA FRANCO FRANCO** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: las señoras MARÍA ANA BETULIA FRNACO FRANCO, por intermedio de apoderada judicial, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- para que previo el trámite procesal correspondiente se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor Gonzalo González a partir del 28 de febrero de 1997, junto con los respectivos incrementos y las mesadas adicionales a que haya lugar; los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales. (fl. 37 y 38).

Fundamenta sus pretensiones en los hechos que se encuentran relacionados a folios 31 y 32 de las diligencias, en los que en síntesis indica, que el señor Gonzalo González falleció el 28 de febrero de 1997, por causas de origen común; que el causante se encontraba afiliado al Instituto de los Seguros Sociales; que cotizó a 1° de abril de 1994, un total de 300 semanas; que convivieron en condición de cónyuges desde el 24 de diciembre de 1972 hasta el momento del deceso del *de cujus*; que presentó reclamación administrativa ante el otrora Instituto de los Seguros Sociales, la cual fue atendida mediante Resolución 22023 de 1999, de forma negativa, empero se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes; que el 9 de agosto de 2018, presentó solicitud de reconocimiento pensional ante la encartada, sin que se le haya brindado respuesta por la entidad.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** manifestó su oposición frente a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el causante no acreditó el número de semanas que impone la norma pensional para dejar causado el derecho que por esta vía se reclama. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (fl. 46 a 51).

DECISIÓN: Luego de surtido el trámite procesal, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 25 de agosto de 2020, resolvió **condenar** a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la actora, en calidad de cónyuge supérstite del causante, a partir del 28 de febrero de 1997, en cuantía de \$172.005, equivalente al salario mínimo legal vigente para el año 1997 con sus correspondientes ajustes legales, por 14 mesadas al año en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; **declarar** parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales e intereses causados con antelación al 9 de agosto de 2015; **condenar** a pagar a la actora el retroactivo pensional por la suma de \$53.206.639, autorizando a la entidad a descontar el valor cancelado por concepto de indemnización sustitutiva; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata la Ley 100 de 1993, a partir del 9 de agosto de 2015; **absolver** de las demás pretensiones a Colpensiones y **condenar** en costas a la demandada.

Lo anterior por considerar el *a quo* que, en cuanto al derecho pensional se hace necesario acudir al principio de la condición más beneficiosa, lo cual lleva al estudio del régimen anterior, esto es, el Acuerdo 049 de 1990. En el caso bajo estudio, se tiene que el afiliado cumplió con los requisitos que imprime la norma para dejar causado el derecho pensional que por esta vía se reclama; del mismo modo se acreditó la calidad de beneficiaria de la demandante, si se tiene en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cuenta que así lo reconoció la entidad de mandada al momento del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, sin que resulte incompatible la prestación pensional con la indemnización ya otorgada por parte de la demandada, eso sí, efectuándose el respectivo descuento de lo allí cancelado.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, las partes no interpusieron recurso alguno, por lo que la decisión se remitió a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron de la siguiente manera:

Parte demandante: En la oportunidad procesal concedida, la parte accionante allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que petitionó se confirme la sentencia de primera instancia con base a que cumple con los requisitos previstos en la norma pensional para hacerse beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada Gonzalo González (q.e.p.d.).

Parte demandada: Solicita la entidad pensional, se revoque la sentencia de primera instancia, ello, en atención a que, al revisarse la historia laboral del causante, se pudo constatar que aquel no dejó causado el derecho, pues no cumplió con el requisito de semanas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

mínimas exigidas por la norma, ni, aun así, en aplicación al principio de la condición más beneficiosa.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, pues así se desprende de la documental vista a folios 19 y 20 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo indicado en la demanda, la contestación de la misma, lo expuesto por el sentenciador de primer grado y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver, si la demandante María Ana Betulia Franco Franco, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión al deceso de Gonzalo González, en la condición de compañera permanente, en aplicación al principio constitucional de la condición más beneficiosa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en consideración a que ninguna de las documentales aportadas fueron tachadas de falsas o reargüidas por las partes bajo los parámetros trazados por los artículos 269 y S.S del C.G.P. Así, se tiene entonces, registro civil de matrimonio (fl. 2); registro civil de defunción (fl. 3); Resolución 22023 de 28 de octubre de 1999 (fl. 4 y 5 formato de afiliación y registro emitido por el Instituto de los Seguros Sociales (fl. 9 a 11); historia laboral del causante (fl. 12 a 15); reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 16 a 18); reclamación administrativa (fl. 19 y 20); declaraciones extra proceso (fl. 21 a 28); cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 29); cédula de ciudadanía del causante (fl. 30); expediente administrativo (fl. 34).

Así las cosas, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el *libelo* introductor, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el «*afiliado causante*» y el posible beneficiario de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cujus* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los «*beneficiarios*» deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante junto con el tiempo de convivencia exigido por la norma regente en tratándose de la cónyuge y/o compañera permanente, o la dependencia económica cuando se refiere a progenitores e hijos discapacitados; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora bien. es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 28 de febrero de 1997, como da cuenta el certificado de defunción obrante a folio 3, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en los artículos 46 y 47 de Ley 100 de 1993, en su redacción original, norma que establece que:

«Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(...)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte»

Al constatar si el afiliado dejó causada la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, se tiene, que según la documental obrante a folios 4 y 5 del informativo consistente en Resolución 22023 de 28 de octubre de 1999 e historia laboral del causante emitido por Colpensiones (fl.12 a 15), el causante cotizó un total de 632.43 semanas, no obstante, ninguna fue cotizada dentro del año anterior al fallecimiento, ya que el último aporte se realizó el 6 de noviembre de 1985, tiempo este, que no le permite acceder a la pensión deprecada como quiera que la norma exige para ello acreditar 26 semanas cotizadas en el año anterior al deceso.

Pese a ello, si bien no se dan los presupuestos para acceder a la pensión bajo los parámetros de la ley 100 de 1993, lo cierto es, que en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa, la Sala



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

procede a estudiar la prestación de conformidad con los artículos 6° y 25 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, como así lo ha señalado la Honorable Corte Suprema de Justicia entre otras, en la sentencia del 13 de marzo de 2012, RAD: 41816, MP: CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, donde indicó:

«... como es punto indiscutido que el fallecimiento del afiliado ocurrió el 22 de julio de 1996, es la Ley 100 en cita la que regula lo atinente a la resolución del asunto, y a esa conclusión arribó el fallador de segundo grado quien, además, estimó que, tal como lo ha sostenido esta Corte, es posible aplicar el principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los requisitos exigidos en el régimen anterior, en consideración a que la última norma redujo drásticamente el requisito de densidad de aportes al ISS en relación con la anterior que tenía mayores exigencias.

En ese orden, ningún reparo de orden jurídico puede endilgársele al Tribunal, pues es claro que el principio de la condición más beneficiosa es aplicable al asunto bajo examen, toda vez que el causante cumplió los presupuestos establecidos en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; basta verificar conforme lo evidenció el Tribunal, que entre el 1 de agosto de 1990 y el 8 de febrero de 1994, esto es, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 cotizó 184.1398 semanas; en esas condiciones, sus beneficiarios, en este caso la compañera permanente tiene derecho a la pensión de sobrevivientes pretendida».

Así las cosas, se tiene que los artículos 6° y 25 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, exigen para acceder a la pensión de sobrevivientes, acreditar 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento o 300 en cualquier tiempo, aclarando, que para el conteo de semanas, sólo se pueden tener en cuenta las cotizadas por el causante hasta el 1° de abril de 1994, según lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral entre otras en las sentencias del 17 de julio de 2013, con radicación interna 42620 y ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno y la sentencia con radicación 53438 del 5 de agosto de 2015, con ponencia de Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas, oportunidad en la que la alta Corporación enseñó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«En cuanto a las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez -y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento-, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Respecto de las ciento cincuenta (150) semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al estado de invalidez -y que igualmente para el caso de la pensión de sobrevivientes, son anteriores al fallecimiento-, esa densidad debe estar satisfecha pero contabilizando ese tiempo desde el 1° de abril de 1994 hacia atrás, y adicionalmente tener esa misma densidad en los seis (6) años anteriores a su fallecimiento»

Al verificar entonces si se cumplen los requisitos establecidos en la norma en cita para que la demandante acceda a la pensión de sobrevivientes, encuentra la Sala que el señor Gonzalo González (q.e.p.d), cotizó un total de 632.43 semanas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tal como se desprende de la documental que gravita a folios 12 a 15 de las diligencias, cumpliendo así con el requisito de las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo que exige el mentado acuerdo para la pensión deprecada.

Establecido el primero de los requisitos que imprime la norma en cabeza del causante, esto es, haber dejado causado el derecho, procede esta Corporación a la constatación del segundo de los pedimentos para acceder a la prestación pensional, esto es, la calidad de beneficiaria de la demandante y su dependencia económica para con el *de cujus*.

De esta manera, no es tema de controversia la calidad de cónyuge supérstite del causante que ostenta la señora María Ana Betulia Franco Franco, ello, por cuanto el extinto Instituto de los Seguros Sociales desde la Resolución 22023 de 28 de octubre de 1999, así lo dispuso, de igual manera, tal situación se logra acreditar con el respectivo registro civil de matrimonio visto a folio 2 del expediente, del cual no se desprende situación alguna que modifique el estado civil de los allí intervinientes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De otro lado, y en lo que respecta al requisito de la dependencia económica, al proceso fueron incorporadas declaraciones extra proceso rendidas por Emilce Dueñas, Margarita Ardila de Garzón y Gloria Stella Morato Melo, de las que se desprende que las allí deponentes dan fe de convivencia de la pareja conformada por el causante y la demandante, por un lapso de 35 años, hasta el momento del fallecimiento del señor González, que la pareja compartió techa, lecho y mesa, y que se procreó de la unión 5 hijos, del mismo modo, afirmaron que la demandante dependía económicamente de los ingresos del fallecido afiliado.

A lo anterior se suma que el otrora Instituto de los Seguros reconoció la calidad de beneficiaria de la aquí demandante en la Resolución 22023 de 28 de octubre de 1999, en la que le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, sin que en el desarrollo del proceso que hoy ocupa la atención de la Sala, la enjuiciada ejerciera oposición en torno a este aspecto, pues contrario a ello, la negativa al reconocimiento pensional se basó en la ausencia de semanas mínimas que impone la norma pensional para acceder a dicha prestación.

Por lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para esta Corporación la determinación a la que arribó el sentenciador de primer grado en torno a que el *de cuius* dejó causada la prestación pensional que por esta vía se reclama, tampoco existe discrepancia en lo atinente a que la demandante es beneficiaria de la prestación pensional causada por el fallecimiento del afiliado; razón por la cual, se confirmará la sentencia en estos aspectos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DISFRUTE Y MONTO DE LA MESADA PENSIONAL

En lo que atañe a la fecha de disfrute, como se indicó en presidencia, la misma acaece en el momento en que fallece el causante, por manera que para el caso de autos, será a partir del 28 de febrero de 1997, en 14 mesadas al año por haberse causado el derecho con antelación a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo dispuso el *a quo*: Ahora bien, en lo que atañe al monto de la mesada pensional, pese a que el causante cotizó sobre la base del salario mínimo legal mensual vigente, y al aplicársele la tasa de remplazo, la mesada pensional arroja un valor inferior al mínimo legal mensual; sin embargo, como quiera que en Colombia las pensiones no pueden ser inferiores a la asignación mínima mensual, la prestación será reconocida en la suma de **\$172.005.00**, confirmándose así la sentencia apelada en este aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda.

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, en regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En el caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que el causante falleció el 28 de febrero de 1997, la reclamación se elevó el 10 de julio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de la misma anualidad, la cual fue resuelta mediante Resolución 22023 de 28 de octubre de 1999 y, la demanda se radicó ante la oficina judicial de reparto el 15 de mayo de 2019, diáfano resulta indicar que dicho fenómeno ya había operado frente a todas y cada una de las mesadas que se causaron con antelación al 15 de mayo de 2016 y no, el 9 de agosto de 2015, como lo dispuso el operador judicial de primer grado, en tal virtud, habrá de modificarse la sentencia consultada en este aspecto.

De otro lado, como quiera que la demandada le reconoció a la demandante una indemnización sustitutiva con ocasión al deceso del señor Gonzalo González, tal como se desprende de la Resolución 22023 de 28 de octubre de 1999, procedente resulta autorizar a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional el valor que por concepto de la citada indemnización reconoció y pago a la aquí accionante, por lo que se confirma en este aspecto la sentencia objeto de consulta.

RETROACTIVO PENSIONAL

Establecido como quedó el monto sobre el cual se reconocerá la prestación pensional, y como quiera que el mismo se liquidará bajo el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, resulta patente su reconocimiento liquidado a 30 de octubre de 2020 en cuantía de **\$49,064,694.00**, por lo que se modificará la sentencia en este aspecto.

INTERESES MORATORIOS

Solicita la parte demandante la imposición en condena por concepto de intereses moratorios en tanto considera los mismos surgen como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consecuencia de la falta o mora en el reconocimiento del derecho pensional.

Para resolver basta con indicar que los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, encuentran sus génesis en la tardanza íntegra o parcial en el reconocimiento de la prestación pensional, ello con fundamento a que dicha prestación ostenta la condición de derecho fundamental, sin importar el tipo de pensión legal adquirida, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1681 de 2020.

En la misma providencia el Alto Tribunal, consideró que, sin importar la legislación aplicable, siempre que la prestación se reconozca con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, habrá lugar al reconocimiento de los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, esto quiere decir, que serán beneficiarios de dicho resarcimiento, tanto los afiliados que se pensionaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley, como aquellos que se beneficiaron del régimen transicional contemplado en dicho cuerpo normativo, ya sea Ley 33, 71, Acuerdo 049, entre otras.

