



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CATHERINE ANDREA DROGEMULLER LOZANO antes CATHERINE ANDREA LOZANO RENDÓN contra ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. Y MARÍA IRENE HERNÁNDEZ MUÑOZ.

RADICADO: 11001 31 05 038-2017-00322-01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación concedido a favor de MARIA IRENE HERNÁNDEZ MUÑOZ, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de febrero de 2020.

Por otra parte se advierte que los apoderados de la parte demandante y demandada, presentaron escrito exponiendo sus alegatos de conclusión de conclusión.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en un porcentaje del 50%, con ocasión de la muerte de su

compañero permanente **JUAN CARLOS GUTIERREZ CHÁVEZ**, quien falleció el 3 de abril de 2004, junto con los intereses moratorios, indexación y las costas del proceso.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que en virtud de la póliza que suscribieron los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, efectuó el pago de la prestación de manera cumplida, tanto a la demandante, como a los hijos del afiliado fallecido, situación que se mantuvo hasta finales de enero de 2009, cuando la señora María Irene Hernández, alegando su calidad de compañera permanente, procedió a reclamar la prestación, por lo que en cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1264 de 2008, procedió a suspender el pago, hasta que el juez competente resolviera la controversia. Propuso las excepciones de ausencia de responsabilidad del asegurado, ausencia de incumplimiento del contrato de seguro, improcedencia del pago de los intereses de mora e improcedencia de las condenas ultra y extrapetita. (fls. 390-406).

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.**, luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que al existir dos solicitudes de pensión de sobrevivientes por la muerte del causante JUAN CARLOS GUTIERREZ CHÁVEZ, es la jurisdicción ordinaria laboral, la que debe definir a quien le corresponde el derecho o la proporción en que debe ser adjudicado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación por ausencia de causa, inexistencia de la obligación de pago, prescripción, compensación y buena fe (folio 466-476)

Entre tanto la señora **MARÍA IRENE HERNÁNDEZ MUÑOZ**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la demandante no convivió con el afiliado. Propuso las excepciones falta de legitimación en la causa por activa, carencia absoluta de causa para demandar, mala fe, inexistencia de los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, fraude procesal, falso testimonio y prescripción (folio 324-329). Adicionalmente presentó demanda, alegando su calidad de tercera ad

excludendum, solicitando el reconocimiento y pago de la prestación, atendiendo que mediante fallo proferido por un Juzgado de Familia se declaró la unión marital con el cuasante.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 21 de febrero de 2020, el Juzgado profirió sentencia en el siguiente sentido:

“PRIMERO: Declarar que a la señora Katherine Andrea DrogueMüller Lozano antes Catherine Andrea Lozano Rendón, en su calidad de compañera permanente supérstite del causante Juan Carlos Gutiérrez Chávez, le asiste el derecho a que en forma vitalicia le sea pagada la pensión de sobrevivientes a través o en el marco de la póliza de renta vitalicia contratada con seguros de vida suramericana y que, en consecuencia, esta entidad proceda a hacerle el pago correspondiente, a partir de primero de enero del año 2009, momento en el cual se suspendió el pago respectivo.

SEGUNDO. Teniendo en cuenta que a favor de la demandante Katherine Andrea Drogue Müller Lozano antes Katherine Andrea Lozano Rendón, procede el reconocimiento de proporciones de mesadas pensionales causadas desde el primero de enero del año 2009, los valores respectivos deberán ser indexados, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula, índice final sobre índice inicial por valor histórico, que corresponde a la proporción de mesada pensional que le corresponde a la actora, igual a valor indexado, debiendo tomarse como índice inicial del mes de causación de la respectiva proporción de mesada pensional de sobrevivientes y como índice el final de la fecha en que se verifique el pago respectivo por parte de seguros de vida Suramericana, en virtud de la póliza de renta vitalicia que se contrató en un inicio.

TERCERO: Declarar que a la señora María Irene Hernández Muñoz no acreditó su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, derivada del fallecimiento del señor Juan Carlos Gutiérrez Chávez, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: Excepciones dadas las resultas del juicio, el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas respecto de las determinaciones aquí adoptadas.

QUINTO: Sin costas en la instancia.

SEXTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el superior, las partes tienen legalmente notificadas en estrados.”

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA MARÍA IRENE HERNÁNDEZ MUÑOZ.

Indicó en síntesis que las pruebas aportadas daban cuenta que el afiliado fallecido tuvo una convivencia simultánea con la demandante principal, y con ella. Preciso que el juez para descartar la convivencia que sostuvo con el señor JUAN CARLOS GUTIERREZ, valoró una declaración extrajuicio allegada por la accionante en copia simple, a sabiendas que dicho documento no cumplía con los presupuestos establecidos en el artículo 245 del C.G.P. Así mismo agrego que el juez desconoció la sentencia emitida por las autoridades judiciales competente, que declaraban la unión marital de hecho con el afiliado, y el expediente de sucesión, material probatorio que se ajusta a lo contemplado en el artículo 174 del C.G.P, en cuanto a la prueba trasladada, la que pudo ser controvertida por la demandante. Igualmente manifestó que no se valoraron las fotografías, ni las declaraciones de los testigos, que enunciaban sobre su convivencia con el asegurado fallecido. Por último, afirmo que la excepción de prescripción afecto las mesadas causadas a favor de la señora DROGEMULLER LOZANO.

V. CONSIDERACIONES

En virtud de lo señalado en el artículo 66 del CPT y de la *SS-principio de consonancia*-, la Sala examinará si la señora MARIA IRENE HERNANDEZ, le asiste el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del señor JUAN CARLOS GUTIERREZ, por haber acreditado un término mínimo de convivencia previos al fallecimiento del afiliado.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014). *“La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de una afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley.”* Y que por regla general, *“la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la*

fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral.”

En este asunto no se encuentra en controversia que, el señor **JUAN CARLOS GUTIERREZ CHAVÉZ**, falleció el 03 de abril de 2004 (folio 134), que con ocasión al deceso del asegurado, **SURAMERICANA**-en atención a la modalidad escogida- procedió a reconocer a favor de la señora CATHERINE ANDREA LOZANO RENDON, en calidad de compañera permanente, MARIA CAMILA GUTIERREZ HERNANDEZ Y JUAN DAVID GUTIERREZ HERNANDEZ (hijos), la pensión de sobrevivientes partir del 1 de enero de 2005, la que fue suspendida a favor de la demandante, el 19 de enero de 2009, cuando la entidad recibió reclamación de la señora MARÍA IRENE HERNÁNDEZ MUÑOZ. (folio 139, 167 y 171), por lo que la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece que:

“En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanentes supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte (...).

(...)

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

fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”.

Cabe precisar, que cuando se alega convivencia simultánea, esta se tiene que demostrar durante los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del pensionado. Así lo ha explicado la Sala de Casación Laboral en sentencia con radicación n.º45779 de 2018.

Realizadas las anteriores precisiones, y descendiendo al caso objeto de análisis, se tiene que la señora MARÍA IRENE HERNÁNDEZ MUÑOZ, reclama el derecho pensional con fundamento en la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto de Familia que declaró la unión marital de hecho con el señor JUAN CARLOS GUTIÉRREZ CHÁVEZ desde el 28 de febrero de 1989 al 3 de abril de 2004.

Pese a la decisión judicial enunciada, ha de precisarse que la norma citada solo hace alusión a una convivencia por un término de cinco años previos al fallecimiento del asegurado, es decir, que para ésta Sala el concepto de compañera surge de la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia, de asistencia mutua, de solidaridad, de realización de una familia, independiente de la declaración y del concepto de unión marital de hecho, por lo tanto la figura jurídica mencionada está consagrada en la legislación para regular efectos patrimoniales diferentes a los derivados del derecho laboral y seguridad social.

Lo anterior por cuanto al analizar la sentencia dictada por el Juzgado de Familia, se logra determinar que el operador judicial, de conformidad con el contenido de la Ley 54 de 1990, encontró probado que entre la señora HERNANDEZ MUÑOZ y el señor GUTIÉRREZ CHÁVEZ, existió una convivencia por un lapso de dos años, tiempo suficiente para declarar la unión marital de hecho, mientras que en materia de seguridad social, se requiere para la causación del derecho pensional, un término mínimo de convivencia de 5 años, ello en razón a que finalidad de la pensión de sobreviviente que no es otro, que suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado al grupo familiar del cual recibió apoyo y asistencia mutua.

Luego entonces, no es posible derivar la convivencia de los cinco años previos al fallecimiento del deceso, de la sentencia emitida por el Juez de Familia o del proceso de sucesión, pues se reitera que los mismos se surtieron para regular efectos patrimoniales diferentes a los derivados del derecho laboral y seguridad social, más cuando las pruebas allí practicadas no fueron controvertidas por las partes del presente asunto.

Ahora, tampoco es posible derivar el tiempo mínimo de convivencia exigido por la Ley 797 de 2003, de las declaraciones por los testigos, por cuanto no dan cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentó la supuesta convivencia entre la señora HERNÁNDEZ MUÑOZ y el causante, por las razones que a continuación se indican:

El testigo LUIS ALIRIO ROJAS RODRIGUEZ, manifestó conocer a MARÍA HERNÁNDEZ MUÑOZ desde el año 2002, luego no puede dar fe de un término de convivencia de cinco años, por cuanto el deceso del señor ocurrió en abril de 2004. Además, pese a que fue en varias oportunidades al lugar de habitación de la mencionada señora, nunca conoció al afiliado.

La testigo TERESA RUIZ MOLINA, adujo conocer a la señora MARIA HERNÁNDEZ, desde diciembre de 1995, frente a la pregunta durante cuánto tiempo convivió la mencionada pareja, señaló: *“La verdad yo siempre los vi ahí en el apartamento hasta cuando el falleció, siempre los veía entrar, salir con sus hijos”*; empero nótese que no precisa el término ni los extremos de la convivencia, por el contrario tan solo enuncia que los veía en el apartamento, sin indicar en que calidad-*padre o compañero permanente*-. Máxime cuando manifiesta que no le consta que la pareja se haya separado, que solo los veía siempre a los dos.

Adicionalmente, la precitada testigo afirmó que cada vez que se le enfermaba su hijo, se iba a vivir a la vivienda de sus hermanas, que se enteró del fallecimiento del señor GUTIERREZ, por comentarios de sus vecinos, pues se encontraba viviendo para dicha calenda en casa de sus parientes: *“no, yo me entere por los vecinos, porque yo pues estaba ahí, cuando me entere, yo estaba viajando, me aleje un ratico del apartamento porque yo me quedaba*

mucho donde mis hermanas, y regrese y me comentaron que había fallecido". Por lo tanto, tampoco de esta declaración se puede derivar la convivencia.

Finalmente la testigo MONICA VARGAS, quien dice conocer a la tercera excludendum, desde hace 30 años; sin embargo, aseguró que desde el año 2002 o 2003 se enfermó uno de sus hijos, por lo que no estuvo pendiente de la señora HERNÁNDEZ MUÑOZ y su compañero *"No, no, Cristian enfermó en el 2002 del 2002 al 2003, algo así fue cuando nos dijeron, sé que fue en el mes de septiembre, y yo ahí me despegue mucho de la gente, inclusive de la señor María Irene, porque yo estaba en lo que estaba, yo tenía que estar cuidando a Cristian, porque eso era mi prioridad, Cristian toda vía todavía era menor de edad en ese tiempo yo era la que tenía que cuidarlo, no tengo a nadie más"*.