Lo anterior, al considerar la Corte, que surge el deber para las AFP de reconocer de forma íntegra y puntual las mesadas pensionales, en atención a que no sólo los pensionados de un régimen legal específico se ven afectados por la mora en el pago de la prestación pensional, pues para todos, sin distinción alguna, el dinero que perciben de dicha prestación entra a constituirse en la única fuente de subsistencia, razón por la cual, emana el deber constitucional de proteger a aquellos beneficiarios, ello, se itera, siempre que la prestación se haya reconocido con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sobre el particular, el Órgano de cierre en materia ordinario laboral, en la pluricitada providencia moduló que:

«Para ahondar en razones, el artículo 11 de la citada ley dispone que las pensiones reguladas integralmente por normas anteriores son aquellas adquiridas con antelación «a la fecha de vigencia de esta Ley (sic)». En otras palabras, las pensiones obtenidas después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, sea en virtud del régimen de transición o según las reglas de la pensión ordinaria de vejez, se entienden incluidas en este sistema, con todo lo que ello implica en materia de convalidación de tiempos, instrumentos de financiación (cálculos actuariales, los bonos pensionales o las cuotas partes pensionales), topes pensionales, reajustes, ingreso base de liquidación, causación de intereses moratorios, entre otras materias.

Así las cosas, es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales «de que trata esta Ley (sic)», entender por tal únicamente a la pensión de vejez ordinaria, de sobrevivientes y de invalidez. También son de «esta Ley (sic)» prestaciones tales como la pensión especial de vejez por hijo inválido, la pensión de las personas con deficiencia física, síquica o sensorial del 50% (par. 4.º art. 33 L. 100/1993), las pensiones especiales por el desarrollo de actividades de alto riesgo (art. 17 L. 797/2003, D. 2090/2003) o las pensiones adquiridas con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Todas estas prestaciones que fijan condiciones especiales para pensionarse tienen su fuente en la Ley 100 de 1993 o, para decirlo de otro modo, son de «esta Ley (sic)».

Al descender al caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que no es posible acceder a la pretensión de la demandante. Así se afirma, en tanto la Corte Suprema de Justicia en su especialidad laboral, de antaño ha establecido que hay lugar a la exoneración de condena por concepto de intereses moratorios, siempre que los fondos pensionales, al negarse a reconocer una prestación pensional, soporten su decisión en una disposición normativa, de tal modo, que la determinación de no acceder a las prestaciones pretendidas por los afiliados, encuentren su pilar en la aplicación estricta de la ley, y no en un mero capricho de la Entidad, y se sume a ello, que el reconocimiento se produzca en virtud de un cambio jurisprudencial por existencia de controversia entre beneficiarios o cuando al momento de la solicitud de la prestación no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se cumple con los requisitos para acceder a ella, empero aquellos son satisfechos en el transcurso del proceso judicial. Véase las sentencias CSJ SL704-2013, CSJ SL11369-2004, CSJ SL 6106-2017, CSJ SL1399-2018 y CSJ SL3408-2018.

De otro lado, al no haberse accedido al reconocimiento de los intereses moratorios, surge patente la condena a la indexación de los montos reconocidos, ello, como remedio lógico de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, lo que lleva a la adición de la sentencia en este aspecto.

COSTAS.

Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *a quo* en primera. En esta instancia sin lugar a su imposición dado que en el presente asunto se asumió su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el 25 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARÍA ANA BETULIA FRANCO FRANCO** contra



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada del reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de la referencia, en el entendido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** a indexar las sumas aquí reconocidas al momento en que se efectuó su pago, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia consultada, en el entendido de **DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción sobre todas aquellas mesadas que se causaron con anterioridad al 15 de mayo de 2016, conforme a lo aquí expuesto.

CUARTO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia recurrida, en el entendido de **CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a pagar a favor de la demandante **MARÍA ANA BETULIA FRANCO FRANCO**, el retroactivo pensional liquidado a 30 de octubre de 2020, en cuantía de **\$49,064,694.00**, autorizando a la demandada, a descontar de dicho retroactivo, el valor que le reconoció a la actora por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, mediante Resolución 22023 de 1999.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEXTO: COSTAS. Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *a quo* en primera. En esta instancia sin lugar a su imposición dado que en el presente asunto se asumió el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOHANNA PATRICIA ALVARADO POPAYÁN** CONTRA LA **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A.**, EN CONDICIÓN DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE LIQUIDADO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **JOHANNA PATRICIA ALVARADO POPAYÁN** presentó demanda ordinaria laboral en contra la **SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICE LIQUIDADO**, para que previo el trámite de un proceso ordinario laboral se declare, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual tuvo lugar entre el 15 de noviembre de 2013 y el 31 de enero de 2016, el cual feneció sin mediar justa causa y de forma unilateral por parte del empleador; como consecuencia, solicita se condene a la encartada a reconocerle y pagarle las acreencias laborales a que tiene derecho, tanto legales como convencionales; el reembolso del dinero que tuvo que sufragar por concepto de aportes a la seguridad social en pensión y salud; la indemnización moratoria prevista en el Decreto 797 de 1949; la indemnización por terminación unilateral del contrato (plazo presuntivo); la indexación de las vacaciones, así como la indemnización moratoria por la imposición de un extremo fin de su causación; lo que resulte probado ultra y extra petita; las costas y agencias en derecho. (fl. 5 a 8).

Respalda el *petitum* en los hechos visibles a folios 8 a 12 del expediente, en los que en síntesis advierte que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -Caprecom, para cumplir con su objeto social la vinculó a través de una Cooperativa de Trabajo Asociado mediante sucesivos contratos de prestación de servicios; que la relación material



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se extendió desde el 15 de noviembre de 2013 al 30 de 31 de enero de 2016; que el citado 31 de enero de 2016, la Entidad le terminó de forma legal más no justa el vínculo contractual; que siempre desempeñó el cargo de Gestora de Vida Sana en la territorial Bogotá – Cundinamarca; que Caprecom siempre le fijó la remuneración salarial; que el último salario devengado fue el de \$1.271.000; que nunca medió solución de continuidad entre un contrato y el otro; que siempre cumplió un horario; que en Caprecom existió la organización sindical Sintracaprecom; que a los trabajadores oficiales de la Entidad siempre les canceló las prestaciones extralegales; que la extinta Caprecom no le pagó las prestaciones sociales a que tiene derecho; que no se le afilió al sistema de seguridad social integral; que agotó la reclamación administrativa el 10 de enero de 2019, la que fue desatada desfavorablemente.

CONTESTACIÓN: La demandada **SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EICE LIQUIDADO**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar, en esencia, que conforme la entidad fue liquidada mediante Decreto 2519 de 2015, por lo que la demandante debió hacerse parte del proceso liquidatorio, aspecto este que no acaeció, sumó a lo precedente, que al proceso se aportaron una serie de contratos de prestaciones de servicio, en lo que se advierte la exclusión de la relación laboral, por lo que mal podría modificarse la naturaleza de los contratos allí celebrados. Por último, señaló que no hay lugar a acceder a la condena por concepto de indemnización alguna, en tanto la entidad liquidada perdió toda capacidad de manejo de sus recursos. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del hecho sustento del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

proceso, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, falta de prueba de lo solicitado, buena fe, y otras excepciones. (fl. 134 a 149).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 10 de septiembre de 2020, resolvió **declarar** que entre la demandante y la extinta Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom E.I.C.E. hoy liquidado, se verificó una relación de trabajo vigente entre el 15 de noviembre de 2013 al 31 de enero de 2016, para desempeñar las funciones de Gestora de Vida Sana en la localidad de Rafael Uribe Uribe, en condición de enfermera; **condenar** a la sociedad Fiduciaria la Previsora S.A., -Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom E.I.C.E. hoy liquidado a pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos:

- a) **\$2'813.267** Por concepto de auxilio de cesantías
- b) **\$771.426** Por concepto de vacaciones
- c) **\$77.700** Por concepto de Auxilio de transporte convencional
- d) **\$6'355.000** Por concepto de indemnización por despido
- e) **\$2'542.00** Por concepto de retiro convencional
- f) **11'481.367** Por concepto de sanción moratoria D. 797 de 1949
- g) Devolución de las sumas correspondientes a la cuota parte que estaba obligado a pagar en su condición de empleador al Sistema de Seguridad Social en Pensión y Salud.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

condenar a la demandada a indexar las condenas impuestas en el presente asunto por la indemnización moratoria a partir del 27 de enero de 2017 hasta que se efectuó su pago y del mismo modo, de las vacaciones a partir de su exigibilidad hasta que se haga efectivo el pago; **absolver** a la encartada de las demás pretensiones formuladas en la demanda; **declarar** parcialmente probado el medio exceptivo de prescripción; **condenar** en costas a la demandada. (fl. Cd. 166).

Lo anterior por considerar el *a quo* que del material probatorio acopiado al informativo se logró establecer de forma clara la existencia de un verdadero contrato de trabajo, en virtud del principio de la realidad sobre las formas, en tanto las actividades desplegadas por la demandante no cumplieron las exigencias de la Ley 80 de 1993, por demás que se acreditó la prolongación de la prestación del servicio por más de dos años de forma continua, tardándose de labores propias del giro ordinario de la entidad contratante, aspectos estos que permiten acceder a las pretensiones de la demanda. .

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante **JOHANNA PATRICIA ALVARADO POPAYÁN**, censuró parcialmente la anterior decisión, al considerar que no le asiste razón al sentenciador de primera instancia en lo referente a tener por declarado parcialmente el medio exceptivo de la prescripción, frente a todos los derechos laborales que se causaron con anterioridad del 19 de enero de 2016, toda vez que la reclamación laboral sí se presentó dentro del término trienal previsto en las normas procesales y sustantivas que regulan la materia, lo que conlleva a la interrupción del fenómeno extintivo, y consecuentemente, a la reliquidación de las prestaciones sociales objeto de condena.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, La demandada **SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE LIQUIDADO**, censuró la decisión adoptada por el operador judicial de primera instancia, al considerar que, entre las partes existió y siempre se reconoció que medió una relación de prestación de servicios, la cual de acuerdo a la teoría de los actos propios no es dable, a quien se benefició de un tipo de relación durante toda su vinculación, pretender que se cambie para obtener unos beneficios no pactados, sumó a ello, que se hace necesario un nuevo estudio frente a la indemnización moratoria, ya que existen las pruebas dentro del proceso que permiten inferir que la relación se dio siempre mediante contratos de prestación de servicios, lo que permite demostrar que la intención de las partes fue, en tondo momento, la suscripción de este tipo de contratos regulados por la Ley 80 de 1993, aspecto este que acredita el actuar de buena fe de la Entidad contratante; del mismo modo, señaló que en la planta de personal de la entidad no existía el cargo de Gestores de Vida Sana, por lo que no resulta procedente la declaratoria del contrato alegado. En cuanto a las condenas por concepto de derechos convencionales, tampoco resultan acertadas, en tanto no obra prueba de que la demandante fuera beneficiaria o haya pertenecido a la asociación sindical, a lo anterior se suma, que no hay lugar a la condena por concepto de despido sin justa causa en tanto no fue esa la voluntad de las partes al momento de fijar los límites de los contratos suscritos.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales guardaron silencio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el art. 4º de la ley 712 de 2001, conforme se desprende de la reclamación administrativa presentada ante la encartada el 10 de enero de 2019 (fls 117 a 119).

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para desatar la instancia, la Sala de Decisión atenderá las normas y jurisprudencias que a continuación se relacionan.

Decreto 2148 de 1992², Decreto 2519 del 28 de Diciembre de 2015³, Diario Oficial No50.129 del 27 de enero de 2017⁴, Decreto 2127 de 1945⁵, Sentencia C - 614 de 2009 con ponencia del Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt⁶, Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación

² Establece que la entidad demandada detentaba la naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional, por lo que las personas que prestaron servicios a su favor tienen la calidad de trabajadores oficiales (Decreto 3135 de 1968 artículo 5º).

³ Se suprimió el la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", EICE y se ordenó su liquidación.

⁴ Por medio de la cual se publicó acta final del proceso liquidatorio de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Liquidada.

⁵ Reglamentario de la Ley 6ª de la misma anualidad: define en sus artículos 1º, 2º y 3º el contrato de trabajo, estructura los elementos del mismo y dispone en su **artículo 20** que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y, que corresponde al empleador la carga probatoria de desvirtuar la presunción legal en mención.

⁶ Declara exequible en Decreto 3074/1968 y entroniza el concepto de la modalidad contractual en el sector oficial, y no de presunción legal del contrato de trabajo, por cuanto de conformidad con la Constitución Política de Colombia la relación del servicio lo puede ser como trabajador oficial o empleado público, al aplicar la presunción debe respetarse o acatarse la constitución.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Laboral, Sentencia SL1012-2015 del 28 de enero de 2015, Radicación N.º 446517, Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia No. 37656 del 10 de mayo de 2011⁸, Corte Constitucional, sentencia C – 154 de 1997⁹ y Ley 80 de 1993 (artículo 32)¹⁰

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a los pedimentos demandatorios, las manifestaciones de la Juez de primer grado y las inconformidades planteadas en los recursos de alzada interpuestos por la parte demandante, así como de Fiduprevisora S.A., esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales, determina como problema jurídico a resolver, en esta instancia, el establecer si, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, entre la señora Johanna Patricia Alvarado Popayán y la extinta Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom EICE liquidado, existió una única y verdadera relación de índole laboral que se desarrolló en el interregno comprendido entre el 15 de noviembre de 2013 y el 31 de enero de 2016; de resultar afirmativa la anterior

⁷ Señaló que cuando se discute la existencia de un contrato realidad, corresponde a la parte demandante demostrar la prestación del servicio, mientras que la accionada tiene la carga de desvirtuar la presunción de subordinación consagrada en el art. 20 del D. 2127/1945, estatuto propio de los trabajadores oficiales, según el cual «El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción»

⁸ proveído que enseñó que es factible en la ejecución del contrato celebrado, que se presenten los elementos y características de un contrato de trabajo, situación que se extrae de la realidad de la relación y que debe preferirse frente a los datos aparentes que ofrezcan los documentos o contratos, con apoyo en el principio constitucional de primacía de la realidad o primacía de la modalidad contractual, a más, de verificarse si las funciones desempeñadas por el ex – trabajador tenían calidad de temporalidad o, si por el contrario, fueron ejecutadas de manera permanente, advirtiendo que “Sin embargo, tal continuidad no se acompaña con la regulación del contrato de prestación de servicios administrativos, regulada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues conforme a este precepto la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios debe ser excepcional y de ninguna manera puede ser indefinida, por cuanto de, manera perentoria, determina que su duración debe ser por el término estrictamente indispensable.”