Por otra parte, los testimonios solicitados por la parte demandante, dieron cuenta que el asegurado vivió con la señora MARÍA HERNÁNDEZ MUÑOZ, hasta el 98 o 99, y después con CATHERINE ANDREA DROGEMULLER LOZANO, hasta el día de su muerte.

El señor GERMAN GUTIERREZ, quien fue hermano del afiliado, preciso frente a la duración de la relación sentimental de la pareja conformada por el asegurado y la señora HERNÁNDEZ: *"por ahí en el año 89, aproximadamente 10 años, hasta el año 98, o sea hasta el 99 más o menos"*, que desde el 98, su hermano vivió con la señora Drogemuller, y que la recurrente a partir de esa anualidad nunca hizo parte de eventos familiares. En igual sentido se pronunció la señora ALCIRA BOLIVAR BARRERA, quien fue cuñada del causante, al manifestar que en el año 1999, el señor GUTIERREZ se fue a vivir con su novia "Catherine", dejando a su anterior compañera. Por último la hermana MARLENE GUTIERREZ del fallecido, dijo que cuando regreso de México, en el año 2004, su hermano se encontraba viviendo con la señora Drogemuller.

A lo anterior se agrega, que obra dentro del expediente una declaración rendida por el señor JUAN CARLOS GUTIÉRREZ, el día 5 de febrero de 2004, dos meses ante de su deceso, en la que enunciaba que convivía con la señora CATHERINE ANDREA LOZANO RENDON *"desde hace 5 años"*,

documento que cuenta con valor probatorio de conformidad con lo determinado por el parágrafo del artículo 54 del C.P.T y SS, más cuando no fue tachado de falso en la oportunidad procesal correspondiente –*artículo 269 del C.G.P-*

El anterior material probatorio resulta suficiente para concluir que la demandada MARÍA HERNANDEZ MUÑOZ, no convivió con el afiliado por un término mínimo de cinco años, previos a su deceso, para la causación del derecho pensional.

Finalmente se considera que la recurrente no estaba facultada para alegar la excepción de prescripción en perjuicio de la demandante principal, habida consideración que además de no tener derecho al beneficio pensional, quien tenía legitimación para ello era la entidad encargada del reconocimiento. De manera que, la sentencia de primera instancia será confirmada.

Costas. Sin costas en esta instancia

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de febrero de 2020, conforme se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notifica en estrados.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ÚLTIMA HOJA DEL PROCESO ORDINARIO N.º038 -2017-00322-01, PROMOVIDO POR CATHERINE ANDREA DROGEMULLER LOZANO CONTRA PROTECCIÓN Y OTROS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GLORIA FANNY PULIDO RODRIGUEZ contra ALIANZA ASOCIATIVA CTA y solidariamente contra CICON S.A., MENZEL RAFAEL AMIN AVENDAÑO Y KARINA EUGENIA AMIN AVENDAÑO

RADICADO: 11001 3105 028 2012 00096 02

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la parte demandante contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 02 de septiembre de 2019.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo “entre las partes” desde el 7 de julio de 2006 al 4 de abril de 2008. Como consecuencia de dicha declaración solicita se condene a la demandadas al pago de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas, vacaciones, indemnización moratoria y por despido injusto, sanción por no consignación de cesantías, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, subsidio familiar y costas del proceso. Sustento sus pretensiones en que firmó un contrato de trabajo a término indefinido por intermedio de la Cooperativa Alianza Asociativa, para prestar sus laborales en la Compañía Cicon S.A.

Aseguro que el cargo desempeñado fue el de Trabajadora Social-Residente de Obra, actividad que desempeñaba desde las 7:00 a.m. hasta las 5:00 p.m., de lunes a sábado. Preciso que el 4 de abril de 2008, la Cooperativa canceló el convenio de trabajo, alegando que la usuaria no requería el servicio. Finalmente señaló que durante la vigencia de la relación laboral no le fueron pagadas sus acreencias.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA COOPERATIVA ALIANZA ASOCIATIVA CTA, por medio de CURADOR ADL-LITEM, dio contestación como aparece de folios 64-67, aduciendo no constarle ninguno de los hechos narrados en el escrito de demanda y proponiendo la excepción denominada genérica.

Por su parte el señor **MENZEL RAFAEL AMIN AVENDAÑO**, luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que nunca suscribió, ni celebró un contrato de trabajo con la demandante. Que además la accionante no logró demostrar la prestación personal del servicio, como tampoco que hubiese recibido un salario, ni la subordinación que supuestamente le impartió. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe, prescripción, compensación y buena fe. En igual sentido se pronunció la demandada **KARINA EUGENIA AMIN AVENDAÑO**. (Folio 202-235).

La sociedad **CICON S.A.** también dio contestación a través de Curador ad-litem, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la demandante se encontraba vinculada a la Cooperativa de Trabajo Asociado CTA, y como asociado participaba en la organización de las actividades de trabajo. Propuso las excepciones prescripción y falta de causa.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de septiembre de 2019, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante.
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.
TERCERO: DE NO SER APELADA la decisión consúltese con el Superior”

IV. CONSIDERACIONES

En virtud de lo señalado en el artículo 69 del CPTSS, la Sala examinará si entre la señora GLORIA FANNY PULIDO RODRIGUEZ y la sociedad CICON S.A., existió un contrato de trabajo entre el 7 de julio de 2006 y el 4 de abril de 2008, actuando como intermediario la Cooperativa demandada. En caso afirmativo, revisar si procede la condena por prestaciones sociales, vacaciones, sanción por consignación de las cesantías e indemnización moratoria.

Sobre el particular, el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, consagra los elementos esenciales, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la continua subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento, indica que *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*.

Ahora, en forma pacífica la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Cierre, ha indicado que la referida presunción legal, opera a favor del trabajador cuando este acredita la prestación personal del servicio, para que entonces se traslade al demandado, la carga de probar que el vínculo que mantuvo con el demandante no estuvo regido por un contrato de trabajo.¹

¹ C.S.J., Sala Casación Laboral, sentencia 39377 del 29 de junio de 2011. *“En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”*

Sobre la legislación de las CTA, vale recordar que, el artículo 70 de la Ley 79 de 1998-*norma vigente para las fechas señaladas en el escrito de demanda* señala que las cooperativas son “*aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios*”.

A su vez, el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006 “*Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado*”, establece que estas son organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales, las cuales simultáneamente son gestoras y contribuyen económicamente a las mismas. Igualmente, **son aportantes directos de su capacidad de trabajo** para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el propósito de generar en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

En la Sentencia C-211 de 2000, la Corte Constitucional, además de señalar las características sobresalientes de esta clase de organizaciones, en cuanto a que son organizaciones solidarias, que brindan la posibilidad a varias personas de agruparse para acometer una actividad sin ánimo de lucro mediante el aporte de la capacidad laboral de sus integrantes, recalcó que dada la entidad entre el asociado y el trabajador, la relación entre este y la cooperativa no se regula, en principio, por el Código Sustantivo del Trabajo, sino por los estatutos que definen, entre otras materias, el manejo y administración, su funcionamiento, el régimen de trabajo, seguridad social y compensaciones, el reparto de excedentes y todos los demás asuntos relacionados con el cumplimiento del objeto social.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en forma reiterada, sobre los contratos comerciales que celebran las CTA para prestar un servicio, ejecutar una obra o producir un bien determinado, ha indicado que

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

estos convenios no pueden ser utilizados en forma fraudulenta para ocultar el verdadero contrato de trabajo, por lo que sí en el proceso se demuestra que el demandante estuvo sujeto a **la subordinación jurídica** respecto de los beneficiarios del servicio, se configura entonces con este un verdadero contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad previsto en el artículo 53 de la CPN.²

Luego precisado lo anterior y al descender al caso objeto de estudio, se tiene que aun cuando no son claras las pretensiones enunciadas en la demanda, habida cuenta que al revisar las mismas, la actora pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las “partes” sin concretar cuál de las demandadas, pero al remitirnos al acápite de los hechos, manifiesta “el contrato fue ejecutado a término indefinido, por intermedio de la Cta Alianza Asociativa” y seguidamente señaló: “*La primera labor encomendada a mi poderdante fue al contrato IDU-BM-238-2004, ejecutado por el contratista CICON EJ PACHECO, adscrito a CICON S.A. y representada por su gerente ANIBAL OJEDA.*” (Folio 68)

En este orden de ideas, entiende esta Sala de decisión que lo pretendido por la accionante es que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la compañía CICON S.A. y como simple intermediaria a la COOPERATIVA ALIANZA ASOCIATIVA.

Así las cosas, de las pruebas obrantes dentro del proceso, se encuentra que a folio 79 existe una certificación expedida por la COOPERATIVA ALIANZA ASOCIATIVA CTA, a través de la cual se indica:

*“Que el(la) señor (a) PULIDO RODRIGUEZ GLORIA FANNY
identificada (a) con CC 52.221.709 asociado (a) activo (a) desde el 11*

² C.S.J. SALA LABORAL, Sentencia No. 25713, seis (6) de diciembre de dos mil seis (2006). “Por esa razón, cuando se ha contratado a una cooperativa de trabajo asociado para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinados bienes, **es claro que en el evento de que los trabajadores que adelanten la ejecución de las actividades en desarrollo del respectivo contrato se hallen sin duda sujetos a una subordinación típicamente laboral respecto del beneficiario del servicio**, de la obra o de la producción de bienes, deberán ser considerados como sus trabajadores para todos los efectos legales, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo, como con acierto lo concluyó en este caso el Tribunal, lo cual es fiel trasunto del principio de la primacía de la realidad, elevado hoy a rango constitucional por el artículo 53 de la Constitución Política.

de julio de 2006 vinculado (a) mediante contrato Trabajo Asociativo desempeñando el cargo de TRABAJADORA SOCIAL., con una compensación \$1.000.000 (Un millón de pesos m/cte)”

Adicionalmente, se acreditó que mediante escrito del 11 de abril de 2008, la Cooperativa le informó a la actora, lo siguiente (folio 97):

“Por medio de la presente de acuerdo a los regímenes de la Cooperativa y el acuerdo cooperativo suscrito entre Ud. y la cooperativa, le informamos la imposibilidad de continuar con el cargo que venía desempeñando. A PARTIR DEL 12 DE ABRIL DE 2008; así mismo presentarse en el CENTRO MEDICO 54, ubicado en la Carrera 13 N°.49-15 Segundo (2º) piso y practicar los exámenes médicos de egreso.”