⁹ Donde preciso al realizar el estudio de exequibilidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que “Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes (...) En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios (...) en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

¹⁰ modificado por el artículo 2º del Decreto Ley 165 de 1997, establece la facultad de las entidades públicas de acudir a la contratación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, contratos que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no se puedan realizar con personal de planta o se requieran conocimiento especiales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

premisa, determinar si le asiste derecho a la accionante a que se le reconozca y paguen las prestaciones sociales legales y extralegales producto de dicha relación laboral.

RELACIÓN DE TRABAJO

Con el fin de acreditar la existencia del nexo contractual de carácter laboral, de la documental aportada al plenario se evidencia copias de contratos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993, junto con sus respectivas prorrogas y de los cuales se observa que la demandante fue contratada para desempeñar como último cargo el denominado «**GESTOR DE VIDA SANA PARA LA TERRITORIAL BOGOTÁ CUNDINAMARCA EN LA LOCALIDAD CENTRO ORIENTE – TUNJUELITO**». Que se detallan a continuación:

No.	CONTRATO No.	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACION	FOLIO
1	CR 11 - 325	12-11-2013	30-11-2013	36 a 39
2	CR 11 - 338	02-12-2013	20-12-2013	55 a 58
3	CR 11 - 017	07-01-2014	30-04-2014	59 a 61
4	Adición CR 11 - 017	30-04-2014	27-06-2014	61
5	OR 11 - 224	01-07-2014	31-12-2014	63 y 64
6	OR 11 - 040	02-01-2015	30-06-2015	68 a 72
5	OR 11 - 348	01-07-2015	31-01-2016	89 a 91

De las anteriores pruebas documentales, se puede concluir en primer lugar, que la Entidad en atención a lo normado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2° del Decreto Ley 165 de 1997, acudió a la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de aquella.

Ahora, como se trata es de verificar si en la realidad tales contratos de prestación de servicios se ejecutaron como verdaderos o no contratos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de trabajo, se impone analizar la prueba testimonial recibida en primera instancia.

Sobre el particular, la demandante al momento de rendir interrogatorio de parte aceptó la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios para realizar las funciones de Gestora de Vida Sana en la localidad de Rafael Uribe Uribe, del mismo modo que cumplía un horario de 7:00 a.m. a 4:00 p.m., de lunes a viernes y los sábados hasta el mediodía, señaló que debía seguir las directrices que le impartía la Jefe Pilar Gómez, quien era la Coordinadora de todos los Gestores de Vida a nivel Bogotá y Cundinamarca; sumó a todo lo anterior, que la encartada les otorgaba elementos de trabajo tales como formatos y un celular, por medio del cual se le informaba de las funciones que debía ejecutar día a día. También señaló que debía presentarse en el CADE de Bosa, al inicio de sus labores y nueva mente al finalizar el horario de trabajo, que no era factible dejar de asistir al trabajo, que eso no estaba contemplado.

En igual sentido, fueron escuchados los testimonios de Jenny Rocío Ávila Ardila, Dora Inés Castiblanco Castro y Eliana Lizath Torres Fontecha, quienes al unísono, fueron contestes en afirmar que conocieron a la demandante por ser compañeras y ejercer el mismo cargo, que las funciones de la demandante eran las de cumplir las labores de PIP en la localidad que le correspondía a ella, tenía que hacer seguimientos tanto como en demanda inducida, seguimiento domiciliario, como a gestantes, a niños con bajo peso, afiliaciones, ayudar a sacar citas médicas cuando les ponían barreras de acceso a los pacientes, que se cumplía un horario y que la Entidad demandada les proporcionaba un chaleco, carné, teléfono, Tablet y unos formatos para ejecutar la función para las que fueron contratadas, que en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

evento de no poder asistir, debía informarse de inmediato a la señor Pilar Gómez, Coordinadora de los Gestores de Vida Sana.

Las anteriores manifestaciones resultan contundentes para demostrar que la accionante ejecutó las funciones encargadas, como Gestor de Vida Sana para la Territorial Bogotá – Cundinamarca en la localidad Centro Oriente – Tunjuelito a favor de la extinta Caprecom, a saber «... **2)** *Presentar los informes que determine el supervisor de la OPS. 3)* *Acudir a la liquidación de la OPS cuando sea citado por la entidad. 4)* *Realizar la demanda inducida extramural a los programas de protección específica y detección temprana. 5)* *Realizar el seguimiento en salud a los usuarios afiliados carnetizados clasificados como población en riesgo y/o que presenten un evento de interés en salud pública. 6)* *Realizar actividades de educación en salud, promover los factores protectores de la salud y desestimular los factores de riesgo.. las demás que le sean asignadas por el supervisor y que estén relacionadas con el objeto contractual», lo cual, evidencia que su actuar no comportaría la calidad de empleado público, sino la de trabajador oficial al tenor de lo dispuesto por el Decreto 456 de 1997 aprobatorio del 024 del 28 de octubre de 1996, al señalar:*

«ARTÍCULO 36. Clasificación de los servidores públicos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 314 de 1996, quienes desempeñen los siguientes cargos, serán empleados públicos:

- 1. Director General*
- 2. Secretario General*
- 3. Subdirector*
- 4. Director Regional.*
- 5. Jefe de División.*

Con base en las facultades conferidas en el inciso 2 del artículo 5º, del Decreto-ley 3135 de 1968, quienes desempeñen los cargos de Jefe de Oficina, serán también empleados públicos.

Los demás servidores públicos de Caprecom son trabajadores oficiales»

Lo anterior, en la medida que la señora Johanna Patricia Alvarado Popayán logró demostrar el desempeño de funciones como Gestor de Vida Sana para la Territorial Bogotá Cundinamarca en la Localidad Centro Oriente – Tunjuelito, concluyendo la Sala, que la demandante,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ostenta la calidad de trabajador oficial, de conformidad con las normas relatadas de manera precedente, durante el interregno relacionado en los contratos de prestación de servicios.

Así las cosas, con los medios de prueba reseñados, se reitera que las instrucciones impartidas y el cumplimiento de horario o turnos de trabajo asignados a la demandante, y la prestación del servicio en las instalaciones de la demandada, supuestos fácticos que a todas luces son constitutivos del elemento subordinación, lo que desentraña la existencia de una verdadera relación de trabajo y que decanta en que la accionante, en efecto, fue trabajadora oficial, tal y como ha sido enseñado de vieja data por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia bajo radicado 37656 del 10 de mayo de 2011, con ponencia del Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, oportunidad en que la Alta Corporación enseñó que:

«Con todo, con el fin de corregir el error doctrinal en que incurrieron tanto el fallador como la recurrente, debe la Corte aclarar que su actual criterio sobre las consecuencias de la presencia de un horario de trabajo en la prestación de servicios a una entidad oficial, como la aquí demandada, es el de que, cuando quiera que el trabajador esté sometido a un horario de trabajo, debe concluirse que se hallaba vinculado mediante un contrato de trabajo, como lo proclamó la Corte en la sentencia de 11 de diciembre de 1997, radicación 10153, en la que explicó lo que a continuación se transcribe:

"Importa anotar que el Tribunal en la sentencia recurrida asienta que "...no [se] puede pregonar subordinación laboral por el solo hecho de tener que cumplir el actor un horario cuando esta situación deviene del objeto mismo del contrato administrativo..." (Folio 468). Esta consideración supone la ignorancia del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, por cuanto en él se dispone que no es contrato de trabajo "el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarlo y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrono". Frente a tan expreso y claro tenor del artículo no puede razonablemente haber duda de que la obligación que tiene quien presta un servicio personal de cumplir con un horario es signo indicativo de subordinación, en la medida en que sujeta su actividad a las instrucciones que, en lo que tiene que ver con la oportunidad en la cual debe cumplir su labor, le impone quien recibe tal servicio, y, por lo tanto, constituye claro desarrollo de la facultad de someterlo a reglamentos, además de ser una limitación de la autonomía en lo referente a la libre disposición del tiempo que, de igual modo, es manifestación de subordinación laboral, en cuanto implica "control



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

especial del patrono". Empero, la ignorancia de tan explícita disposición legal por el Tribunal constituye un error jurídico, y como tal, desligado de la cuestión de hecho del proceso, razón por la que debió ser atacado por la vía adecuada para ello»

De lo expuesto, se concluye la improsperidad del cargo porque en sede de instancia para la Corte sería suficiente la prueba de que el actor estuvo sometido a un horario de trabajo, para concluir la existencia de una relación laboral dependiente».

Motivo por el cual, es claro que en consonancia con lo anteriormente expuesto, se itera, que en el *sub lite* se evidencia la existencia de un contrato de trabajo o la presunción de continuidad contractual en el sector oficial, para el interregno de 15 de noviembre de 2013 al 31 de enero de 2016, que si bien, fue ejecutado bajo la celebración de diversos contratos de prestación de servicios, los mismos no presentan interrupciones prolongadas que desestimen la continuidad, por tanto, no se configura solución de continuidad, pues a la luz de las enseñanzas de la Corporación de cierre en materia laboral, para que ello ocurra, deben existir periodos superiores a los 30 días a efectos de entender que la intención de las partes era la de no continuar con la vinculación que las ató.

Ahora bien, no le asiste razón a la parte demandada al señalar que no es procedente resulta procedente la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, al no existir en la planta de personal de la entidad, el cargo que desempeñó la demandante, pues aquella situación lo que realmente configura, es la ratificación de la imposibilidad de contratación diferente a la prevista por la legislación frente a entidades de derecho público, sin embargo, lo realmente ocupa la atención del juez laboral, es la acreditación de la existencia de los elementos constitutivos de la relación laboral, para luego de ello, así declararla, tal como ocurrió en el asunto bajo estudio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En tal medida, habrá de confirmarse la sentencia apelada en este aspecto.

DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO

Conforme a lo anteriormente expuesto, se tiene que la relación laboral que unió a las partes finalizó el 31 de enero de 2016, en la medida que ese fue el plazo pactado por las partes al suscribir el contrato OR 11 - 348 del 21 de junio de 2015 (fl. 89 a 91), no obstante, y al haber sido declarado el contrato de trabajo entre las partes, la demandante adquirió la calidad de trabajador oficial y por ende pasó a ser beneficiario de la convención colectiva de trabajo, sin que pueda eximirse de tales beneficios por no haberse afiliado al mismo, puesto que la Convención Colectiva 1996 a 1998, se hizo extensiva a todos los trabajadores por ser Sintracaprecom un sindicato mayoritario como obra en las documentales contenidas en el medio magnetofónico que milita a folio 28 del informativo, en este mismo sentido lo ha establecido la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en especial en la sentencia del 23 de agosto de 2017 radicado SL 12825 con ponencia del Magistrado Omar De Jesús Restrepo Ochoa, en caso análogo donde expresó:

«El fundamento normativo del pago de prestaciones sociales extralegales, lo constituye la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la entidad demandada y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social Sintraseguridadsocial, según se desprende del documento que milita a folios 216 a 284, la que tiene pleno valor legal y surte todos sus efectos, conforme a lo preceptuado por el artículo 469 del CST. En ella se estableció que tendría una vigencia de tres años contados entre el 1º de noviembre de 2001 y el 31 de octubre de 2004.

Sobre el campo de aplicación, según lo consignado en el artículo 3º, se entiende que la demandante era beneficiaria de los derechos en ella convenidos conforme a lo establecido por el artículo 471 del CST, modificado por el artículo 38 del Decreto 2351 de 1965, porque "Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados».

Así las cosas, no existe duda que la demandante, dada su calidad de trabajadora oficial de Caprecom EICE, es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, de ahí que sea favorecida de las prebendas allí establecidas, por lo que habrá de confirmarse la sentencia apelada en este aspecto.

PRESCRIPCIÓN

Con el ánimo de estudiar las aspiraciones económicas incoadas en el introductorio, resulta indispensable entrar a analizar previamente si ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción, respecto de las obligaciones laborales anheladas. Para lo cual, es importante recordar que por disposición de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, las acreencias laborales tienen un término de prescripción de 3 años que solo puede interrumpirse por una única vez mediante la presentación de la reclamación del trabajador al empleador.

Al respecto, se tiene que la relación laboral que ató a las partes se extendió entre el 15 de noviembre de 2013 y el 31 de enero de 2016, y como quiera que la reclamación administrativa fue radicada el 10 de enero de 2019 (fl 117 a 119) y la presente demanda fue instaurada el 31 de julio de 2019, habiéndose notificado el auto admisorio dentro del año siguiente (fl 131), como lo ordena el artículo 94 del C.G.P, se tiene que en efecto, tal como lo alegó la parte demandada, el fenómeno extintivo no había operado en el presente asunto, razón por la cual, habrá de revocarse la sentencia en este aspecto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

BENEFICIOS CONVENCIONALES

AUXILIO DE TRANSPORTE

En este sentido el artículo 47 de la Convención Colectiva de Trabajo dispone que: «CAPRECOM reconocerá a todos sus servidores públicos el auxilio de transporte que decreta el Gobierno Nacional. Además continuará prestando el servicio de ruta de buses», por tanto, tiene lugar el reconocimiento y pago del auxilio de transporte, en la suma de **\$1'878.316,00**, por lo que se modificara la sentencia en este aspecto.

PRIMA DE RETIRO

La Convención Colectiva de Trabajo en su artículo 58 establece: «CAPRECOM reconocerá adicionalmente por prima de retiro a sus servidores públicos, el equivalente a dos (2) meses de salario», así pues, es claro entonces que le asiste derecho a la trabajadora al reconocimiento y pago de este beneficio extralegal. Así, teniendo en cuenta que el salario devengado por la señora Alvarado Popayán a la terminación de la relación laboral lo fue la suma de \$1'271.000 (fl. 89 a 91), el valor de la prima de retiro corresponde a **\$2'542.000,00**. Por lo que se confirma la sentencia apelada en este punto.