Ahora en el interrogatorio de parte, la demandante aseguró que no ha suscrito ningún contrato o convenio con la Cooperativa de Trabajo asociado: *“según lo que yo tengo claridad, es que yo nunca suscribí un contrato como tal con Alianza Asociativa, que lo que sucedió allí, que por escrito lo que sucedió allí fue que ellos comenzaron a tenerme entre sus diferentes empresas y comenzaron obviamente hacer a mandarme dentro de sus empresas, pero yo obviamente reconozco Alianza Asociativa, si a mí me estaba pagando pero por intermedio de ellos, o sea Cicon y J pacheco y todos los Cicon le giraban Alianza y ellos a mí me pagaban.”*

Por otra parte la demandante en su interrogatorio, preciso que no tiene claro con quien firmó el contrato de trabajo, si con el señor MENZEL AMIN padre y MENZEL RAFAEL AMIN AVENDAÑO, hijo: *“en ese momento la persona encargada de firmar contrato era el señor Carlos Pulido y con él se firmó el contrato, quien figuraba ahí dentro del contrato que yo recuerdo, porque ese contrato no lo entregaron inmediatamente, porque el señor no se encontraba, que yo recuerde era el señor Menzel , pero lo que pasa es que hay dos Menzel: esta Menzel hijo, que fue el q vino el día de hoy acá, y Menzel padre, Menzel Bajaire es el papa y Menzel Rafael Amil es el hijo.*

Adicionalmente, la accionante manifestó frente a las órdenes que le eran impartidas por el señor Menzel Amil: *“Las ordenes que el medio, me las dio en el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, como constata el instituto de desarrollo urbano IDU, él mandaba a sus subordinados y el Dr. Menzel obviamente mandaba allí, pero en ese momento yo tenía claridad si era dueño o no es dueño, incluso intente investigar, porque obviamente yo estaba confundida en esa parte.”*

A lo anterior se suma que el leer el escrito de demanda, ni siquiera en los hechos o pretensiones, se especifica quien figuró como empleador, tan solo se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo *“entre las partes”*.

Igualmente, se evidencia a folio 88, un documento suscrito por la señora GLORIA FANNY PULIDO RODRIGUEZ, a través del cual suministra información sobre unos predios, el mismo iba dirigido al Director de obra de la compañía CICON KMA LTDA; además de la constancia expedida por el Ministerio de Trabajo, se denota que a las diligencia administrativa estaba citada la sociedad CICON S,A y CICON K.M.A

Luego en este orden de ideas, de la pruebas analizadas y descritas precedentemente, concluye esta Sala de Decisión, que si bien existe certeza que la demandante firmó un convenio cooperativo con ALIANZA ASOCIATIVA, ningún medio probatorio demuestra que hubiese prestado sus servicios personales a la sociedad CICON S.A. durante los extremos indicados en el escrito de demanda, ni tampoco a la persona natural demandada MENZEL RAFAEL AMIL, habida cuenta que del interrogatorio de parte practicado a la actora, no se tiene claro a favor de quien laboró, si a favor del dueño de la empresa, que según la accionante es el padre y el hijo o favor de la empresa. Además en dicha diligencia, la actora manifestó que existían varias empresas *“CICON”*, entre ellas CICON J. PACHECO.

Por lo tanto al no demostrar la demandante la prestación personal del servicio a favor de alguno de los demandados, durante los extremos indicados, no surgió a favor de ella la presunción establecida en el artículo

24 del C.S.T, razón que conlleva a CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de septiembre de 2019, conforme se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

Esta decisión se notifica en edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Solo Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS FRANCISCO SERRANO
OTERO contra FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES**

RADICADO: 11001 31 05 026 2017 00706 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 08 de octubre de 2020.

Por otra parte se observa que los apoderados de las partes, no presentaron alegatos dentro del término concedido para ello.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante el reconocimiento y pago de *“la pensión de vejez convencional indexada, con efectividad a partir del 4 de octubre de 2005, sin perjuicio de que se le descuente lo que ya se le ha cancelado por concepto de la pensión de jubilación convencional que ha vendido disfrutando. Esto en aplicación de los principios CONDICON MAS BENEFICIOSA y de FAVORABILIDAD”*, así como el pago de las diferencias causadas con ocasión al reajuste y las costas del proceso. Sustento sus pretensiones, en que laboró para la entidad demandada por espacio de 20 años, 2 meses y 22

días, que la pasiva le reconoció una pensión convencional a partir de la fecha de su renuncia, desconociendo lo contemplado en la convención colectiva de trabajo de 1978, la que permitía acceder a la prestación en un 80% del salario devengado, a partir de los 60 años, los que acreditó el 5 de octubre de 2005.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, dio contestación como aparece de folios 63-68, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que actuando de buena fe le reconoció al actor una pensión mensual de jubilación, con fundamento en el artículo 22 de la convención colectiva vigente para el mes de marzo de 1976, teniendo en cuenta todos los factores salariales de orden legal y convencional, prestación que se ha cancelado de manera oportuna con los respectivos reajustes legales. Propuso las excepciones de buena fe, prescripción e inexistencia de las obligaciones reclamadas.

III. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 08 de octubre de 2020, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la parte demandada Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia de todas y cada unas de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor Luis Francisco Serrano Otero, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de merito denominada inexistencia de la obligación reclamada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Fijándose como agencias en derecho la suma de \$200.000.

CUARTO: En caso de que la sentencia no sea debidamente apelada se remitirá al Honorable Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante.

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, alegando en síntesis que por virtud de lo establecido en la sentencia SU-1073 de 2012, todas las pensiones legales como convencionales, deben ser indexadas al momento de su reconocimiento. Considera que al indexar la mesada pensional, para la calenda en que cumplió los 60 años, estas ascienden a una suma superior a la señalada por el A-quo.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS-principio de consonancia-, la Sala estudiará si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión convencional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la convención colectiva de 1978.

Previo a resolver el asunto, debe indicarse que no existe discusión en esta instancia, frente a los siguientes supuestos facticos: i) mediante Resolución n.º 256 del 6 de abril de 1989, la entidad demandada le reconoció al señor LUIS FRANCISCO SERRANO OTERO, una pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Convención Colectiva de trabajo suscrita el 12 de marzo de 1976. ii) La prestación fue reconocida a partir de la fecha de retiro que lo fue el 10 de abril de 1989 (expediente administrativo)

Ahora en el presente asunto pretende el demandante el reconocimiento de la pensión convencional debidamente indexada, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del acuerdo suscrito en 1978, a partir de la fecha en que cumplió los 60 años de edad.

El beneficio convencional reclamado hace parte y tiene origen en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1 de enero de 1978, entre la EMPRESA FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y su sindicato, la cual estuvo vigente por un término de 24 meses, pues se evidencia que a

partir del 1 de enero de 1980, aplico otra convención colectiva de trabajo. La mencionada normativa estableció:

“Los trabajadores que hayan prestado su servicio por un lapso no inferior a quince (15) años continuos o discontinuos a los Ferrocarriles de Colombia y tengan la máxima edad de sesenta (60) años, tendrán derecho a la pensión especial de jubilación por vejez, en cuantía directamente proporcional al tiempo servido”

Por definición, el artículo 467 del CST establece que la Convención Colectiva de Trabajo es la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores por otra parte, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia. Del contenido de esta norma, se puede establecer en primer lugar, que los beneficios convencionales en principio están solamente establecidos por la ley, para quienes tengan contratos de trabajo vigentes y sean beneficiarios de la respectiva Convención Colectiva.

De los artículos 469 a 480 del CTS, se puede establecer con claridad y eso ha sido pacífico en la jurisprudencia, que la principal característica de los beneficios convencionales es su temporalidad. En ese orden, mientras existan las convenciones colectivas, los mismos se incorporarán a los contratos de trabajo, siempre que esos contratos se encuentren vigentes.

Para el caso que nos ocupa, es preciso establecer que para la fecha en que el actor finalizó su vínculo laboral-10 de abril de 1989-fecha en la que además se otorgó la pensión convencional, ya no se encontraba vigente la convención colectiva, que invoca como fundamento para la reliquidación que pretende, pues esta había tenido una duración de dos años contados desde el 1 de enero de 1978, expidiéndose con posterioridad otra convención colectiva de trabajo-año 1980-.

Lo anterior indica que el actor no puede invocar la aplicación de una norma convencional, cuando durante su vigencia no se cumplieron los

requisitos para la causación del derecho pensional, los cuales eran que *“**hayan** prestado su servicio por un lapso no inferior a quince (15) años continuos”* y la edad de 60 años, pues para el último año de duración del acuerdo, el accionante cumplió un máximo de 10 años, 11 meses y 29 días de labor y 34 años de edad.

En conclusión, el demandante no podía acceder a unos beneficios convencionales, cuando durante la vigencia del acuerdo que los contenía, no se acreditaron los requisitos para su causación, sin que puede aplicarse una convención que ya NO surtía efectos para la fecha de retiro del trabajador o para la calenda en que cumplió 15 años de servicio, dado que se encontraba en vigor otro acuerdo convencional.

Adicionalmente no se puede alegar su aplicación por virtud del principio de la condición más beneficiosa o favorabilidad, pues de emplear el primero, sería la norma inmediata anterior, esto es la convención del año 1987; y mientras para el ultimo, es necesario que las preceptos jurídicos estén vigentes, empero el acuerdo suscrito en enero de 1978, solo estuvo vigente por término de dos años, es decir, no tenía vigor para la época en se acreditó los 15 años de servicio, ni los 60 años de edad.

Ahora si lo pretendido por el actor es la indexación de la primera mesada pensional, se habrá de negar esta suplica, pues la pensión fue reconocida inmediatamente renuncio a su cargo, pues así se puede observar de la Resolución n.º256 del 6 de abril de 1989 y 4418 de 2013.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por las consideraciones aquí expuestas.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR por las razones aquí expuestas la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 08 de octubre de 2020.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



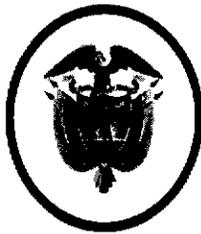
LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA LUCIA DIAZ PORRAS
contra **DIA CATERING SAS**

RADICADO: 11001 3105 003 2018 00043 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 05 de marzo de 2020.

Por otra parte se advierte que el apoderado de la sociedad demandada presento escrito de alegaciones, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la compañía demanda, el que tuvo vigencia desde el 31 de marzo de 2015 al 12 de mayo de 2017, fecha esta última en la que se vio obligada a renunciar. Como consecuencia de dichas declaraciones solicita el reconocimiento y pago de la diferencia salarial generada en el año 2015, vacaciones, primas de servicios, indemnización moratoria, sanción

por no consignación de cesantías, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, auxilio de transporte, aportes pensionales y costas procesales. Sustento sus pretensiones en que laboró a favor de la sociedad convocada a juicio a través de un contrato de trabajo, el que fue pactado de manera verbal; indicó que el vínculo inicio el 31 de marzo de 2015 y finalizó el 12 de mayo de 2017, fecha esta última en que presentó renuncia dado los malos tratos y acoso laboral por parte de su empleador. Aseguró que cumplió una jornada laboral de 8:00 a.m. a 6:00 pm de lunes a viernes y los sábados de 8:00 am hasta la 1:00 pm, y entre sus funciones estaba la de realizar la nómina, pagar salarios, facturar despachar pedidos, recaudar pedidos entre otras.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

DIA CATERING SAS, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 70-102 del plenario, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la actora fue vinculada mediante un contrato de prestación de servicios para la ejecución de funciones esporádicas e interrumpidas ente uno y otro requerimiento. Propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de marzo de 2020, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante **MARTHA LUCÍA DÍAZ PORRAS** y la sociedad demandada **DIA CATERING SAS**, existió un contrato de trabajo realidad a término indefinido, que inició el 11 de abril de 2016 y finalizo el 12 de mayo de 2017 todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **DIA CATERING S.A.S** a pagar en favor de la demandante **MARTHA LUCÍA DÍAZ PORRAS**, las siguientes sumas de dinero, por los siguientes conceptos, conforme la parte motiva de esta providencia:

- a) Auxilio de cesantías la suma de \$768.435
- b) Por vacaciones la suma de \$401.645
- c) Por Primas de Servicios la suma de \$768.435
- d) Por auxilio de transporte la suma de \$1.039.216

TERCERO: CONDENAR a la demandada **DIA CATERING SAS** a pagar en favor de la demandante **MARTHA LUCIA DIAZ PORRAS** la suma de \$2.311.513, por concepto de indemnización moratoria por no consignación de las cesantías a un fondo de cesantías, contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, conforme la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la sociedad demandada **DIA CATERING S.A.S** a pagar en favor de la demandante **MARTHA LUCIA DIAZ PORRAS** la suma diaria de \$24.590 por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., a partir del día 13 de mayo de 2017 y hasta que se satisfaga el pago de las prestaciones sociales, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la demanda **DIA CATERING SAS** a realizar el pago de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en pensión en favor de la demandante **MARTHA LUCÍA DÍAZ PORRAS**, previo cálculo actuarial que debe realizar la entidad pensional a la cual se encuentre afiliada, por el periodo comprendido entre el 11 de abril de 2016 y el 12 de mayo de 2017, tomando como ingreso base de cotización el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a la sociedad demandada **DIA CATERING S.A.S** las que se tasan en la suma de **UN MILLON (\$1.000.000) de pesos**"

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA

Insiste en que la demandante prestó sus servicios a la compañía a través de un contrato de prestación de servicios, que se ejecutó de manera autónoma e independiente y de manera interrumpida. Que la accionante no logró demostrar la prestación del servicio durante los extremos temporales indicados en el escrito de demanda, como tampoco la jornada laboral. Finalmente adujo que no había lugar al pago de las indemnizaciones, ya que actuó bajo el convencimiento que el contrato celebrado con la demandante fue carácter civil y no laboral.

V. CONSIDERACIONES

En virtud de lo señalado en el artículo 66 A del CPTSS, la Sala examinará si entre la señora **MARTHA LUCÍA DÍAZ PORRAS** y la sociedad **DIA CATERING**

S.A.S, existió un contrato de trabajo entre el **11 de abril de 2016 y el 12 de mayo de 2017**. En caso afirmativo, revisar si procede la condena por prestaciones sociales, vacaciones, sanción por consignación de las cesantías e indemnización moratoria

- De la existencia del contrato de trabajo

Para resolver el asunto, necesario es acudir al artículo 23 del CST, norma que menciona los elementos esenciales del contrato de trabajo a saber: la actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, la continua subordinación o dependencia de este respecto del empleador que le da la facultad de impartir órdenes e instrucciones y el salario. También al artículo 24 *ibídem*, por cuanto *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*.

Ahora, en forma pacífica nuestro Tribunal de cierre, ha señalado que opera esta presunción legal a favor de la demandante, cuando prueba la prestación personal del servicio, caso en el cual, surge a cargo del convocado a juicio, la obligación de demostrar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación de trabajo con la demandante no estuvo regida por un contrato de trabajo.¹

En el presente asunto, la actora para acreditar la prestación del servicio aportó los siguientes documentos:

-Copias de unas conversaciones realizadas por medios electrónicos (folio 22-26)

¹ C.S.J., Sala Casación Laboral, sentencia 39377 del 29 de junio de 2011. *“En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”*

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

-Declaración extrajuicio rendida por la señora Nelsy Rocío Ávila Higuera, a través de la cual manifestó: *“la señora Martha Lucía Díaz Porras identificada con la cedula (sic) de ciudadanía numero 52.582.455 expedida en Bogotá, trabajaba en la empresa Dia KATERING SAS, era la persona que contactaba al personal que laboraba por turnos en dicha empresa, como era mi caso, yo labore en esta empresa durante 6 meses sábados y festivos.”* (folio 30)

Igualmente, el Juez de Primera instancia decreto y practicó el testimonio de la señora NELSY AVILA HIGUERA, quien en su declaración manifestó que laboró en la compañía accionada los sábados, y algunos días entre semana, en reemplazo del personal que se encontraba en uso de permiso, que además prestaba sus servicios desde hace 17 años en una empresa de vigilancia. Aseguró que la demandante laboró en dicha sociedad desde noviembre de 2016 hasta “los primeros de agosto” de 2017, y que en ocasiones reemplazo a la actora en su labor: *“cuando necesitaban un permiso, ella la señora Martha Lucia, ella se comunicaba con alguno de nosotros, que si podíamos hacer el reemplazo, ahí habíamos varias personas, si yo podía iba y hacia el reemplazo o podía cuadrar el día de trabajo, si era un viernes, que alguna veces lo cubrí, porque ella tuvo unas citas, bueno una salida que quiso hacer, entonces yo pedí permiso en mi trabajo, un viernes y porque también allí son flexibles, han sido flexibles, entonces pude apoyarla ese día para que ella pudiera descansar, se iba de viaje.”*

Luego entonces, del anterior material no es posible colegir que la demandante hubiese prestado sus labores de manera permanente e ininterrumpida a favor de la sociedad DIA CATERING S.A.S desde los extremos temporales señalados por el A-quo, esto es, desde el 11 de abril de 2016 hasta el 12 de mayo de 2017, ya que los mensajes de datos enviados a través del celular, no reúnen los requisitos legales para darle el valor probatorio, de conformidad con lo enunciado en los artículos 244 y 247 del C.G.P., ya que además de estar incompletos, nótese que se desconoce su autor o creador así como su destinatario, es decir, no puede considerarse como un documento autentico.

Por otra parte la testigo NELSY AVILA AGUILERA, tanto en la declaración extra juicio, como en el testimonio rendido ante el Juez de Primera instancia, adujo que laboraba por turnos los sábados y algunos días entre semana, además que tan solo trabajo en la compañía demandada seis meses, tiempo durante el cual reemplazo en algunas oportunidades a la demandante, lo que indica que no puede dar certeza que la relación laboral que sostuvo la demandante con la convocada a juicio, estuvo vigente por el tiempo indicado por el Juez de Primera instancia, además que ella misma preciso que en ocasiones reemplazo a la actora, lo que descarga la prestación personal del servicio de manera continua e ininterrumpida desde 11 de abril de 2016 hasta el 12 de mayo de 2017.

Adicionalmente, la parte demandada alegó en su escrito de contestación, que la accionante se vinculó a la empresa a través de un contrato de servicios, el que se ejecutó de manera esporádica e interrumpida.

Por lo anterior, no hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo desde el 11 de abril de 2016 hasta el 12 de mayo de 2017, al no encontrarse acreditado la prestación personal del servicio por parte de la demandante a la pasiva durante los extremos indicados.

Sin embargo, pese a la anterior conclusión al observar las pruebas allegadas por la pasiva, se corrobora que dicha compañía pago a favor de la demandante unas sumas de dineros por servicios prestados en los siguientes periodos:

Del 11 de abril al 25 de abril de 2016: \$470.000

Del 11 de mayo al 25 de mayo de 2016: \$480.000

Turno del 30 de mayo de 2016: \$50.000

Turno festivo del 7 de octubre de 2016: \$50.000

Turno festivo del 14 de noviembre de 2016: \$50.000

Del 10 de febrero al 25 de febrero de 2017: \$614.000

Del 11 de marzo al 25 de marzo de 2017: \$650.000

Del 26 de abril al 12 de mayo de 2017: \$680.000

En este orden de ideas, como quiera que en los periodos antes mencionados se demostró que la demandante prestó sus servicios personales, a favor de la compañía accionada, surge a favor de aquella la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., correspondiéndole a la demandada desvirtuar la misma, pero al observar el caudal probatorio, ninguna logra demostrar los supuestos de hechos alegados en el escrito de contestación, en la medida que ni siquiera se allegó el contrato de prestación de servicios que dijo haber celebrado con la actora.

Adicionalmente, el representante legal al absolver el interrogatorio de parte manifestó: *“yo no le controlaba donde los hacían, pero si un cliente me llegaba a reportar que no le llegó una factura o llegó en mal estado, debía obviamente intervenir para que el servicio fuera bien prestado.”* Además, preciso que era la actora, quien tenía las llaves de la empresa y *“abría la puerta”*. Así mismo afirmó que se le exigieron unos cursos de manipulación y que los implementos eran suministrados por la sociedad: *“ella en el momento que acordó conmigo administrar la empresa, demostró unos papeles del SENA, de conocimientos administrativos se les exigieron unos cursos de manipulación de alimentos, y una vigencia de su carné de manipulación de alimentos, dentro de lo cual pues no si se sea de su conocimiento, pero se debe cuidar la asepsia y la inocuidad del producto, entonces a ella se le exigían que cuidara bajo las técnicas, eso se llama las BTN, buenas técnicas de manejo, bajo esos parámetros funcionara, claramente para eso se necesita implementos especiales y la empresa prestaba todos los implementos especiales e incluso para que si alguien de afuera necesita entrar a la planta, pues obviamente toca cuidar la inocuidad de producto, entonces existían los implementos necesarios, y ella daba uso de eso para sí mismo o para el equipo que ella llevaba, de acuerdo como lo veía pertinente, y pues también como cuidando que era lo que se le exigía.”*

Luego de lo anterior, concluye esta Sala de Decisión, que durante los periodos que a continuación se describen, la actora presto sus servicios a la entidad convocada a juicio, a través de diversos contratos de trabajo:

Del 11 de abril al 25 de abril de 2016: \$470.000

Del 11 de mayo al 25 de mayo de 2016: \$480.000

Turno del 30 de mayo de 2016: \$50.000

Turno festivo del 7 de octubre de 2016: \$50.000

Turno festivo del 14 de noviembre de 2016: \$50.000

Del 10 de febrero al 25 de febrero de 2017: \$614.000

Del 11 de marzo al 25 de marzo de 2017: \$650.000

Del 26 de abril al 12 de mayo de 2017: \$680.000

En atención a lo concluido, pasan a realizarse las operaciones aritméticas a fin de determinar lo adeudado por prestaciones sociales y vacaciones, para lo cual se tuvo en cuenta como salario, las sumas relacionadas en los desprendibles de pagos que obran de folio 103 a 116, más el auxilio de transporte, advirtiéndose que si bien la remuneración fue inferior al salario mínimo, la demandante no logro demostrar cual fue su jornada laboral, para efectos de asignarle siquiera el equivalente al smlmv:

Del 11 de abril al 25 de abril de 2016	470000 +77700
cesantías	\$ 66.941,11
primas de servicios	\$ 66.941,11
vacaciones	\$ 28.722,22
auxilio de transporte	\$ 113.960,00
TOTAL	\$ 276.564,44

Del 11 de mayo al 25 de mayo de 2016	480000+77700
cesantías	\$ 68.163,33
primas de servicios	\$ 68.163,33
vacaciones	\$ 29.333,33
auxilio de transporte	\$ 112.933,33
TOTAL	\$ 278.593,33

Del 10 de febrero al 25 de febrero de 2017	\$614000+83140
cesantías	\$ 87.142,50
primas de servicios	\$ 87.142,50
vacaciones	\$ 38.375,00
auxilio de transporte	\$ 124.710,00
TOTAL	\$ 337.370,00

Del 11 de marzo al 25 de marzo de 2017	650000+83140
cesantías	\$ 89.606,00
primas de servicios	\$ 89.606,00
vacaciones	\$ 39.722,22
auxilio de transporte	\$ 121.938,67
TOTAL	\$ 340.872,89

Del 26 de abril al 12 de mayo de 2017	680000+83140
cesantías	\$ 36.037,17
intereses sobre las cesantías	\$ 204,21
primas de servicios	\$ 36.037,17
vacaciones	\$ 16.055,56
auxilio de transporte	\$ 47.112,67
TOTAL	\$ 135.446,77

Turno del 30 de mayo de 2016	50000+2590+8330
cesantías	\$ 169,22
primas de servicios	\$ 169,22
vacaciones	\$ 81,01
auxilio de transporte	\$ 2.590,00
TOTAL	\$ 3.009,46

Turno festivo del 7 de octubre de 2016	\$ 50.000
cesantías	\$ 169,22
primas de servicios	\$ 169,22
vacaciones	\$ 81,01
auxilio de transporte	\$ 2.590,00
TOTAL	\$ 3.009,46

Turno festivo del 14 de noviembre de 2016:	\$ 50.000
cesantías	\$ 169,22
primas de servicios	\$ 169,22
vacaciones	\$ 81,01
auxilio de transporte	\$ 2.590,00
TOTAL	\$ 3.009,46

Ahora, respecto de la sanción por no consignación de cesantías, no hay lugar a su imposición, dado que el empleador no estaba en la obligación de consignarlas, sino pagarlas directamente a la trabajadora a la terminación de cada relación laboral, por así determinarlo el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Frente a la sanción por no pago de intereses sobre las cesantías, también se habrá de revocar esta condena, en la medida que además de no solicitarse

en la demanda el pago de esta acreencia, no resulta acertado condenar a su sanción cuando la pretensión principal no fue peticionada.

Con relación a la **indemnización moratoria**, la CSJ, Sala Laboral, ha establecido que la mencionada sanción no opera en forma automática e inexorable, por lo que se debe analizar en cada caso particular, la conducta del empleador, a fin de establecer si obró de buena fe al no pagar las obligaciones laborales a su cargo. Así lo explicó en reciente fallo-*sentencia SL2833 de 2017*.

En el presente caso se vislumbra que el demandado actuó de mala fe, al enunciar que la labor desempeñada por la accionante estuvo regida por un contrato de prestación, aun conociendo que las actividades encomendadas, no requerían de conocimientos especializados, más aun cuando la sociedad por medio de su representante manifestó que para el desempeño de las funciones le suministraban a la actora elementos de trabajo, le exigían unos cursos de manipulación de alimentos y la entrega oportuna del producto a los clientes.

Razón por la cual, no hay lugar a revocar esta condena, sin embargo atendiendo el último salario devengado por la trabajadora, correspondiente a \$680.000, la sanción diaria será de \$22.666, conforme lo determina el artículo 65 del CS.T.

En lo referente a los aportes a la seguridad social en pensiones, se habrá de modificar la sentencia, en el sentido de condenar a la sociedad DIA CATERING SAS, a pagar los mismos a favor de la demandante y con destino al fondo al cual se encuentre afiliada, teniendo en cuenta para ello el salario mínimo legal mensual vigente, ya que el ingreso base de cotización no puede ser inferior a este valor, por así disponerlo el inciso segundo del párrafo primero del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, durante los periodos que a continuación se relacionan:

Del 11 de abril al 25 de abril de 2016

Del 11 de mayo al 25 de mayo de 2016

Turno del 30 de mayo de 2016
Turno festivo del 7 de octubre de 2016
Turno festivo del 14 de noviembre de 2016
Del 10 de febrero al 25 de febrero de 2017
Del 11 de marzo al 25 de marzo de 2017
Del 26 de abril al 12 de mayo de 2017.

Costas. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de marzo de 2020, en el entendido de declarar que entre la demandante y la sociedad accionada, se celebraron diversos contratos de trabajo, en las fechas que a continuación se relacionan:

Del 11 de abril al 25 de abril de 2016
Del 11 de mayo al 25 de mayo de 2016
Turno del 30 de mayo de 2016
Turno festivo del 7 de octubre de 2016
Turno festivo del 14 de noviembre de 2016
Del 10 de febrero al 25 de febrero de 2017
Del 11 de marzo al 25 de marzo de 2017
Del 26 de abril al 12 de mayo de 2017.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de marzo de 2020, en el sentido de condenar a la compañía demandada a pagar las siguientes sumas de dinero a favor de la demandante:

Del 11 de abril al 25 de abril de 2016	470000 +77700
--	---------------

cesantías	\$ 66.941,11
primas de servicios	\$ 66.941,11
vacaciones	\$ 28.722,22
auxilio de transporte	\$ 113.960,00
	\$ 276.564,44

Del 11 de mayo al 25 de mayo de 2016	480000+77700
cesantías	\$ 68.163,33
primas de servicios	\$ 68.163,33
vacaciones	\$ 29.333,33
auxilio de transporte	\$ 112.933,33
	\$ 278.593,33

Del 10 de febrero al 25 de febrero de 2017	\$614000+83140
cesantías	\$ 87.142,50
primas de servicios	\$ 87.142,50
vacaciones	\$ 38.375,00
auxilio de transporte	\$ 124.710,00
total	\$ 337.370,00

Del 11 de marzo al 25 de marzo de 2017	650000+83140
cesantías	\$ 89.606,00
primas de servicios	\$ 89.606,00
vacaciones	\$ 39.722,22
auxilio de transporte	\$ 121.938,67
TOTAL	\$ 340.872,89

Del 26 de abril al 12 de mayo de 2017	680000+83140
cesantías	\$ 36.037,17
intereses sobre las cesantías	\$ 204,21
primas de servicios	\$ 36.037,17
vacaciones	\$ 16.055,56
auxilio de transporte	\$ 47.112,67
TOTAL	\$ 135.446,77

Turno del 30 de mayo de 2016	50000+2590+8330
cesantías	\$ 169,22
primas de servicios	\$ 169,22
vacaciones	\$ 81,01
auxilio de transporte	\$ 2.590,00
TOTAL	\$ 3.009,46

Turno festivo del 7 de octubre de 2016	\$ 50.000
cesantías	\$ 169,22

primas de servicios	\$ 169,22
vacaciones	\$ 81,01
auxilio de transporte	\$ 2.590,00
TOTAL	\$ 3.009,46

Turno festivo del 14 de noviembre de 2016:	\$ 50.000
cesantías	\$ 169,22
primas de servicios	\$ 169,22
vacaciones	\$ 81,01
auxilio de transporte	\$ 2.590,00
TOTAL	\$ 3.009,46

TERCERO: MODIFICAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de marzo de 2020, en el entendido de condenar a DIA CATERING S.A.S a pagar a favor de la demandante MARTHA LUCIA PORRAS, la suma diaria de \$22.666, por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T, a partir del 13 de mayo de 2017 y hasta que se efectuó el pago de las prestaciones sociales, según se expuso. +

CUARTO: REVOCAR LOS NUMERALES TERCERO Y CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de marzo de 2020, en el sentido de ABSOLVER a la compañía DIA CATERING S.A.S., del pago de la sanción por no consignación de cesantías y de los intereses, de conformidad con lo expuesto

QUINTO: MODIFICAR EL NUMERAL SEXTO DE LA SENTENCIA RECURRIDA, en el entendido de condenar a la sociedad DIA CATERING SAS a realizar el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a la administradora a la cual se encuentre afiliada la demandante, teniendo en cuenta para ello un ingreso base de cotización equivalente al salario mínimo y los periodos que a continuación se relacionan

Del 11 de abril al 25 de abril de 2016

Del 11 de mayo al 25 de mayo de 2016

Turno del 30 de mayo de 2016

Turno festivo del 7 de octubre de 2016

Turno festivo del 14 de noviembre de 2016

Del 10 de febrero al 25 de febrero de 2017

Del 11 de marzo al 25 de marzo de 2017

Del 26 de abril al 12 de mayo de 2017.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, según se expuso.

SEPTIMO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notifica en edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EDGAR GUILLERMO RODRIGUEZ RODRIGUEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 017 2018 00128 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de julio de 2020.

Por otra parte se advierte que el apoderado de COLPENSIONES, presento escrito exponiendo sus alegatos de conclusión.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez establecida en la Ley 33 de 1985, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. Sustento sus pretensiones en que acreditó más de 20 años de servicios y 55 años de edad, antes de que perdiera vigencia el régimen de transición. Finalmente aseguró que el 4 de noviembre de 2015, peticionó el derecho pensional ante la entidad convocada a juicio, pero que el mismo fue denegado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, a través de su apoderada judicial, dio contestación a la demanda como se observa a folios 37-45, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que el demandante no acreditó el tiempo de servicio previsto en la Ley 33 de 1985, ya que tan solo demostró un periodo igual a 19 años y 7 meses. Así mismo señaló que respecto del beneficio pensional contemplado en la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990, el afiliado no cumplió la edad antes del 31 de diciembre de 2014, fecha para la cual perdió vigencia el régimen de transición. Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, reclamación antes del cumplimiento de los requisitos, prescripción, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 06 de julio de 2020, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y prescripción en relación con la Ley 797 de 2003, estatuto que finalmente se le aplicó al demandante, según las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR que al Sr. EDGAR GUILLERMO RODRIGUEZ RODRIGUEZ identificado con C.C. 19.260.765 le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión con base en la Ley 797 de 2003, artículo 9, a partir del 15 de abril de 2017, estableciéndose como cuantía inicial, la suma de \$1.350.136.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante sr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, la suma de \$58.977.399 por mesadas causadas entre el 15 de abril de 2017 y el 30 de junio de 2020, y a partir del 1 de julio de 2020, deberá pagar la suma de 1.505.147 y en adelante con los reajustes legales y la mesada adicional de diciembre.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar la indexación o debidamente indexadas las mesadas causadas desde el 15 de abril de 2017 y hasta cuando se haga efectivo el pago a favor del demandante, según las razones expuestas en precedencia.

QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES, para descontar del retroactivo referido el valor de los aportes que proceden con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, según las razones expuestas.

SEXTO: ABSOLVER a la entidad demandada de la pretensión alusiva a los intereses moratorios, según lo expuesto en precedencia.

SEPTIMO CONDENAR EN COSTAS a la entidad demandada, en proporción del 80%, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$3.500.000.

OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, remítase el expediente al Superior.”

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Alego en síntesis que el juez de primera instancia no dio aplicación a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, en cuanto al cómputo de las horas extras y dominicales para acreditar el tiempo de servicio allí establecido, Por otra parte adujo que el requisito de la edad y tiempo de servicio son excluyentes y finalmente manifestó que existió tardanza en el pago de la prestación, por lo que había lugar a impartir condena por intereses moratorios.

V. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA.

Por su parte la entidad demandada, adujo que el Juez de Primera Instancia se equivocó al imponerle condena en costas procesales, ya que no reconoció la pensión de vejez bajo los presupuestos establecidos en la Ley 797 de 2003, toda vez que para la fecha en qué radico la solicitud, aun no reunía los requisitos para ello.

VI. CONSIDERACIONES

En virtud de lo señalado en los artículos 66 y 69 del CPTSS la Sala examinará si a la demandante le asiste el derecho a que le sea reconocida una pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 o Ley 797 de 2003, en caso afirmativo, se examinará la procedencia de la condena al pago de intereses moratorios y de las costas procesales.