AUXILIO DE CESANTÍAS

Como quiera que, se encontró probada la existencia del vínculo contractual, y que el mismo no se encuentra afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción, surge patente la imposición de condena por este concepto en la suma de **\$2'859.750,00**, sin embargo, al no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

haberse ejercido oposición por la parte demandante en este aspecto, pues si bien, peticionó la reliquidación de las condenas con fundamento a la no constatación del medio exceptivo de la prescripción, las aquí estudiadas no sufrieron los abatimientos de dicho fenómeno, suma a ello, que resulta valido empeorar la situación de la demandada en aplicación de la *no reformatio in pejus*. En tal virtud, habrá de confirmarse la sentencia en este aspecto.

DE LAS VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES.

Persigue la actora el reconocimiento y pago de las vacaciones que se causaron durante la ejecución del vínculo contractual, lo que conforme a lo reglado en el artículo 8° y ss del Decreto 3135 de 1968, los artículos 45 y 46 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 52 del documento convencional. Atendiendo a que el término de trienal de prescripción en tratándose de vacaciones se cuentan transcurridos 4 años y 1 mes, en tanto el empleador cuenta con un año para concederlas, y 1 mes para el empleador para solicitarlas, conforme lo explica la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral en sentencia SL 19093 de 2017. La suma a la cual tendría derecho la demandante asciende a la suma de: **\$1'323.958.00**, y no de **\$771.426.00**, como lo indicó el *a quo*, en tal virtud, se modificará la sentencia apelada en este aspecto.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Esta Sala de Decisión considera, que como quiera que el vínculo contractual feneció el 31 de enero 2016, como consecuencia del acaecimiento del plazo pactado en el contrato de prestación de servicios CR-348 de 2015, sin que mediara justa causa para ello, por lo que surge patente la condena por este concepto en cuantía de **\$6'355.000.00**, en atención a que dicha condena se tasa en aplicación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del plazo presuntivo, tal como lo dispuso el a quo en su memento. Así, habrá lugar a confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

DEVOLUCIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y SALUD

El Juez de Conocimiento, condenó a reintegrar a la accionante los aportes en seguridad social en pensión.

Al respecto, suma nuevamente reiterar que al encontrarse comprobada la existencia de la modalidad contractual, dimana evidente el reconocimiento de todos los derechos de que son titulares los trabajadores oficiales y que fueran requeridos ante esta jurisdicción. En esa medida, conforme lo previsto en los artículos 15 y 22 de la Ley 100 de 1993 era obligación del empleador efectuar el pago del porcentaje de cotización a sus trabajadores; empero, será responsable del pago de su aporte y del aporte de los empleados a su servicio por el monto total “*en el evento de que no hubiese efectuado el descuento al trabajador*”.

En el *examine* se constata que la pasiva no afilió a la señora Johanna Patricia Alvarado Popayán al Sistema de Seguridad Social Integral, y por el contrario le correspondió a la reclamante asumir la totalidad del aporte cuando dicha obligación no le concernía al tenor de las normas relatadas en precedencia, derivando en la existencia de un perjuicio económico en el patrimonio de la ex trabajadora, el cual debe ser resarcido, siempre y cuando dicho aspecto se encuentre debidamente corroborado en las pruebas arrimadas a las diligencias, tal y como lo ha enseñado la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción en sentencia SL16269 del 26 de noviembre de 2014, con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno y sentencia SL807 del 13 de noviembre de 2013 M. P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así, como quiera que a folios 101 y 102 de las diligencias reposan planillas de aportes a seguridad social, en las que se evidencia el efectivo pago de dichos aportes, diáfana resulta la condena frente a dicho concepto por lo que se confirmará lo resuelto en primera instancia, en este aspecto.

De la norma citada se concluye que la omisión del empleador de efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social, conlleva como sanción, que éste efectúe el pago total del aporte al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión, y no que reintegre al trabajador el monto de los aportes que él hubiese consignado en el periodo en que estuvo vigente el contrato de trabajo, pues, se itera, esa consecuencia no está establecida en la ley. Así las cosas, como quiera que las partes aceptaron que la actora durante la vigencia de la relación laboral efectuó los aportes tanto a salud como a pensión en calidad de trabajador independiente, habrá lugar revocarse la sentencia en este aspecto.

En el *examine* se constata que la pasiva no afilió al señor Hernández Caicedo al Sistema de Seguridad Social Integral, y por el contrario le correspondió al reclamante asumir la totalidad del aporte cuando dicha obligación no le concernía al tenor de las normas relatadas en precedencia, derivando en la existencia de un perjuicio económico en el patrimonio del ex trabajador, el cual debe ser resarcido, siempre y cuando dicho aspecto se encuentre debidamente corroborado en las pruebas arrojadas a las diligencias, tal y como lo ha enseñado la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción en sentencia SL16269 del 26 de noviembre de 2014, con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno y sentencia SL807 del 13 de noviembre de 2013 M. P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así, como quiera que a folios 24 y 32 de las diligencias reposan planillas de aportes a seguridad social, en las que se evidencia el efectivo pago de dichos aportes, diáfana resulta la condena frente a dicho concepto por una suma de **\$599.300**, suma que se acompasa a lo resuelto en primera instancia.

SANCIÓN MORATORIA

La condena por esta indemnización no se produce automáticamente, pues está sujeta al análisis que haga el juez respecto de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, de tal manera que si se encuentra que la conducta fue de mala fe al no pagarle las prestaciones que le correspondían al término de la relación laboral hay lugar a su imposición, en el caso contrario, se absolverá. En el estudio de esa conducta debe recordarse que la entidad cuenta con 90 días, posteriores a la finalización del vínculo, para pagar las acreencias laborales (artículo 1° de la ley 797 de 1949).

En ese entendido, es de precisar que a pesar de los reiterados pronunciamientos judiciales respecto de la conducta de la entidad hoy demandada que han señalado la procedencia de la indemnización moratoria, en cada caso particular deben analizarse las circunstancias que gobernaron el desarrollo de la relación de trabajo que en virtud de la sentencia judicial que se declara, pues en estos temas, no puede hablarse de una única postura, ya que se ha demostrado, que a pesar de las similitudes cada contrato de trabajo se ejecuta de forma particular.

De esta manera, en lo que atañe a la buena fe, la misma ha sido entendido por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción ordinaria laboral, entre otras, en la sentencia del 30 de abril de 2013, con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

radicación 42466, siendo el Magistrado ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve, oportunidad en la que enseñó *«La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud»*.

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial esbozado, encuentra esta Sala, que el proceder de CAPRECOM no se ajustó a los parámetros exigentes de la indemnización moratoria, y que en síntesis, son aquellos que evidencian buena fe en la actuación del empleador, pues la pasiva decidió ocultar la vinculación bajo la figura jurídica de contratos de prestación de servicios. Aunado a lo anterior, la simple afirmación de encontrarse bajo la figura de contratación prevista en la Ley 80 de 1993, no configura un eximente de sanción, como lo enseñó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en proveído SL 587 - 2013, con ponencia del Magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz, lo que conlleva sin lugar a dubitaciones adicionales a establecer la procedencia de este petitum, pues, se itera, el actuar de la convocada a juicio fue siempre ocultar la existencia de la vinculación legal y reglamentaria, y el pago de las acreencias laborales a lugar.

Por otra parte, a la luz de lo considerado por la Corte Suprema de Justicia, debe distinguirse en todo caso, la buena fe como circunstancia exonerante, de otros factores externos que impiden el cumplimiento de las obligaciones y, en principio, también liberan al deudor de responsabilidad por incumplimiento como el caso fortuito o fuerza mayor, situación que se presenta en este caso ante la desaparición jurídica de la entidad, según Acto de Liquidación Final de, pues en ese estado, de lo que se trata es de la existencia de insuperables hechos impeditivos para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Conforme lo anterior y teniendo en cuenta que el 27 de enero de 2017 fue publicado en el Diario Oficial el Acta Final del Proceso Liquidatorio de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Liquidada, se condenará a la encartada al pago de la sanción moratoria estableciéndola desde el 14 de junio de 2016 (vencimiento de los 90 días hábiles) y hasta el 27 de enero de 2017 con base a un salario diario de \$42.367, lo que asciende a la suma de **\$8,176,766.67**, conforme a la decisión mayoritaria de la Sala. Por lo que habrá de modificarse la sentencia en este aspecto.

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Con mí acostumbrado respeto a los demás Magistrados integrantes de la Sala de decisión, me permito manifestar que salvo mi voto de manera parcial respecto a la determinación de limitar la condena por concepto de indemnización moratoria, pues considero que la liquidación final de la pasiva no conlleva una situación eximente del reconocimiento a futuro de esta sanción, en la medida que el actuar de mala fe, al desconocer la relación laboral como lo ha predicado en forma por demás reiterada de la H. Corte Suprema de Justicia no se modifica con el fenecimiento de la entidad pues la norma fundamento de la sanción no establece limitantes derivados de la liquidación definitiva de la empresa condenada, siendo ello una interpretación restrictiva de los derechos de los trabajadores, más aun, cuando el pago de las obligaciones se trasladó a FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de CAPRECOM, bajo los conceptos jurídicos de la sucesión procesal reglada en el artículo 60 del C.P.C., pues de lo contrario se llegaría al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

dislate jurídico de que cualquier cambio o transformación de la persona jurídica sería un excluyente de la responsabilidad laboral y una forma de borrar la mala fe con que se viene actuando por parte de la entidad. Por otro lado, el hecho de que estemos frente a la liquidación de la entidad, tampoco puede pregonarse un excluyente de responsabilidad subjetiva u objetiva de la mala fe con que viene actuando la demandada, por cuanto en los procesos de liquidación de grandes comunidades, las obligaciones laborales y de seguridad social gozan de extrema protección, debiendo cancelarse como gastos del proceso sin estar sometidas a graduación y calificación de créditos, lo que agrava aún más la mala fe con que se viene actuando frente los afiliados o beneficiarios de la seguridad social, tal como lo advirtió la H. Corte Constitucional ante los requerimientos o acciones de tutela contra la Superintendencia de Sociedades al no darle prelación a dichos créditos laborales o de seguridad social, en situaciones similares.

Los anteriores razonamientos se cimentan en lo resaltado por la H. Corte Constitucional en la acción de tutela T 201 de 2015, adelantada por Jesús Alberto Ramírez contra la Sala Quinta de Decisión Laboral de este Tribunal y Fidudavivienda S.A., en donde se advierte que las deudas o créditos pasivos laborales, se hayan o no relacionado en el contrato fiduciario, los asume los fideicomisos, pues en sentir del suscrito magistrado en el presente no se está haciendo cesión de deudas o créditos individualizados, sino por el contrario lo que se está corrobora es una cesión o subrogación de pasivos laborales dentro de un todo, ello es, un patrimonio, entendido como un conjunto de derecho y obligaciones en cabeza de una persona natural o jurídica. Razón también, por la cual, no puede predicarse el desaparecimiento jurídico inane de la entidad objeto de las acciones de liquidación o insolvencia económica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por lo que debió fulminarse condena bajo los postulados de la H. Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, a saber, desde el 30 de marzo de 2014 y hasta cuando se cancelen los haberes sociales. Por cuanto la hermenéutica de la corte constitucional no es lo atinente a la cuantía de salario, sino la presentación de la demanda, cualquiera que sea la cuantía de salario dentro de los 24 meses. Si ello ocurre los salarios caídos caminan hasta cuando se paguen las condenas, situación diferente si la demanda se presenta después de los 24 meses evento ante el cual los salarios caídos van hasta los veinticuatro 24 meses y los intereses a partir del primer día del mes veinticinco, en los anteriores términos dejo a salvo mi voto de manera parcial.

COSTAS.

Se confirman las costas impuestas en primera instancia. En esta instancia se imponen costas a cargo de Fiduprevisora S.A., ante la falta de prosperidad del recurso de alzada. Tásense por Secretaría. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de septiembre de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2020, dentro del proceso ordinaria laboral adelantado por **JOHANNA PATRICIA ALVARADO POPAYÁN** contra la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM EICE LIQUIDADO**, para en su lugar, **DECLARAR** no probado el medio exceptivo de la prescripción propuesto por la demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR los literales b, c y f del numeral segundo de la sentencia recurrida, en el sentido de CONDENAR a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su calidad de vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES - CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar a la señora JOHANNA PATRICIA ALVARADO POPAYÁN, las siguientes sumas:

- | | |
|--------------------------|--|
| b) \$1´323.958.00 | Por concepto de compensación de vacaciones |
| c) \$1´878.316,00 | Por concepto de auxilio de transporte convencional |
| f) \$8´176.766,67 | Por concepto de sanción moratoria. |

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.

CUARTO: COSTAS. Se confirman las costas impuestas en primera instancia. En esta instancia se imponen costas a cargo de Fiduprevisora S.A., ante la improsperidad del recurso de alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Tásense por Secretaría. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ DAVID RUIZ RAMÍREZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Santiago Bernal Palacios** identificado con cedula de ciudadanía No. 1.016.035.426 y tarjeta profesional 269.922 del C.S.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JOSÉ DAVID RUIZ RAMÍREZ** a través de apoderado judicial, previo el trámite de un proceso ordinario laboral, pretende se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la misma ley y las costas procesales. (fl. 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 2 y 3 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 29 de marzo de 1934; que realizó cotizaciones a pensión ante el extinto Instituto de los Seguros Sociales de manera interrumpida entre el 1° de enero de 1967 y el 31 de marzo de 1997; que cotizó un total de 532.71 semanas; que mediante Resolución 1241 de 16 de febrero de 1999, la Caja Nacional de Previsión Social, le reconoció una pensión de sobrevivientes a causa del fallecimiento de su cónyuge Susana Buitrago de Ruiz; que el 21 de mayo de 2018, radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; que mediante Acto Administrativo SUB 150509 de 7 de junio de 2018, Colpensiones negó la prestación reclamada; que el 9 de agosto de 2018, formuló recurso de apelación contra la decisión que negó la indemnización pretendida; que mediante Resolución DIR 18935 de 24 de octubre de 2018, Colpensiones confirmó el acto administrativo apelado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar, en síntesis, que verificado el aplicativo de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se evidencia que el demandante goza de una pensión de sobrevivientes que le fue reconocida por la otrora Caja Nacional de Previsión Social, aspecto este que le impide beneficiarse de la indemnización pretendida, en tanto no es posible que el actor perciba doble erogación del erario.

Excepciones: Formulo como medios exceptivos los que denominé inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fl. 50 a 54).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 14 de agosto de 2020, resolvió **condenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, suma que actualizada al año 2020, asciende al valor de \$7'823.590, la cual deberá ser indexada al momento de su pago; **declarar** probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; **declarar** no probados los demás medios exceptivos; **Absolver** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y **condenar** en costas a la encartada. (fl. Cd. 106).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Lo anterior por considerar el *a quo*, que en el presente asunto el demandante goza de una pensión de sobrevivientes, sin que en el plenario se acredite otro tipo de pensión a favor del actor, lo que le permite hacerse acreedor de la prestación que por esta vía reclama, en tanto la pensión de vejez y aquella que se deriva de la de sobrevivencia tienen origen y finalidad diferente, razón por lo cual, al reunirse los requisitos previstos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es que resulta procedente el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez deprecada.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, petitionó la revocatoria parcial de la sentencia apelada, esto en lo atinente a la condena impuesta por concepto de costas procesales, por considerar, que conforme al artículo 365 del C.G.P., al tenerse prósperos parcialmente los medios exceptivos propuestos, como lo fue en lo atinente a los intereses moratorios, el sentenciador puede prescindir de la condena en este aspecto sumó a lo anterior, que no puede condenarse al pago de costas por cuanto no es factible destinar los recursos de la seguridad social para fines diferentes a aquellos para los que fueron creados.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: En la oportunidad procesal concedida, la parte accionante allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que petitionó se confirme la sentencia de primera instancia con base a que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

no resulta admisible que la entidad demandada se niegue a reconocer la prestación que aquí se pretende bajo el argumento de una supuesta incompatibilidad, toda vez que ambas prestaciones se financian con recursos de distintas fuentes.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones solicita la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que verificado el aplicativo de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se evidencia que el señor Ruiz Ramírez José David, tiene una prestación reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social, la cual es incompatible con la prestación que actualmente se encuentra solicitando.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 19 a 37 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reparos invocados por la demandada en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y en caso afirmativo, determinar si resulta procedente la condena por concepto de costas procesales en cabeza de la demandada.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Esta Sala de Decisión procede a resolver el *sub judice* puesto en su conocimiento, para lo cual juzga conveniente recordar la conceptualización estatuida respecto de la pretensión pensional, para entendimiento de las partes procesales, la cual fue reglada por el legislador en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, al señalar:

«ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. *Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado».*

Norma reglamentada por el Decreto 1730 de 2001, que en su artículo 1º y 4º estipuló:

«ARTÍCULO 1o. CAUSACIÓN DEL DERECHO. *Habrà lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se presente una de las siguientes situaciones:*

- a) *Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;*

(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ARTÍCULO 4o. REQUISITOS. *Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando...».*

Indemnización sustitutiva, que tal como su nombre lo indica, busca suplir el frustrado reconocimiento de la pensión de vejez, devolviendo las sumas pagadas parcial y anticipadamente a título de aportes pensionales, dada la falta de cumplimiento de los requisitos legales, para el caso de autos, la densidad de semanas cotizadas.

Parafraseando al Doctor Eduardo López Villegas en su libro «*Seguridad Social Teoría Crítica*», la cobertura del régimen contributivo al riesgo de vejez se ofrece a quien contribuye de manera suficiente, según períodos de carencia estipulados para cada forma de protección y, quienes no alcanzan la cuota de aportes mínimos quedan por fuera del amparo que les proporciona el acceder de manera vitalicia a una mesada pensional, que es la forma ordinaria de protección, tiene derecho a percibir por una sola vez una suma que se llama en el régimen de prima media con prestación definida indemnización sustitutiva, y en el ahorro individual «*devolución de saldos*».

Así las cosas, como el art. 37 de la Ley 100 de 1993 establece que si el afiliado habiendo cumplido la edad de pensión, no ha cotizado el mínimo de semanas exigidas por la ley y señala su imposibilidad de seguir cotizando, tendrá derecho a percibir una indemnización sustitutiva.

En claro lo anterior, esta Sala de Decisión procede a analizar las pruebas obrantes en el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, esto es: acta de bautismo expedida por la Parroquia Nuestra Señora del Rosario (fl.9); copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 10); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 11 a 13);reclamación administrativa (fl. 16 a 18); recurso de apelación (fl. 19 a 22); solicitud de información por parte de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Colpensiones (fl. 23); recurso de queja (fl. 25 y 26); actos administrativos emitidos por Colpensiones (fl.27 a 38); Resolución 1241 de 16 de febrero de 1999, emitida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social. (fl. 39 y 40); certificado de no pensión emitido por la UGPP (fl. 42); expediente administrativo (fl. 59); informe pensional rendido por FOPEP (fl. 82).

Establecido lo precedente, advierte la Sala que se encuentran acreditados los presupuestos facticos para que el demandante se haga beneficiario de la indemnización sustitutiva pretendida, pues el señor JOSÉ DAVID RUIZ RAMÍREZ cumplió los 60 años de edad el 29 de marzo de 1994, por haber nacido el mismo día y mes del año 1934 (fl.10), además de manifestar bajo la gravedad de juramento su imposibilidad de seguir cotizando, según se desprende de la reclamación administrativa que elevó ante la encartada el 21 de mayo de 2018 (fl 16 - 18), con lo cual se evidencia que cumple con los presupuesto jurídicos requeridos para ser beneficiario de la indemnización prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, cesura la accionada el reconocimiento aquí ventilado, en tanto a su sentir, el accionante cuenta ya con el reconocimiento de una pensión que cubre la contingencia de la vejez, misma que fue reconocida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social –Cjanal, por lo que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez resulta abiertamente incompatible con la prestación pensional que recibe el actor.

Pues bien, para resolver el cuestionamiento planteado por Colpensiones, resulta necesario advertir, que en efecto, el señor José David Ruiz Ramírez, a la fecha disfruta de una prestación pensional que le fue reconocida mediante Resolución 1241 de 16 de febrero de 1999, tal como se advierte de la documental que reposa a folios 39 y 40 del plenario, sin embargo, dicha prestación le fue reconocida en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

condición de cónyuge supérstite en sustitución pensional a causa del fallecimiento de la señora Susana Buitrago de Ruiz (q.e.p.d.) y sin que medie en el plenario prueba alguna que permita concluir que el actor goza de un reconocimiento pensional proveniente de la contingencia propia de la vejez, es que resulta patente la compatibilidad de la citada indemnización con la prestación pensional de sobrevivientes que viene disfrutando, ello en tanto, la pensión de vejez y la de sobrevivencia cubren contingencias diferentes y los tiempos tenidos en cuenta para el reconocimiento de una y otra prestación no son los mismos.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 3342 de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al estudiar la figura de la compatibilidad pensional, moduló que:

«... los derroteros de la Sala para definir la compatibilidad o incompatibilidad de dos pensiones son los siguientes: (i) el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal-, ello siempre que no exista una normativa especial que prohíba la compatibilidad; (ii) la existencia de una reglamentación propia, y (iii) la autonomía de la fuente de su financiación»

Bajo esa orientación, se tiene que surge incompatibilidad en el reconocimiento de prestaciones derivadas del subsistema de seguridad social en pensión, siempre que aquellas tengan su génesis en el mismo evento y que la fuente de financiación sea la misma. Para el caso de autos, se tiene que si bien el demandante goza de una prestación pensional, aquella se originó como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge, tal como se aprecia de la documental que reposa a folios 19 y 20 del informativo, prestación que busca suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado al grupo familiar, y su finalidad es evitar que el deceso del causante, se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de los potenciales beneficiarios, entre tanto, la prestación pensional que cubre la contingencia de la vejez se erige «... como una prestación económica,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente»².

Nótese, como los riesgos que cubren una y otra prestación no guardan identidad entre sí, pues la pensión de vez surge como la consecuencia del esfuerzo del trabajador tras la cotización durante largos años de trabajo y el acaecimiento del desgaste físico natural, mientras que la de sobrevivencia se causa con el fallecimiento del afiliado o pensionado, y busca el amparo de aquellos beneficiarios que dependían económicamente de aquel, lo que de contera no implica persé incompatibilidad respecto del disfrute de las prestaciones pensionales que de allí se derivan.

De otro lado, no poderse de vista el aspecto intrínseco de la financiación de las prestaciones económicas, lo cual para el caso de autos adquiere gran relevancia, pues la pensión de sobrevivientes que disfruta el demandante se financió con recursos provenientes de las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social la causante, entre tanto, la indemnización sustitutiva pretendida, se capitalizó con los aportes realizados por el señor Ruiz Ramírez durante su vida laboral, supuesto de facto este, que le permite superar el estudio de compatibilidad frente a la pretensión económica aquí ventilada. De lo expuesto en líneas precedentes, emerge incuestionablemente que la decisión de la togada se ajusta a derecho y por tal confirmará la sentencia apelada sobre este aspecto.

Ahora bien, establecido el derecho en cabeza del demandante, procede la Sala al estudio del monto a reconocer, por lo que, necesario se torna remitirnos a lo previsto en el Decreto 1730 de 2001, que en su artículo 3° estableció la modalidad liquidatoria de la indemnización sustitutiva

² Sentencia T-398 de 2013; Corte Constitucional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

al estipular que «*para determinar el valor de la indemnización*» debe aplicarse la fórmula « $I = SBC \times SC \times PPC$ » que comporta los siguientes conceptos; SBC atañe al «*salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE*», a su turno, SC corresponde a la «*suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento*» y PPC al promedio ponderado de porcentajes «*sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento*» y aclarando que:

«En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993».

En claro lo anterior, esta Colegiatura con apoyo del Grupo Liquidador de la Rama Judicial, procedió a liquidar la indemnización sustitutiva atendiendo los lineamientos de la norma *ejusdem*, dimanando como cuantía única por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez la suma de **SEIS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CERO SETENTA Y SEIS PESOS (\$6´936.076,00)**, monto disímil al condenado en primera instancia, por lo que, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la Entidad pensional, se modificará el monto reconocido por el *a quo*, teniéndose para tal efecto el liquidado en esta instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por otra parte, reprocha la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones la condena impuesta por concepto de costas procesales, en atención que le resultó prospero el medio exceptivo denominado no configuración de derecho al pago de intereses moratorios o indemnización moratoria.

Para resolver, preciso se torna remitirnos a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, norma que estipula las reglas a seguir al momento de imponerse condena por dicho concepto, advirtiendo así en su numeral 1° que *«Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código»*

A su turno, el artículo 366 del mismo Compendio Adjetivo establece que *«Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas»*

Ahora bien, el artículo 361 de la norma *ejusdem*, establece que las costas procesales se componen de la totalidad de las expensas y gastos en los que incurren las partes en el devenir del proceso, junto con las agencias en derecho, al momento de imponerse dicha condena, el operador judicial deberá sujetarse a criterios objetivos y verificables y lo señalada para tal fin por la legislación vigente.

De lo expuesto, se tiene entonces que son las costas procesales una forma de compensación que establece el legislador a favor de aquella parte que se ve compelida a ejercer la defensa de sus derechos, agotando así esfuerzos y capital para ello.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Así, considera la Sala, que no le asiste razón a la parte demandada al reprochar la condena en costas en cabeza suya, pues como se indicó en precedencia, la parte demandante debió acudir a la jurisdicción en procura de sus derechos, haciéndose necesario de su parte un esfuerzo tanto económico como profesional; razón por la cual, la compensación a dicho esfuerzo y desgaste es la consecuente condena en costas a cargo de quien dio lugar al *litis*; en esa medida, se confirma la resuelto por el *a quo* frente a esta condena.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 14 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JOSÉ DAVID RUIZ RAMÍREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, en el entendido de CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al señor JOSÉ DAVID RUIZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RAMÍREZ, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, suma que actualizada a 30 de octubre de 2020 asciende al valor de \$6'936.076,00, monto que deberá ser indexado al momento de su pago, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

06201800039 02

1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **EVARISTO POVEDA RODRÍGUEZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.433 de Yumbo y tarjeta profesional 303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

06201800039 02

2

Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **EVARISTO POVEDA RODRÍGUEZ**, a través de apoderado judicial, persigue el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, bajo lo previsto en el Decreto 1281 de 1994 y el Decreto 049 de 1990, sin que COLPENSIONES adelantara las acciones de cobro respecto de los puntos adicionales por la citada actividad; como consecuencia de lo anterior se condene al pago del retroactivo pensional, indexación, intereses moratorios, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria peticona el acceso a la prestación pensional por alto riesgo al tenor del Decreto 1281 de 1994 y/o Decreto 2090 de 2003 (folio 6 y 7).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 y 5 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 17 de abril de 1961, laborando durante toda su vida en el cargo de minero de socavón y realizando aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales a partir del 15 de enero de 1975, logrando a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1281 de 1994 más de 750 semanas en trabajo de socavón, para un total de tiempo aportado al 6 de septiembre de 2014 de 1838 semanas, de las cuales 1229 atañe a tiempo anterior a la expedición del Decreto 2090 de 2003, lo que le permite ser beneficiario de las disposiciones del Decreto 049 de 1990. Relata que