En esta instancia se encuentra probado que el actor para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tan solo

contaba con 38 años de edad, pues nació el 15 de abril de 1955, según el documento de identificación que obra a folio 31 del plenario. Sin embargo al observar la historia laboral y el certificado de información laboral, se evidencia que para la mencionada fecha, reunía un total de 902.86 semanas, situación que lo hace beneficiario del régimen de transición, además de prolongar la vigencia del mismo hasta el 31 de diciembre de 2014, tal como lo prevé el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que es posible estudiar su situación pensional a la luz de la Ley 33 de 1985.

La referida norma, consagra como requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, cincuenta y cinco años de edad (55) y 20 años continuos o discontinuos de servicio al sector público.

Frente al cumplimiento de estos dos requisitos, la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación n.º73273 de 2017, ha establecido, que tanto la edad y el número de semanas, son presupuestos que se deben acreditar por parte del afiliado para obtener el derecho pensional: *“Es este el sentido natural y obvio que emana de una lectura desprevenida de la norma jurídica, según la cual la adquisición del derecho a la pensión de vejez, está supeditada a la satisfacción de los 2 requisitos allí consagrados, por manera que hasta tanto no los cumpla, no puede decirse que el derecho ha nacido, ni que el cumplimiento de uno de ellos, permite que el afiliado conserve invariable, per sécula seculorum, la condición faltante, en los términos en que estaba concebida cuando satisfizo la otra exigencia.”*

En el presente asunto, el actor cumplió 55 años de edad, el **15 de abril de 2010** y de acuerdo con la historia laboral aportada por Colpensiones, visible a folio 88, cotizó 244.52 **semanas**, por servicios prestados al sector público, más 977.14 semanas de aportes realizados a CAPRECOM, efectuados por su empleador INRAVISION, para un total de 1009,52 semanas, equivalente a 19 años, 7 meses y 17 días.

Ahora, no es posible adicionar otro tiempo de servicio, en la medida que dentro del plenario no existe documento o prueba alguna que dé certeza de esta situación, como tampoco se demostró que el demandante hubiese laborado dominicales y festivos, ni se probó los días de descanso y

vacaciones para dar aplicación a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 1 de la Ley 33 de 1095, estos es, tomar días laborados y adicionarlos con los de descanso remunerado y vacaciones.

Por otra parte no se computo el tiempo de servicio que aparece registrado en el certificado de información laboral-*folio 21*-entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de diciembre de 1998, ya que la historia laboral emitida por COLPENSIONES, señala este periodo, es decir, que al existir simultaneidad, solo se tuvo en cuenta el tiempo enunciado en este último documento.

En este orden de ideas no hay lugar al reconocimiento de la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985, en la medida que si bien el actor acredito los 55 años, no así los 20 años de servicio al sector público.

Por otra parte, en relación con la pensión de vejez, contemplada en el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, establece como requisitos para la causación del derecho pensional los siguientes requisitos:

- Sesenta años (60) años de edad.
- Mil (1.000) semanas de cotización para el año 2010.

Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2005, el número de semanas se incrementó en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 en 25 cada año, hasta llegar a 1.300 semanas, en tanto la edad en el caso de los hombres se ascendió a 62 años para el año 2014.

Luego en el caso del demandante, como quiera que nació 15 de abril de 1955, para la fecha en que acredito los 60 años de edad, esto es, 15 de abril de 2015, ya la norma mencionada exigía 62 años, los q cumplió en el 2017, fecha para la cual contaba con 1794 semanas, tiempo que fue hallado de sumar las semanas de cotización y el tiempo de servicio, por así permitirlo el párrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, lo que indica que cumplió con los presupuestos legales para acceder el derecho pensional.

Realizadas las operaciones aritméticas, se halló una mesada inicial igual **\$1.269.033.74** suma que fue determinada de los ingresos bases de cotización, realizados por el afiliado durante toda su vida laboral y teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 78% dado el tiempo total reportado al sistema.

Por lo tanto el retroactivo pensional causado entre el 15 de abril de 2017 y la fecha señalada por el Juez de Primera instancia-*30 de junio de 2020*-, es igual a **\$55.476.974.13**, teniendo en cuenta 13 mesadas anuales- *Acto legislativo 01 de 2005*-, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se causen con posterioridad y sin que el fenómeno de la prescripción haya afectado alguna mesada, ya que la demanda fue radicada el 13 de marzo de 2018 (folio 1)

En relación con los intereses moratorios, se tiene que el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, prevé que el fondo encargado reconocerá la pensión en un tiempo de cuatro meses después de radicada la solicitud del peticionario; en tanto el artículo 141 ibidem, establece que la entidad reconocerá al pensionado la tasa máxima de interese, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales.

En el asunto bajo estudio, se considera que para la fecha en que el demandante radico la solicitud de pensión-04 de noviembre de 2015-aun no reunía los requisitos contemplados en la Ley 797 de 2003, ya que su solicitud se encaminó fue obtener la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985, pero la entidad de seguridad social, a pesar de no reunir los requisitos allí contemplados, también realizo un estudio de la prestación establecida en la Ley 797, enunciando que aún no se acreditaba la edad, sin que se evidencia, requerimiento o petición alguna después de la mencionada calenda, y fue solo con el presente trámite que se ordenó su pago.

Lo anterior permite concluir, que no ha existido mora en el pago de las mesadas pensionales, como quiera el afiliado no ha radicado solicitud alguna ante Colpensiones, con el fin de obtener el reconocimiento

pensional bajo los enunciados previstos en la Ley 797 de 2003, por lo que la convocada a juicio no ha desconocido en ningún momento el término de los cuatro meses que tiene para el otorgamiento del beneficio pensional, más cuando en la etapa de conciliación, Colpensiones señaló que el comité de Defensa Judicial había aprobado un acuerdo, consistente en el reconocimiento de la pensión en cuantía de \$1.405.357, el que no aceptado por el demandante.

Finalmente, respecto de las costas procesales, basta decir, que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral, por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T Y SS, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, por ende se considera que dicha condena, no se encuentra supeditada al hecho de si el sujeto que resultó vencido en juicio, actuó o no de buena fe, a disquisiciones intrínsecas o meras subjetividades, su imposición obedece a criterios objetivos y solo se circunscribe al resultado del proceso.

Atendiendo lo expuesto, la condena en costas que impuso el operador jurídico de primera instancia se torna procedente, al ceñirse al contexto normativo que las regula.

Costas Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de fecha 13 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de **CONDENAR a COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez prevista en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 15 de abril de 2017, en cuantía de **\$1.269.033.74**, de conformidad con lo aquí expuesto.

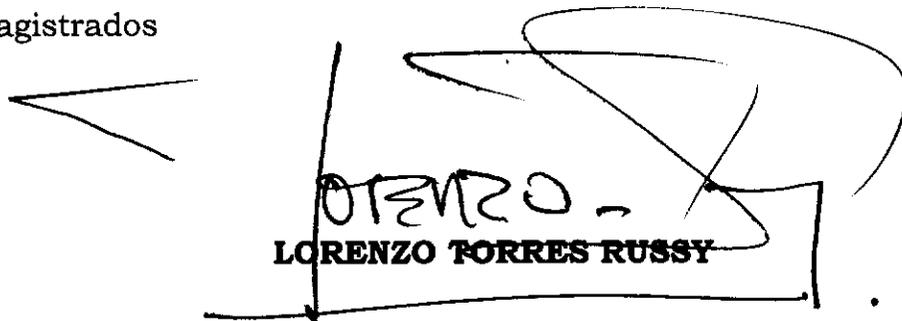
SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO DE LA SENTENCIA CONSULTADA Y APELADA, en el sentido de condenar a COLPENSIONES a pagar a favor del señor EDGAR GUILLERMO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, la suma de **\$55.476.974.13**, por retroactivo pensional generado entre el 15 de abril de 2017 y el 30 de junio de 2020, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad, precisando que el valor de la mesada para el año 2020, es equivalente \$1.414.735

TERCERO: CONFIRMAR EN LO DEMAS la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

La presente sentencia queda notificada en estrados.

Los Magistrados


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Última hoja del proceso ordinario n.º 017-2018-128, promovido por Edgar Guillermo Rodríguez vs Colpensiones (confirma)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARÍA ADELIA SALAZAR PEREZ contra POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

RADICADO: 11001 31 05 016 2018 00173 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por la compañía demandada, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 09 de junio de 2020.

Por otra parte se observa que el apoderado de POSITIVA S.A., presentó escrito a través del cual expone sus alegatos de conclusión.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión de la muerte de su hijo JUAN FELIPE CARRILLO SALAZAR, quien falleció el 23 de junio de 2017, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., por medio de apoderada judicial, dio contestación a la demanda como aparece de folio 40-48, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que luego de realizar una investigación exhaustiva, determinó que la demandante no dependía económicamente

del causante, en razón a que su cónyuge es quien cubre los gastos del hogar. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin justa causa, prescripción, buena fe y genérica o innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 09 de junio de 2020, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a reconocer y pagar a la señora demandante **MARÍA ADELIA SALAZAR PEREZ**, identificada con la cédula de ciudadanía n.º20.458.151 de Cucunuba, la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado a riesgos laborales del señor **JUAN FELIPE CARRILLO SALAZAR**, a partir del 24 de junio del año 2017 en cuantía conforme al artículo 12 de la Ley 776 de 2002, junto con las correspondientes mesadas adicionales a que haya lugar y reajustes anuales de ley, sin que de manera alguna el valor de la mesada pensional pueda ser inferior al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

SEGUNDO: SE CONDENAN a la demandada a reconocer y pagar a la demandante, el retroactivo de mesadas pensionales correspondiente hasta el momento de su inclusión en nómina.

TERCERO: SE CONDENAN a la demandada **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A** a reconocer y pagar a la demandante, los intereses de mora de que trata el artículo 95 del Decreto 1295 de 1994, a partir del día del día 25 de octubre de 2017 y hasta la fecha en que sea incluida en nómina de pensionados la demandante, Intereses que se causan sobre el retroactivo causado hasta el 25 de octubre de 2017 y sobre las mesadas que de allí en adelante se siguieron causando hasta que se efectuó el pago de las mismas y su correspondiente inclusión en nómina.

CUARTO: SE CONDENAN en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por Secretaría incluyendo el monto de 3 SMLMV, como valor de las agencias en derecho.

QUINTO: SE DECLARA no probadas las excepciones propuestas por la demandada.”

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA.

Insiste en que no se demostró por parte de la demandante, que dependiera económicamente de su hijo para el momento del fallecimiento de éste, ya

que si bien se logró determinar que recibía una ayuda de su progenitor, la misma era equivalente a un porcentaje del 39% de total de gastos, además que en la investigación administrativa que adelantó, pudo corroborar que la accionante dependía económicamente y en gran parte de su cónyuge. Por último precisó que tampoco había lugar a emitir condena por costas procesales, ya que dentro del trámite administrativo, la accionante no logró acreditar la causación del derecho pensional.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS-principio de consonancia-, la Sala estudiará si la demandante **MARIA ADEILA SALAZAR PEREZ** dependía económicamente de su hijo **JUAN FELIPE CARRILLO** y por tal razón tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

Al respecto debemos partir de lo preceptuado en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, norma vigente para el 23 de junio de 2017, día en que se produjo la muerte del afiliado (folio 9). Dicha disposición, considera como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los padres **económicamente dependientes del causante**. Esta dependencia según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006 no debe entenderse como la ausencia de ingresos de los padres sino como la falta de condiciones materiales que les permitan, a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes ser autosuficiente económicamente.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que en el presente caso no existe discusión que la señora **MARÍA ADELIA SALAZAR PEREZ**, figura como **MADRE** del causante **JUAN FELIPE CARRILLO SALAZAR** (folio 8); quien falleció con ocasión a un accidente de trabajo (folio 12-14).