06201800039 02

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el 9 de mayo de 2014 pretendió el reconocimiento de la pensión de vejez por alto riesgo, misma que fue decidida desfavorablemente en los actos administrativos GNR 96429 del 31 de marzo de 2015, GNR 166400 del 8 de junio y VBP 41911 del 18 de noviembre, ambas del 2016. Indica que el 14 de julio de 2015 la pasiva le solicitó documentación que diera cuenta de la actividad de alto riesgo, la cual fue incorporada en debida forma el 20 de junio de 2016 sin que COLPENSIONES efectuara las acciones de cobro pertinentes respecto de aquellos empleadores que no efectuaron la cotización en los puntos adicionales.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas, por considerar que el demandante no logro comprobar la ejecución de actividades de alto riesgo, ni cumplió con el requisito de semanas mínimas de cotización especial. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados carencia de causa para demandar; prescripción; buena fe; inexistencia de intereses moratorios e indexación; compensación; y las que se prueben en el curso de las diligencias, folios 79 a 87.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 17 de julio de 2020, resolvió **condenar** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, la pensión especial de vejez a partir del 17 de abril de 2014, en cuantía que resulte de aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, liquidada con la última cotización que realice el accionante al sistema de pensiones, advirtiendo que el disfrute de la pensión se producirá a la desafiliación del antes citado sistema pensional; **costas** a cargo de la demandada (CD a folio 160).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, si bien el accionante no cumple con los presupuestos para acceder a la prestación bajo el



artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, lo cierto es que logró demostrar el acatamiento a los presupuestos de Decreto 1281 de 1994, por transición junto con la actividad de alto riesgo concerniente a minería en socavones. De tal manera, impuso condena para reconocimiento pensional desde el 17 de abril de 2014, fecha que determinó con el descuento de 2 años por semanas de cotización especial adicional, pero ante la continuidad en el pago de aportes en seguridad social dispuso su disfrute hasta el momento del retiro del sistema.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que la fecha de causación de la prestación concierne al 17 de abril de 2011 como momento de acceso a los 50 años de edad; lo anterior en la medida que para el año 2016, cuando cumplió 55 años, ya contaba con 2034 semanas sobre las cuales al realizar el descuento de 60 semanas superiores a las 1300, se denota que el acceso a la pensión debe ser desde el año 2011. Estadio que igualmente debe corresponder a la fecha de disfrute, en la medida que la continuidad en las cotizaciones fue en atención a la alusión realizada por COLPENSIONES respecto de la falta de semanas en alto riesgo induciéndolo en error para que incluso a la fecha siguiera aportando al sistema; data que debe corresponder al retroactivo pensional con inclusión de la indexación e intereses moratorios que, conforme a una sentencia del presente año, permite ambos pagos.

A su turno, la **DEMANDADA COLPENSIONES interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como disidencia que no le es aplicable al accionante el Decreto 1281 de 1994 por carecer de las 500 semanas de cotización especial de que trata el Decreto 2090 de 2003, entendidas según la Corte Constitucional en sentencia C 663 de 2007, a razón de la ausencia de semanas cotizadas en alto riesgo conforme la historia laboral del afiliado. En lo que respecta al Decreto 2090 de 2003 que señala la necesidad de 700



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

semanas de cotización especial, lo cierto es que pese a acreditar 2092.23 semanas a COLPENSIONES, ninguna de ellas lo fue por la actividad mencionada; siendo tal presupuesto el parámetro para identificar cuales trabajadores se encuentran expuestos y requieren de pagos adicionales por el empleador para ser acreedor de la pensión pretendida, según el artículo 31 de la Resolución 312 de 2019 y artículo 2.2.4.6.15 del Decreto 1072 de 2015, lo que al no realizarse, conducía a una imposibilidad jurídica para concretar respecto de que trabajadores se había evidenciado una omisión en la cotización y así poder adelantar las acciones de cobro pertinentes. Lo anterior demuestra la buena fe con que obró la entidad pensional, a más de ser el sustento de la negativa impartida.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo solicita el reconocimiento pensional bajo las normas del régimen de transición, en especial el «Decreto» 049 de 1990, por demostrar 757 semanas en alto riesgo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de «1994» y 1596 semanas durante toda la vida. Indica que el demandante fue obligado a continuar cotizando, en atención a las alusiones inmersas dentro de los actos administrativos, induciéndolo en error.

Parte demandada: La convocada **COLPENSIONES** reclamó la absolución, indicando que el derecho reclamado debe ser estudiado bajo el Decreto 2090 de 2003 o por transición, con la norma anterior concerniente al Decreto 1281 de 1994. Sin embargo, agrega que bajo



ninguna disposición demuestra las semanas de cotización especial ni el pago de las tarifas dispuestas para ese efecto.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme da cuenta la documental impetrada el 9 de mayo de 2014 (folio 33 a 35).

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juzgado de primera instancia, el recurso de alzada elevado por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si Evaristo Poveda Rodríguez es beneficiario de la pensión especial de vejez por ejercer actividades de alto riesgo y, de acreditarse ello, concretar la data de causación y disfrute.



PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ – ALTO RIESGO

Con miras a resolver el *sub judice* dilucidado en líneas precedentes, procede esta Sala de Decisión analizar las pruebas a que se contrae el expediente a la luz de lo regulado por el art. 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación (fl.21), copia del reporte de semanas cotizadas (fls. 22 a 32, 92 a 97, 120 a 125), Reclamación administrativa, folio 33 a 38, copia de las Resoluciones GNR 96429 del 31 de marzo de 2015, Resolución GNR 166400 del 6 de junio de 2016 y VPB 41911 del 18 de noviembre de 2016 (fls. 40, 52 a 62), copia de memorial de recursos de ley (folios 43 a 51), misiva nominada radicación (folios 63 a 75), historia laboral tradicional (fls. 116 a 119), certificación laboral emitida por PROGENCAR y Jhonn Carlos Garnica Bejarano (folio 131 y 136), y testimonio absuelto por Luis Alberto Lara Bernal (CD a folio 160 vuelto); probanzas de las cuales se colige, que EVARISTO POVEDA RODRÍGUEZ nació el 17 de abril de 1961 (fl.21), contando al 1º de abril de 1994 – fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993- con 32 años y 11 meses; que el demandante cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el 15 de enero de 1975 hasta, por lo menos, diciembre de 2018 un total de 2.130,29 semanas, supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales en esta segunda instancia, razón por la cual procede la Sala a atender los problemas jurídicos relatados.

I. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO

La pensión peticionada en el *libelo incoatorio* busca el reconocimiento de una prestación especial de vejez por ejercer Evaristo Poveda Rodríguez actividades de alto riesgo en el despliegue personal de sus servicios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

06201800039 02

Para resolver el *sub judice*, esta Colegiatura considera necesario establecer en primer término, los regímenes legales anteriores, recordando que en tratándose de las pensiones especiales de vejez por alto riesgo para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, fueron establecidos en una primera oportunidad por el art. 15 del Acuerdo 049 de 1990, al indicar que la edad de pensión de vejez, sería disminuida para los trabajadores que laboraran en minería según el literal a) del artículo en mención.

Con posterioridad a esta norma y, en sustento del numeral 2° del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, en especial el Decreto 1266 de 1994 que concedió las facultades extraordinarias al Presidente de la República, se profirió el Decreto 1281 de 1994 que determinó en su artículo 1° cuales serían las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, entre ellas, nuevamente, los trabajos de minería que se presten en socavones o de manera subterránea.

Ahora, con posterioridad y de igual manera, bajo el uso de las facultades extraordinarias conferidas por el legislador en la Ley 797 de 2003, se profirió el Decreto 2090 de 2003 mediante el cual se establecieron nuevas pautas para el estudio de la pensión especial de vejez y que se encuentra vigente, indicando en su artículo 6° las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición, que lo sería el Decreto 1281 de 1994, transición prevista así «Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos **500 semanas de cotización especial**, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo. PARÁGRAFO. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003» (Resalta de la Sala).



06201800039 02

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así, con el objetivo de establecer si el accionante es beneficiario de la transición y concretar la densidad de semanas especiales, sea preciso corroborar *liminarmente* si en el ejercicio de las actividades laborales se vio inmerso en las prescripciones de la norma, a saber, «*trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos*».

Al punto, de un estudio integro de los medios probatorios militantes al plenario, dimana evidente que el accionante si se encuentra cobijado por los apremios de la norma, razón de ello, es la certificación laboral expedida por la MINAS LA CUMBRE (folio 64), mediante la cual estableció que el accionante laboró del 15 de enero de 1975 al 4 de agosto de 1985 en el cargo del Rodador y/o Embarcador Minero, el cual se desarrollaba «**BAJO TIERRA EN SOCABONES**». Tiempo relatado que corresponde a **10 años, 6 meses y 20 días equivalentes a 543 semanas**.

Ahora, en lo que corresponde a las labores desplegadas a órdenes de MARCO ANTONIO GARNICA GARNICA de conformidad con las constancias militantes a folios 65 y 70, deviene indudable que el señor POVEDA RODRÍGUEZ siempre ejecutó las funciones como «*picador avanzando labores de socavón: tambores, sobre guías y en frentes de explotación*», patronal que dentro de la misma documental relató que las actividades desplegadas eran de alto riesgo, las que ejecutó desde el «1° de marzo de 2001 hasta el 31 de mayo de 2005», periodos que atañen a **4 años, 2 meses y 3 días – 215 semanas -**.

En lo que respecta a HIPOLITO CANO CASTILLO, se advierte a folio 69 y 72 que el accionante prestó sus servicios personales en el cargo de piquero «*labor subterránea la cual es calificada como alto riesgo*» desde el 21 de agosto de 1992 hasta el 01 de enero del 2000 que incumben a **7 años, 4 meses y 11 días o 379 semanas**.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Concerniente al empleador JHONN CARLOS GARNICA BEJARANO se evidencia que de la certificación expedida y visible a folios 73, 131 y 136, la labor desplegada no corresponde a aquellas desarrolladas en socavones o subterráneos, como quiera que el cargo de malacatero ejecutado por POVEDA RODRÍGUEZ fue «*siempre en superficie y por turnos rotativos*», lo que permite concluir la ausencia de materialización de aquellas labores tituladas como de alto riesgo y, que para el *examine*, deben comportar el desarrollo en socavones o subterráneos. Funciones que no se encuentran mutadas, ni aun con el testimonio de Luis Alberto Lara Bernal (CD folio 160 vuelto), al resultar impreciso, vago y carente de conocimiento en las disquisiciones que rodearon el actual del accionante, al punto que señaló el inicio de labores con tal dador de laborío desde el año 1975.

Así, los tiempos en actividades de alto riesgo antes referidos atañen a **1.137 semanas** laboradas por el señor Evaristo Poveda Rodríguez en cargos de minería bajo socavones.

De suerte que, el supuesto jurídico de que trata el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 referente a las 500 semanas de cotización especial para el 26 de julio de 2003 – fecha de entrada en vigencia del Decreto *ejusdem* - se encuentran acaecidos en el presente asunto, pues el demandante cuenta con 882 semanas catalogadas como especiales para esa fecha y al 1° de abril de 1994 demostró 32 años (folio 21) y 920.25 semanas o su equivalente a 17 años y 10 meses. Aclarando que el párrafo único del artículo 6° no señala que los 15 años de servicios establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debieran efectuarse con el porcentaje adicional para los trabajadores de alto riesgo, muy por el contrario, indicó que «*en adición a los requisitos especiales*» deberán cumplir los previstos en la norma transicional de la Ley 100 de 1993; por lo que, haciendo tal salvedad, logró cumplir con los lineamientos para ser beneficiario del régimen transicional.



06201800039 02

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así las cosas, cumplido el requisito esencial para el otorgamiento pensional, esta Colegiatura procederá a determinar si cumple con los demás pedimentos, bajo los apremios de los arts. 2° y 3° del Decreto 1281 de 1994, que señalan:

«ARTICULO 2o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Sistema General de Pensiones que se dediquen en forma permanente y por lo menos durante 500 semanas, continuas o discontinuas, al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

La pensión especial de vejez se reconocerá por parte de la entidad administradora de pensiones correspondiente con base en la historia laboral del afiliado en donde conste el número de semanas cotizadas en forma especial.

ARTICULO 3o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ. La pensión especial de vejez, se sujetará a los siguientes requisitos:

Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad.

Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas.

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las primeras 1.000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años»

En ese orden, descende de conformidad con las pruebas traídas a juicio, a establecer si el demandante cumple con dichos lineamientos, así:

1.) **Semanas especiales de cotización – Artículo 2°**

De cara a lo anterior, y atendiendo el precedente relato de calendas laboradas por el actor, se constata que se efectuaron aportes a título de «cotización especial» en total 1.137 semanas, superando la norma bajo estudio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

06201800039 02

En lo que respecta al reparo elevado por la apoderada de COLPENSIONES concerniente a la ausencia de cotizaciones especiales, necesario es advertir su desacierto pues conforme los criterios esbozados por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en los casos de mora patronal, la misma no puede ser trasladada al trabajador quien no tiene en su haber procedimental los medios judiciales de defensa real de sus derechos cuando es el empleador quien incumple en las obligaciones prestacionales, pues es la entidad administradora de pensiones quien debe ejercer los cobros coactivos correspondientes para la obtención de los aportes no cancelados, lo anterior de conformidad con el art. 24 de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios No. 1161 y 2633 de 1994.

Decisión jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vista, entre otras y para un caso similar al *sub judice*, en la sentencia SL585 – 2013 rad. 44996 del 21 de agosto de 2013 con Ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Motivo por el cual, siguiendo las determinaciones de la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, quien es la llamada a unificar la jurisprudencia ordinaria de esta especialidad, es que esta Sala de Decisión evidencia, tal como lo determinó la Juez de Conocimiento, que la orfandad en su inclusión dentro del reporte de semanas cotizadas no puede conducir a la eliminación del derecho del reclamante jurisdiccional. Maxime cuando, como se advierte de la certificación laboral expedida por Hipólito Cano Castillo con destino a Colpensiones, adiada 9 de mayo de 2016² se evidencia que el citado patronal adelanto conciliación ante el Seguro Social con pago de 37 millones en marzo de 2008 a fin de cubrir los puntos adicionales adeudados pero que, «pese

² Folio 69



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que se han utilizado los recursos de tutelas, derecho de petición y demás, aún no han sido reconocidos los pagos de puntos adicionales a algunos de los trabajadores».