Atendiendo lo expuesto, esta Sala de decisión considera que el problema radica en establecer si la demandante dependía económicamente del causante, como quiera que la entidad accionada consideró que no se demostró dicho presupuesto (folio 10 y 40).

Al analizar el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, se tiene que afirmó que dependía económicamente de su hijo fallecido, quien aportaba para la alimentación y los servicios públicos *“el gas, lo de la leche, el pan, hay veces en lo traía, hay veces el me daba la plata”*, que el contribución que realizaba aproximadamente era \$300.000 pesos quincenales, y que su hijo era quien solventaba todos sus gastos, ya que su esposo en ocasiones ayudaba, porque no vivía de manera permanente en la casa *“el venia una semana, dos y volvía y se desaparecía”*, que dicha situación ocurría porque su cónyuge tenía problemas con el alcohol.

Así mismo del cuestionario realizado por la firma ANALISIS DE RIESGO ARIES, contratada por la entidad convocada juicio, se evidencia que la señora SALAZAR, vivió con su hijo JUAN FELIPE CARRILLO, en una casa ubicada en una vereda del Municipio de Cucunuba, por espacio de 20 años, que ella económicamente dependía parcialmente de su hijo *“en parte de alimentación, servicios, transporte, tv cable”*. Igualmente la actora, manifestó en la citada diligencia, que el afiliado aportaba la suma de \$350.000. Finalmente se corrobora, que tanto la accionante, como su esposo manifestaron en la investigación administrativa, que después de la muerte de su hijo los gastos han sido cubiertos por aportes propios y ayuda de familiares y amigos (folio 139).

A lo anterior se agrega que, la entidad demandada desde su escrito de contestación e incluso al sustentar el recurso de apelación, reconoce que la contribución que realizaba el afiliado fallecido al hogar que conformaba con su madre era del 39%: *“En octubre 20 de 2017 se rindió concepto final de investigación, en donde se determinó que el causante solo aportaba un pequeño porcentaje (39%) a los gastos del hogar”* (folio 41)

Adicionalmente, se escuchó el testimonio del señor EDUARDO TINJACA PEREZ, quien señaló conocer a la demandante, que para el momento del fallecimiento de JUAN FELIPE CARRILLO, él convivía con su madre y hermana menor de edad, y a su padre *“lo veía bajar una o dos veces a la semana”*. Así mismo le consta que el afiliado le ayudo económicamente a la actora *“él se había mandado hacerse eso de los brackets y el resto compraba mercado, su cosas, para llevar donde él vivía”*. Por ultimo preciso

que después de la muerte del hijo de la señora SALAZAR, le ayudó *“con una librita de arroz, la familia de ella los ayudaba”*

Por otra parte la testigo ANA EMILSE FUNQUENE SANTANA, indicó conocer a la demandante desde hace aproximadamente ocho años y a su hijo JUAN FELIPE CARRILLO, *“él era un muchacho que él trabajaba, en ese tiempo vendía ropa, traía ropa de Bogotá, él me compraba, para la mamá, para él”*. Que para la fecha del fallecimiento del señor CARRILLO, él vivía con la mamá y una hermana, y en ocasiones el padre se hospedaba allá; que la contribución económica del progenitor era muy poca *“no señor, eso era muy esporádicamente”, “a veces le ayudaba, a veces cobraba, se perdía un mes, varios días”*, que el aporte económico del afiliado para su grupo familiar era muy importante: *“si era una ayuda muy importante”*, que dicha situación le consta: *“porque muchas veces, cuando él iba a pedirme prestado, me decía me acompañas, muchas veces lo vi comprar verduras en la plaza”*. Finalmente agregó que después de la muerte del hijo de la accionante la junta de acción comunal, ayudó a la demandante con mercados: *“después del accionante yo pertenecía a la Junta de Acción comunal, nos reunimos y se llegó a un acuerdo de darle un mercado a ella.”*

Igualmente, el testigo OMAR SALAZAR, enunció que su amigo JUAN FELIPE CARRILLO, antes de su muerte vivía con la mamá y una hermana y con el padre en ocasiones *“él no permanecía aquí en la casa, casi no convivía, casi ahí con ellos, él era muy alcohólico”, y en cuanto a la ayuda económica de JUAN FELIPE CARRILLO a favor de su madre, este declarante manifestó “económicamente mas que todo tenían entrada en esa casa, más que todo por Juan Felipe, porque era más que todo él que sostenía la casa, él se metía, porque como el papá no permanecía acá, entonces, ya empezó a trabajar, empezó a aportar para la casa, ya veía por lo servicios y por todo lo que se ofreciera aquí en la casa”*

Por último el señor WILDER SALCEDO, en su testimonio adujo que conoció al afiliado fallecido, que para la época previa al deceso vivía con la mamá y una hermana, y que el muchacho era quien contribuía económicamente al hogar.

Sumado a lo anterior, se trae a colación el artículo 242 del C.G.P, que regula lo referente a la apreciación de los indicios, los cuales deberán ser analizados por el juez en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con los demás medios de pruebas, presupuestos que al ser aplicado al caso examinado permiten inferir que el afiliado fallecido, al no tener un vínculo matrimonial vigente para el momento del deceso, ni hijos a cargo; que vivía con su madre y hermana-menor de edad- era el único que tenía un trabajo establece, el dinero que devengaba producto de su labor era destinado al hogar que conformado con su progenitora.

Las anteriores argumentaciones resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia, dada la falta de condiciones materiales que le permite a la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes ser autosuficiente económicamente, pues resulto probado que el afiliado fallecido era quien colaboraba con el alimentación, vestuario y transporte de su madre, ayudas que a partir de la muerte del señor CARRILLO SALAZAR, recibe de otros familiares, amigos, de la junta de acción comunal y del dinero que recibe por las actividades que esporádicamente realiza.

Finalmente frente a la condena de costas procesales, basta decir, que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral, por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T Y SS, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, por ende se considera que dicha condena, no se encuentra supeditada al hecho de si el sujeto que resultó vencido en juicio, actúo o no de buena fe, a disquisiciones intrínsecas o meras subjetividades, su imposición obedece a criterios objetivos y solo se circunscribe al resultado del proceso.

Atendiendo lo expuesto, la condena en costas que impuso el operador jurídico de primera instancia se torna procedente, al ceñirse al contexto normativo que las regula.

En ese orden de ideas, atendiendo lo expuesto precedentemente, la sentencia de primera instancia será confirmada.

Costas. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

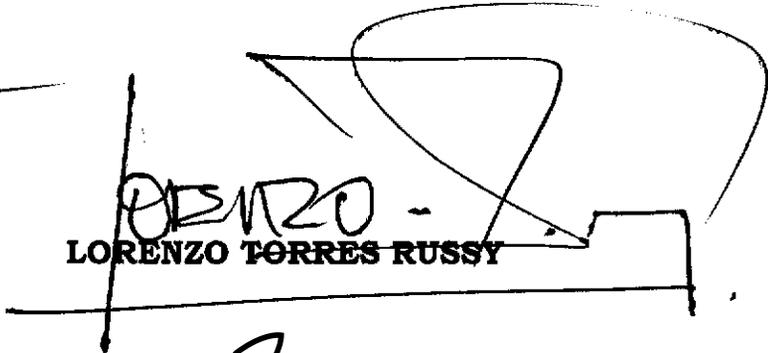
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 09 de junio de 2020, conforme se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notifica por EDICTO.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

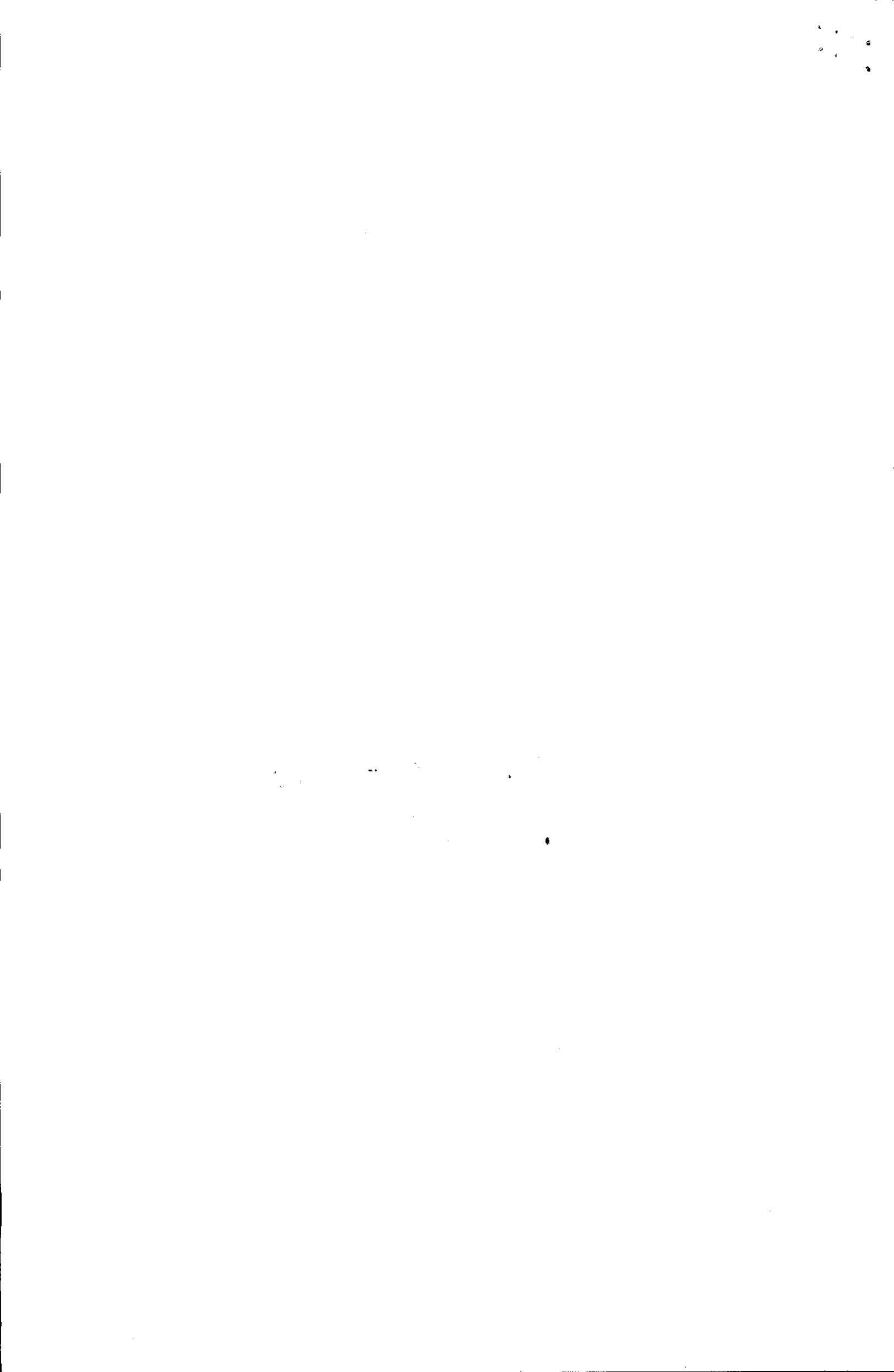


MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ÚLTIMA HOJA DEL PROCESO ORDINARIO N.º016-2018-00173-01, PROMOVIDO POR MARÍA ADELIA SALAZAR PEREZ VS POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS (CONFIRMA SENTENCIA)





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Solo Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ DARY GONZÁLEZ TOVAR
contra **TAMPOMARCA S.A.S.**

RADICADO: 11001 3105 027 2018 00303 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de febrero de 2020.