Precisión que no solo evidencia la falta de gestión oportuna y efectiva por la administradora del régimen de prima media respecto de los aportes debidos a sus afiliados, sino que lleva al traste aquella manifestación invocada en la apelación atinente a encontrarse en una imposibilidad para conocer que trabajadores eran de alto riesgo, como el accionante, pues de la misiva citada en líneas anteriores innegable es concluir que fue precisamente la desidia de esa entidad la que enmarcó la negativa del derecho del accionante y no la carencia de aportes adicionales.

2.) Edad – Numeral 1° del Artículo 3°

Respecto al primer requerimiento normativo, se colige de la documental obrante en el plenario, en especial de la copia del documento de identificación de POVEDA RODRÍGUEZ, folio 21, que cumplió los 55 años de edad el 17 de abril de 2016, por haber nacido el mismo día y mes del año 1961.

3.) Semanas de Cotización – Numeral 2° del Artículo 3°

En lo que respecta a las semanas de cotización, en primera medida suma indicar que la norma en cita no señala que estos aportes deban ser realizados por el afiliado como especiales, es decir, no establece que la totalidad de semanas se hubiesen efectuado mientras laboraba en actividades de alto riesgo y en el porcentaje requerido, pues este pedimento es únicamente para las 500 semanas de que trata el art. 2° del Decreto 1281 de 1994, como requisito indispensable para la apertura del estudio de pensión especial de vejez por alto riesgo.



06201800039 02

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así, se evidencia que el actor cotizó al Seguro Social por el lapso del 15 de enero de 1975 y, hasta por lo menos el 31 de diciembre de 2018 un total de 2.130,29 semanas, cumpliendo a cabalidad con la norma *ejusdem*.

Ahora, en lo que concierne a la disminución de la edad, recuérdese que el inciso último del artículo 3° del Decreto 1281 de 1994 obliga demostrar, para ser acreedor de este derecho, «*La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de **cotización especial**, adicionales a las primeras 1.000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.*». De cara a lo anterior, al contar con 1.137 semanas de aporte especial, dimanando indudable que solo cuenta con 137 semanas adicionales a las 1000 básicas a fin de descontar la edad, lo que comporta 2 años menos al tope máximo, dimanando en su causación el 17 de abril de 2014 como con efecto lo declaró la Juez de primera instancia, y permite concluir la falta de atino en la censura planteada por la parte demandante.

En claro lo anterior, procede esta instancia a establecer la fecha de disfrute de la pensión especial de vejez.

Sea lo primero advertir, que la pensión de vejez especial debe ser otorgada por la entidad administradora de pensiones o por el funcionario judicial, de ser el caso, en el mismo momento en que el afiliado cumple con los requisitos mínimos señalados en la norma pensional, se itera, el 17 de abril de 2014, por la reducción aplicada.

Ahora, la anterior institución jurídico – pensional puede ser modificada en su calenda sí el afiliado a mutuo propio desea seguir cotizando con el fin de incrementar la tasa de reemplazo o la cuantía pensional, a razón de establecer un mejor porcentaje de cotizaciones y por ende un mejor ingreso base de cotización, supuesto que no debe ser negado por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

06201800039 02

la entidades administradoras, pues es la voluntad del afiliado la que se denota desplegada con el propósito de adquirir dicho fin y, que se entiende ejecutada hasta que se presente retiro en el sistema, apreciación que ha sido denominada por la legislación como fecha de disfrute, según los lineamientos del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, correspondiente a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990.

Aspecto que por demás ha sido interpretado por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos, entre otras, la sentencia rad. 38776 de 2011 con ponencia del H. M. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza y sentencia Rad. 41754 de 2012 con ponencia del H.M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego, indicando de manera constante y clara, que si el afiliado aún se encuentra cotizando es porque su querer va encaminado en acrecentar su mesada pensional y obtener una tasa de reemplazo superior y, será entonces, hasta que se retire del sistema o deje de efectuar cotizaciones a la entidad administradora de pensiones, que su querer se entienda transformado en la búsqueda del reconocimiento de la pensión.

Al margen de lo anotado, de las pruebas allegadas al plenario y en especial del reporte de semanas cotizadas en pensiones, se colige que el accionante continúa realizando aportes al sistema de seguridad social en Colpensiones por la posible vigencia de la relación laboral con Jhonn Carlos Garnica Bejarano según da cuenta las certificaciones a folio 73 y 131, así como el testimonio rendido por Luis Alberto Lara Bernal quien manifestó la continuidad en las labores con el citado patronal³, mismo que según el reporte de semanas cotizadas es quien se encuentra adelantando el pago a pensión como empleador, y sin que a la fecha presentara retiro del sistema, al punto que fue la misma apoderada de ese extremo judicial quien al momento de sustentar el recurso de alzada refirió la continuidad en el pago de los aportes al

³ CD folio 160 vuelto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

06201800039 02

subsistema de seguridad social un pensiones, incrementando la tasa de reemplazo a su favor.

En ese contexto, aunque el actor cumple con las semanas necesarias para la adquisición de la pensión de vejez especial, lo anterior no obsta para, de tajo, negar que su querer fue incrementar la mesada pensional y la tasa de reemplazo para efectos de liquidar el IBL, pues así lo demuestra con los aportes realizados a la convocada a juicio, a más, de quedar demostrado que para la data de causación ya contaba con las semanas para la reducción de la edad, lo que sugiere que su querer fue el acrecentar la pensión. Y sin que salga avante aquella alusión de continuidad en las cotizaciones por negligencia e inducción en error por la administradora de régimen de prima media, en la medida que, de una lectura de las resoluciones que zanjaron por vía administrativa las solicitud pensional, se evidencia que de manera alguna ese ente le señaló carencia de aportes, muy por el contrario desde el acto administrativo genitor le resaltó como densidad de cotizaciones la suma 1.927 semanas, las cuales sin lugar a dudas dan paso a una prestación por el riesgo de vejez bajo cualquier norma reglamentaria de tal telemática; sumado a que persiguiendo la pensión por actividades de alto riesgo, ninguna cotización posterior a las resoluciones del año 2015 y 2016 comportaron esa labor.

Enunciado lo anterior, la Sala confirma la determinación del *A – quo*, al indicar que la pensión de la vejez se pagará a partir del día siguiente de retiro del sistema general de seguridad social en pensiones por parte de POVEDA RODRÍGUEZ.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

06201800039 02

forma por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al contestar el introductorio (folio 85).

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existe normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que **«Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto»** (Subraya y resalta la Sala). Bajo este horizonte, se corrobora que al ordenarse el reconocimiento pensional hasta la calenda de retiro definitivo del sistema, supuesto que aún no ha acaecido o no está probado dentro del proceso, evidente emana la inexistencia de mesadas pensionales que puedan afectarse por el fenómeno del trienio prescriptivo.

Circunstancia que en igualdad de considerandos, cobija aquel reclamo de reconocimiento por concepto de intereses moratorio e indexación, ante la orfandad de mesadas pensionales debidas.

COSTAS. Se confirman las costas impuestas por el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual



06201800039 02

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

celebrada el 17 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **EVARISTO POVEDA RODRÍGUEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: COSTAS: Se confirma la condena en costas impuesta por el A-quo. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ALBA LUZ JIMÉNEZ LÓPEZ** CONTRA **BEATRIZ ECHEVERRY QUINTANA** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **ALBA LUZ JIMÉNEZ LÓPEZ** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que la ató con la demandada en el interregno comprendido entre el 10 de diciembre de 1999 al 19 de diciembre de 2017, la cual finalizó sin mediar justa causa por parte del empleador; como consecuencia de la anterior declaración, solita se condene a la encartada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas y no sufragadas en vigencia del vínculo contractual; la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., así como las sanciones de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del Estatuto Sustantivo Laboral; los aportes a seguridad social en salud y pensión; el pago de las mesadas pensionales hasta tanto el fondo pensional asuma dicha prestación; la indexación de las sumas reconocidas; lo que resulte probado ultra y extra *petita* junto con las costas procesales. (fl. 6 a 8 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 8 a 10 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que nació el 19 de diciembre de 1957; que pactó un contrato de trabajo verbal con la demandada; que el vínculo contractual inició el 10 de diciembre de 1999 y finalizó el 19 de diciembre de 2017; que a la fecha de terminación del contrato de trabajo devengó un salario de \$737.717; que ejerció el cargo de empleada doméstica; que cumplía un horario de 08:00 am a 05:00 pm; que el 19 de diciembre de 2017, la empleadora le terminó el vínculo contractual de manera unilateral; que a la finalización de la relación laboral que las ató, el empleador no le canceló las prestaciones sociales a que tenía derecho; que no fue afiliada a seguridad social integral; que a 9 de abril de 2018, cuenta con un total de semanas cotizadas a pensión de 152.43.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La demandada **BEATRIZ ECHEVERRY QUINTANA**, al descorrer el traslado de la demanda se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo introductor, al considerar, en esencia, que en el presente asunto no se configuran los elementos propios de un contrato de trabajo, en tanto la demandante colaboró en el aseo del hogar y en ocasiones ayudaba con la atención de sus hijos, sin que mediara subordinación ni horario de trabajo. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, prescripción de las obligaciones, buena fe, compensación y otras genéricas. (fls. 62 a 71 y 76 a 86 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 30 de septiembre de 2020, resolvió **condenar** a la demandada a pagar el cálculo actuarial de la señora Alba Luz Jiménez López por el interregno del 31 de diciembre de 2002 al 28 de enero de 2015, teniendo en cuenta como salario el mínimo para cada anualidad, **absolver** a la encartada de las demás pretensiones formuladas en su contra, **declarar** probada parcialmente la excepción de prescripción y **condenar** en costas a la parte accionada. (fl. archivo magnetofónico adjunto al expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente proceso se acreditó la presunción de la existencia de un contrato de trabajo que ató a las partes en los términos del artículo 24 del C.S.T., misma que no fue derruida por el extremo pasivo, por lo que deviene que la prestación se hizo de forma personal, subordinada y que la misma gozó de una remuneración, sumó a ello, a pesar del escaso material probatorio que se incorporó a las diligencias, del interrogatorio de parte absuelto por la demandada se logra extraer que la relación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

laboral tuvo sus inicios en el año 2002 y la fecha de fenecimiento acaeció el 28 de enero de 2015. Por último, dio por probado el fenómeno extintivo de la prescripción en tanto entre la fecha de terminación del vínculo contractual y la interposición de la demanda, transcurrió el termino trienal previsto en la norma laboral.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante ALBA LUZ JIMÉNEZ LÓPEZ, interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria parcial de la sentencia, al considerar que el sentenciador de primer grado dio por probado el medio exceptivo de prescripción al restarle valor probatorio a las pruebas documentales y el interrogatorio de parte rendido por el extremo pasivo, en el que se acreditó con suficiencia los extremos temporales de la relación, teniendo para tal fin que el vínculo cesó en el año 2017 y no en el 2015, como lo declarara el *a quo*.

A su turno, el extremo pasivo **BEATRIZ ECHEVERRY QUINTANA**, censuró la determinación a la que arribó el fallador de primera instancia, al considerar que en el presente proceso no se probaron los extremos temporales de la relación laboral y tampoco se acreditó los elementos esenciales del contrato de trabajo.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: En la oportunidad procesal concedida, la parte accionante allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que petitionó se revoque la sentencia de primera instancia con base a que el *a quo* contaba con una serie de elementos de orden legal, facticos y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

probatorios para fallar a favor de la demandante pues con los testimonios rendidos y el interrogatorio de parte se logró demostrar que la demandante laboró al servicio de la demandada, desde el 31 de diciembre de 2002 hasta el 12 de diciembre de 2017, ya que todos los testigos, dieron fe de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se desarrolló la relación laboral, que, aunque no se precisó exactamente, se determinó un promedio de tiempo (hace dos años y medio), con el que el A quo, podía haber calculado el último extremo de la relación laboral.

Parte demandada: Este extremo guardó silencio.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la accionada en la contestación de la demanda y los fundamentos dados en los recursos de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral que se desarrolló en el interregno comprendido entre el 10 de diciembre de 1999 y el 19 de diciembre de 2017.

De ser afirmativa la anterior premisa, establecer si el asunto bajo examine se encuentra cubierto por el fenómeno extintivo de la prescripción.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RELACIÓN LABORAL

Con miras a resolver la *litis* planteada, es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que en lo referente a la relación laboral y los extremos de la misma, desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba, en materia procesal, incumbe a la parte demandante, demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de dicha prestación, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, de conformidad con el artículo 167 del CGP aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL.

Es así, como según el artículo 24 del CST, «*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», de donde se colige, que basta con que el trabajador demuestre la prestación humana del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014.

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate, estima pertinente la Sala proceder a analizar el material probatorio recaudado en el expediente digital, dentro del cual aparece: certificación de servicios prestados (fl. 23); constancias de pagos de primas de servicios y de navidad (fl. 24 a 37); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 38 a 42); certificado de tradición y libertad (fl. 43 a 46); certificación emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil (fl. 47). Del mismo modo fueron escuchados los testimonios de Gloria Irene Albarracín



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Mesa, Mery Aurora Castillo Ubaque, Beatriz Yolanda Builes Jaramillo y Catalina Mutis Nivia, así como los interrogatorios de parte practicados a los extremos contenciosos de la *litis*.

De esta manera, a fin de esclarecer el vínculo contractual que ató a las partes, se tiene que a folio 23 del expediente digital, reposa certificación emitida y suscrita por la señora Beatriz Echeverry Quintana, de la que se desprende que *«Hago constar que la señora ALBA LUZ JIMENEZ LOPEZ, identificada con la C.C. 24.710.043, residente en esta ciudad me colabora en el cuidado de mis hijas, razón por la cual devenga el valor de un salario mínimo mensual legal vigente»*.

Ahora bien, fue absuelto el interrogatorio de parte por la señora Beatriz Echeverry Quintana del que se desprende, que al cuestionársele respecto de la vinculación que tuvo con la demandante, aquella contestó que *«Yo le dije que trabajara conmigo»*, y al cuestionársele respecto de las funciones que ejecutó la actora, afirmó *«Que me ayudara aquí en los servicios de la casa y en el cuidado de mis hijas»*, en tanto al tipo de contrato que suscribieron, la señora Quintana señaló que la vinculó de forma verbal.

En lo atinente a las testigos Gloria Irene Albarracín Mesa, Mery Aurora Castillo Ubaque, Beatriz Yolanda Builes Jaramillo y Catalina Mutis Nivia, todas aquellas fueron constantes en señalar que la accionante, en efecto, prestó sus servicios a favor de la demandada, en algunos momentos de tiempo completo y en otros de medio tiempo, sin brindar claridad en torno al horario en que la accionante prestó su fuerza de trabajo para con la accionada.

De cara a lo hasta aquí expuesto, oportuno resulta indicar para esta Sala, que entre las partes efectivamente existió una relación de carácter laboral, pues pese al escaso material probatorio aportado a las diligencias, se logró acreditar los elementos esenciales del contrato de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

trabajo enunciados en el artículo 23 del C.S.T. Así, en primer lugar,, en lo que atañe a la prestación de los servicios personales de la señora Jiménez López en favor de la demandada Echeverry Quintana, la misma resulta acreditada, en tanto es la misma señora Echeverry Quintana quien así lo confesó al absolver el interrogatorio de parte, pues a su decir, la contrató para que le ayudara en el servicio de la casa y el cuidado de sus hijas, aspecto que se acompasa con la certificación vista a folio 23 y los testimonios recaudados en el proceso.

En lo que refiere a la subordinación, la misma se encuentra probada pues al absolver el interrogatorio de parte, la accionada fue conteste al indicar que era aquella quien impartía directamente las ordenes a la señora Jiménez López, tales como qué preparar de alimentos para la hora del almuerzo, aspectos que guardan relación con lo declarado por la demandante en su declaración de parte vertida a las diligencias. Del mismo modo, en lo que tiene que ver con la remuneración, se tiene que a folio 23 del informativo, se allegó certificación expedida por la accionada, en la que señala que la demandante devengó un salario mínimo legal mensual vigente.

En cuanto a los extremos del vínculo laboral, las testigos Gloria Irene Albarracín Mesa y Mery Aurora Castillo Ubaque, señalaron que la demandante inició labores desde el mismo momento en que la comenzaron a tratar, para el caso de Mery Aurora Castillo Ubaque fue desde 1999, y en lo que atañe a Gloria Irene Albarracín Mesa, aquella se mostró dubitativa, en tanto en un primer momento señaló que desde el 2004, y luego afirmó que desde hace 17 años que conoció la actora ya laboraba para con la encartada.

En cuanto a los interrogatorios de parte, ninguno de aquellos ofrece claridad alguna al respecto, pues ni la demandante ni la demanda logran concretar una fecha exacta del inicio de las labores, tan sólo se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

puede extraer que la demandante comenzó a prestar su fuerza de trabajo cuando una de las hijas de la demandada se encontraba en brazos.

Lo mismo acaece con el extremo final de la relación laboral, pues a ninguna de las testigos les consta de forma directa la fecha en la que cesó el vínculo contractual, y si bien, se aportaron una serie de constancias de pago de primas de servicios (fl. 24 a 37), ninguna de ellas se encuentra rubricada por la encartada y tampoco se puede advertir que la emisión provenga de aquella lo que resta valor probatorio a dicha documental.

En este punto, considera la Sala oportuno hacer un alto en el estudio de la búsqueda de los extremos temporales de la relación laboral, para de este modo, realizar una valoración más apropiada de los documentos que fueron traídos al proceso por la parte demandante y que fueran desconocidos por el extremo pasivo en la contestación de la demanda.

Sobre el particular, el artículo 244 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CP.T., y de la S.S., dispone que:

«Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.»

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso...».

En cuanto a la autenticidad y valor probatorio de los documentos, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 6557 de 2016 2016 enseñó que «... considera la Sala que la firma no es la única forma de verificación de autenticidad de un documento, pues existen otros medios o signos que permiten establecer de manera segura la identidad de su creador



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

o imputarle a la entidad su autoría, tales como marcas, improntas, sellos y todos los demás que sean apropiados para tal fin, a lo que se suma que la misma conducta procesal asumida por la parte de la demandada, puede servir como medio adecuado de atribución de autoría de un documento, cuando, por ejemplo, es ella quien lo allega, en el evento de que reconoce su contenido en forma expresa o implícita o construye su alegato defensivo, teniendo en cuenta ese documento carente de suscripción, de modo que pudiera predicarse una comunidad de prueba».

Del anterior contexto normativo y jurisprudencial se extrae, que se tendrá como documento autentico aquel del que se extrae con certeza, la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado o cuando exista convicción de la persona a quien se le atribuya el documento, lo que implica, que el simple hecho de no plasmar la rúbrica en el cuerpo del manuscrito, no le resta autenticidad al mismo, pues existen otros medios de convicción que pueden llevar a esclarecer de manera segura la identidad del creador, tales como marcas, improntas, sellos y todos los demás que sean apropiados para tal fin, o que en el devenir del proceso se reconozca la autoría de forma expresa o tácita, esta última cuando no se tacha de falso o se desconoce su autenticidad por parte del extremo al que se le imputa la creación.

Al descender en el *sub lite*, se tiene que obran una serie de constancias de pagos a folios 24 a 37, de los que se desprende el reconocimiento de prima de servicios y de navidad, sin embargo, al examinar la documental referida, observa la Sala, que si bien se hace constar que la señora Beatriz Echeverry Quintana le reconoce una suma dineraria a la demandante, en dichas constancias no obra firma por parte de la señora Echeverry Quintana que permita establecer la autoría del documento, tampoco se puede evidenciar logo, improntas o sellos que arrimen al convencimiento de la emisión de tal constancia, por el contrario, su autenticidad fue censurada por el extremo pasivo, y contrario a lo manifestado por la apoderada de la parte demandante en su recurso de apelación, la encartada no reconoció la elaboración



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de las citadas documentales, pues si bien admitió la emisión de las certificaciones, ello lo realizó frente a aquellas que rubricó.

Bajo esta óptica, razón le asiste al sentenciador de primer grado al restar valor probatorio a las constancias de pago allegadas por la parte convocante a juicio. Así se afirma, por cuanto como se indicó en precedencia, no existe medio probatorio alguno que conduzca a establecer la autoría de tales constancias.

Establecido lo precedente, y retomando la constatación de los extremos de la relación laboral, y como quiera que no existe certeza de la fecha del inicio y fin del vínculo contractual, valido resulta traer a colación lo que sobre el particular enseñó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al estudiar la fijación de los extremos temporales cuando aquellos no se encuentran acreditados de forma precisa en el proceso. Así, la alta Corporación en la sentencia SL-905 de 2013 y reiterada en la sentencia SL 1181 de 2018, con ponencia del Magistrado Fernando Castillo Cadena moduló que:

«En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado»

Para el caso de autos, si bien reposan constancias de pago de primas de servicios y navidad que datan de desde el 2011 y hasta el 31 de diciembre de 2017, lo cierto es, que como se indicó en precedencia, al no tenerse certeza en torno a la parte que emitió dicha certificación, y al haberse desconocido tales documentos por la parte demandada, no puede imprimírsele el valor probatorio que pretende la convocante a juicio, por lo que para establecer el inicio de la relación contractual, esta Corporación tomará como referente la confesión efectuada por la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

señora Beatriz Echeverry Quintana, pues al cuestionársele respecto a la fecha en que contrató a la demandante aquella afirmó que «*No recuerdo, no me acuerdo si fue en el año 2002, algo así, después de que nació mi hija pequeña*», fecha que se aproxima a la depuesta por la testigo Gloria Irene Albarracín Mesa, quien pese a no tener claridad, y al mostrarse dubitativa, manifestó que «*Ella entró a trabajar, umm no, no me acuerdo bien, ella en el 2004, me parece más o menos. Yo la distinguí a ella hace 17 años, ella ya estaba trabajando donde la señora Beatriz*», y sin que medie prueba alguna que disponga lo contrario, en tanto la misma demandante no recuerda con precisión la fecha de inicio de sus labores, al desconocerse con precisión la fecha exacta de la vinculación, bajo las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, valido resulta fijar dicho extremo a partir del último día del último mes del año, en este caso, el 31 de diciembre de 2002, en atención a la confesión efectuada por parte de la demandada.

En lo que atañe al extremo final, si bien las testigos Gloria Irene Albarracín Mesa y Mery Aurora Castillo Ubaque, señalan de forma imprecisa que les parece que la demandante laboró hasta el año 2017, pues en el caso de la señora Ubaque, para la presunta fecha de fenecimiento del vínculo contractual ya no residía cerca del domicilio de trabajo de la demandante y afirmó que le consta de aquella fecha en tanto la promotora del juicio así se lo comentó, y la señora Gloria Irene manifestó que le constaba las labores desempeñadas por la señora Jiménez López porque le cuidaba el nieto a la accionante, ninguno de estos dichos ofrece certeza de la efectiva prestación del servicio hasta el año 2017, pese a ello, lo que sí se puede constatar de forma fehaciente, es que al menos hasta el 28 de enero de 2015, la actora se encontraba prestando los servicios para con la encartada, por lo que será este el extremo que fijará la Sala como de fenecimiento de la relación contractual.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida forma por el extremo pasivo al contestar el *libelo* introductor.

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que: «...Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto...». En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el *petente* eleve reclamación de los derechos que persigue le sean reconocidos, eso sí, dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción.

Así mismo, el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., establece que «*Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual*».

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación interna CSJ SL4222 de 2017, enseñó que:

«... es bueno empezar por recordar que la prescripción extintiva es una institución del ordenamiento jurídico tendiente a dar estabilidad, firmeza, certidumbre y carácter definitivo a los derechos, propósito que no se logra si no se cumplen con estrictez y justeza los marcos normativos que la regulan, pues de otro modo el resultado producido por su indebida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

aplicación o su erróneo entendimiento no habrá de ser la seguridad jurídica perseguida por el legislador, sino, cosa bien distinta, la justificada insatisfacción social derivada de la pérdida de oportunidades y derechos que un proceder de tal entidad conlleva.

Esta última es una de las más cardinales razones para que la jurisprudencia y la doctrina consideren que la prescripción extintiva no sea un instituto de interpretación amplia o extensiva, sino todo lo contrario, de interpretación estricta o 'restrictiva', predicamento que debe aplicarse con mayor énfasis en el derecho del trabajo, por no estar fundado dicho instituto en este específico campo del derecho en razones últimas de justicia, sino en específicas necesidades de seguridad jurídica».

Del anterior contexto normativo y jurisprudencial se extrae que, en efecto, en materia laboral el fenómeno extintivo de la prescripción se encuentra reglado de forma expresa por los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S., de los que se extrae que toda acción tendiente a reclamar derechos emergentes del vínculo laboral, por regla general, prescriben a los tres (3) años contados a partir del momento en que la obligación se hace exigible, siempre que, no se haya elevado reclamación ante el empleador en procura del reconocimiento de las prestaciones adeudadas, pues de presentarse dicha situación, a la luz del artículo 489 del C.S.T., esa reclamación tiene la virtualidad de interrumpir el fenómeno extintivo y extiende la aplicación de la prescripción por un periodo igual a los primeros tres (3) años.

Ahora bien, existen eventos en los que el ex trabajador omite reclamar ante su empleador las prerrogativas laborales a que tiene derecho, y es tan sólo con la demanda que pretende poner un alto a las consecuencias jurídicas extintivas previstas en la legislación laboral, evento en el cual, jurisprudencialmente se ha admitido la aplicación del artículo 94 del C.G.P., norma aplicable a los juicios del trabajo por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., ello, para efectos de interrumpir la prescripción.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso objeto estudio, la Sala encuentra, que ningún reproche merece la intelección a la que arribó el sentenciador de primer grado. Así se afirma, por cuanto como se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

indicó en precedencia, al tenerse como fecha de ruptura del vínculo contractual la data de 28 de enero de 2015, la promotora del juicio contaba con un término de tres años, bien para elevar la reclamación al empleador y así extender los efectos de la prescripción hasta por tres años más, o bien para formular la demanda y procurar interrumpir el acaecimiento del fenómeno extintivo, razón por la que, a efectos de evitar la prescripción, la promotora del juicio contaba hasta el 28 de enero de 2018, para tratar de interrumpir el citado fenómeno extintivo.

Al constatar el material probatorio allegado a las diligencias, no se advierte reclamación alguna que fuera formulada por la demandante ante la demandada en procura de obtener sus derecho laborales, y es sólo con la interposición de la demanda que buscó suspender el término de prescripción, en tal virtud, como quiera que la demanda se radicó en la oficina judicial de reparto el 17 de septiembre de 2019 (fl. 51 del expediente digital), resulta patente que, en el caso de autos, ya había operado el fenómeno extintivo de la prescripción sobre todas las prestaciones sociales reclamadas en la demanda, incluso, sobre aquellas que se derivan de las vacaciones y las cesantías, mismas que tienen un término extintivo disímil a las demás; aclarando, que tal fenómeno no afecta los aportes a seguridad social en pensión, en tanto como lo ha expuesto el órgano de cierre en materia laboral, mientras el derecho pensional se encuentre en construcción, la prescripción no tiene la virtualidad de afligir las cotizaciones que el empleador debe realizar a favor de su trabajador. Razón por la cual, se confirmará lo resuelto sobre este aspecto.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000, para cada una.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En mérito de lo expuesto, el **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 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 30 de septiembre de 2020, en el proceso ordinario laboral promovido por **ALBA LUZ JIMÉNEZ LÓPEZ** contra **BEATRIZ ECHEVERRY QUINTANA**, en atención a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000, para cada una.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', written in a cursive style.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-