Las partes dentro del término que les fuese concedido no presentaron alegatos de conclusión.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la compañía demanda, el que tuvo vigencia desde el 1 de febrero de 2014 al 2 de diciembre de 2016, fecha esta última en la que termino por causas imputables al empleador; como consecuencias de dichas declaraciones solicita el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses

sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en pensiones teniendo en cuenta el salario realmente devengado, así como el pago de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, indexación y costas del proceso. Sustento sus pretensiones en que prestó sus servicios de operaria a la sociedad convocada a juicio, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, el que aduce fue terminado por causas imputables al empleador. Agrego Que la entidad pago sus aportes pensionales al sistema de seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta el salario mínimo, desconociendo las sumas devengadas por horas extras y auxilio de transporte. Así mismo preciso en año 2016, anualidad en la que finalizó el vínculo laboral, devengaba la suma de \$807.010, pero que la pasiva pago sus prestaciones sociales, sobre un salario de \$784.371.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

TAMPOMARCA SAS, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 110-122 del plenario, en la que acepto la existencia del vínculo laboral, pero se opuso a las demás pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que la actora peticiona la inclusión de valores o conceptos que fueron expresamente excluido del salario, como quiera que no retribuían los servicios prestados por la trabajadora. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de febrero de 2020, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la empresa **TAMPOMARCA SAS** a reliquidar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones realizados a favor de la trabajadora **LUZ DARY GONZALEZ TOVAR** entre el 1 de enero de 2015 y el 2 de diciembre de 2016 a través de la **AFP PORVENIR** o de la administradora a la que se encuentre afiliada la demandante en la

actualidad, teniendo en cuenta para su cálculo los siguientes salarios mensuales:

MES	AÑO 2015	AÑO 2016
ENERO	\$ 703.175,00	\$681.350,00
FEBRERO	\$ 681.350,00	\$767.155,00
MARZO	\$ 771.127,00	\$942.009,00
ABRIL	\$ 796.954,00	\$783.198,00
MAYO	\$ 803.371,00	\$874.635,00
JUNIO	\$ 755.246,00	\$767.156,00
JULIO	\$ 718.350,00	\$767.156,00
AGOSTO	\$ 718.350,00	\$767.156,00
SEPTIEMBRE	\$755.246,00	\$767.156,00
OCTUBRE	\$ 718.350,00	\$767.156,00
NOVIEMBRE	\$ 718.350,00	\$767.156,00
DICIEMBRE	\$ 764.871,00	\$ 767.156,00

Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de BUENA FE y PRESCRIPCIÓN y PARCIALMENTE PROBADAS las de INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL DEMADO y COBRO DE LO NO DEBIDO, formuladas por la demandada.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandada en la suma de \$700.000 como agencias en derecho.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Adujo en síntesis, que el Juez de Primera instancia, le dio validez a un acuerdo de exclusión salarial, cuando el mismo no cumplió con los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para ello, en la medida que no fue expreso, claro, preciso y detallado respecto de los conceptos que no tendrían dicha característica. Afirmó que la carga de la prueba estaba en cabeza del empleador, quien debió demostrar que los rubros relacionados en la demanda no constituían factor salarial, razón que conlleva a la reliquidación de las prestaciones y el pago de la indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías.

V. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA

Indicó: “me permito presentar de forma respetuosa recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, únicamente en aquel numeral numero primero en el cual se condena a mi representada a reliquidar los aportes al sistema de seguridad social en pensión, como quiera que, tal como precisamente como se determinó dentro del proceso, a la trabajadora aquí demandante se le cancelo todos los salarios conforme a lo pactado y de conformidad a ello se realizaron todos los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, acorde a la ley, entonces en ese sentido no existiría en este caso particular condenar a mi representada por este concepto como quiera que en lo demás aspecto tal como efectivamente lo determinó la señora juez de forma acertada se le cancelaron en exceso inclusive valores a la aquí demandante por lo que no habría lugar en este caso a realizar la reliquidación de los aportes correspondiente del 1 de enero de 2015 al 2 de diciembre de 2016, en los montos indicados en la sentencia, en ese sentido presento mi inconformidad respecto de la decisión adoptada por este despacho, para que sea la Sala Laboral del Tribunal resuelva y se revoque este numeral, respecto de los demás puntos con excepción de la costas y a las agencias en derecho.”

VI. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del CPT Y SS. –principio de consonancia-, la Sala estudiará si le asiste la razón a la parte demandante, en cuanto a que hay lugar a la reliquidación de sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social, por cuanto para su reconocimiento no se tuvo en cuenta al salario realmente devengado.

En el presente asunto, no existe controversia frente a la existencia del vínculo laboral entre las partes, a través de un contrato a término indefinido desde el 1 de febrero de 2014 al 2 de diciembre de 2016, toda vez que el mismo fue aceptado por la sociedad enjuiciada desde la contestación de la demanda y se encuentra acreditado documentalmente en el proceso (folio 72 y 111-118, 123).

Ahora, frente al monto del salario percibido por la actora, se remite la Sala a lo dispuesto por el artículo 127 del Código sustantivo del Trabajo, norma que establece como constitutiva de salario no solo la remuneración ordinaria, sino la fija o variable que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones; tales factores por corresponder a la noción legal del salario no pueden ser desconocidos en su vocación salarial, porque al corresponder a una retribución directa del servicio y por pertenecer a la estructura fundamental del salario, la ley les asigna de modo insustituible tal condición.

Así mismo, el artículo 128 ibidem, señala que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones, ni aquello que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tampoco los beneficios o auxilios habituales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador; empero considera la Sala que en aras de realizar una hermenéutica acorde con los principios del derecho laboral y constitucional, no debe limitarse únicamente a la verificación restrictiva de un silogismo consistente en apreciar el clausulado del contrato de trabajo, sin detenerse a establecer lo realmente ocurrido en el desarrollo de la relación laboral.

En este sentido, es preciso insistir que toda remuneración que reciba el trabajador por la directa contraprestación de sus servicios, que, por demás, van a incrementar su patrimonio personal, debe ser considerada como factor salarial, pues precisamente reconoce su actividad personal en el cumplimiento de sus funciones.

Efectuadas las anteriores precisiones encuentra la Sala que en el contrato de trabajo suscrito entre las partes (fl. 123) se pactó como remuneración el salario mínimo equivalente a \$616.000 para la fecha de suscripción-año 2014- y en la cláusula decima segunda se estipuló que *“El empleador podrá reconocer beneficios, primas, prestaciones de naturaleza extra legal, lo que se hace a título de mera liberalidad y estos subsistirán hasta que el Empleador decida su modificación o supresión, atendiendo su capacidad, todos los cuales se otorgan y reconocen, y el trabajador así lo acuerdan sin que tengan carácter salarial y por lo tanto no tiene efecto prestacional o incidencia en la base de aportes en la seguridad social o parafiscal en especial este acuerdo se refiere a auxilios en dinero o en especie, primas periódicas o de antigüedad o en general beneficios de esa naturaleza, los que podrán ser modificados o suprimidos por el Empleador de acuerdo con su determinación unilateral tal como fue otorgado.*

Ahora al observar los desprendible de nóminas que obran de folio 37 a 81, se establece que durante los años 2015 y 2016, la demandante percibió los siguientes rubros:

2015	QUINCENA	SALARIO	AUXILIO DE TRANSPORTE	HORAS EXTRAS	AUXILIO	TOTAL DEVENGADOS
enero	1ra	\$308.000	\$ 36.000,00	\$ -	\$30.640,00	\$ 374.640,00
	2da	\$322.175	\$ 37.000,00			\$ 359.175,00
Febrero	1ra	0	0	0	0	
	2da	\$322.175	\$ 37.000,00			\$ 359.175,00
marzo	1ra	\$322.175	\$ 37.000,00	\$9.625,00		\$ 368.800,00
	2da	\$322.175	\$ 37.000,00	\$43.152,00		\$ 402.327,00
abril	1ra	\$322.175	\$ 37.000,00			\$ 359.175,00
	2da	\$322.175	\$ 37.000,00	\$ 78.604,00		\$ 437.779,00
mayo	1ra	\$257.740	\$ 37.000,00	\$ 64.167,00		\$358.907,00
	2da	\$85.913	\$ 37.000,00	\$20.854,00		\$ 143.767,00

Ordinario n.º027-2018-00303-01
Luz Dary González Tovar vs Tampamarca SAS

junio	1ra	\$322.175	\$ 37.000,00	\$36.896,00		\$ 396.071,00
	2da	\$322.175	\$ 37.000,00			\$ 359.175,00
julio	1ra	\$322.175	\$ 37.000,00			\$359.175,00
	2da	\$322.175	\$ 37.000,00			\$359.175,00
agosto	1ra	\$322.175	\$ 37.000,00			\$ 359.175,00
	2da	\$322.175	\$ 37.000,00			\$ 359.175,00
septiembre	1ra	\$322.175	\$ 37.000,00		\$16.599,00	\$ 375.774,00
	2da	\$322.175	\$37.000,00	\$36.896,00	\$16.599,00	\$ 412.670,00
octubre	1ra	\$322.175	\$37.000,00		\$16.599,00	\$ 375.774,00
	2da	\$322.175	\$37.000,00		\$16.599,00	\$ 375.774,00
noviembre	1ra	\$322.175	\$37.000,00		\$16.599,00	\$ 375.774,00
	2da	\$322.175	\$37.000,00		\$16.599,00	\$ 375.774,00
diciembre	1ra	\$322.175	\$37.000,00	\$ 46.621,00	\$16.599,00	\$ 422.395,00
	2da	\$322.175	\$37.000,00		\$16.599,00	\$375.774,00
2016						
enero	1ra	\$322.175	\$ 37.000,00		\$16.599,00	\$375.774,00
	2da	\$344.728	\$ 38.850,00			\$383.578,00
Febrero	1ra					
	2da	\$344.728	\$ 38.850,00		\$5.272,00	\$388.850,00
marzo	1ra	\$344.728	\$ 38.850,00	\$ 54.542,00	\$5.272,00	\$443.392,00
	2da	\$344.728	\$38.850,00	\$120.312,00	\$5.272,00	\$509.162,00
abril	1ra	\$344.728	\$ 38.850,00	\$ 16.042,00	\$5.272,00	\$454.892,00
	2da	\$344.728	\$38.850,00		\$55.272,00	\$438.850,00

mayo	1ra	\$344.728	\$ 38.850,00	\$107.479,00	\$163.272,0	\$ 654.329,00
	2da	\$344.728	\$ 38.850,00	\$25.136,00	\$72.876,00	\$481.590,00
junio	1ra	\$344.728	\$ 38.850,00		\$55.249,00	\$ 438.827,00
	2da	\$344.728	\$38.850,00		\$66.498,00	\$ 450.076,00
julio	1ra	\$ 344.728	\$38.850,00		\$55.249,00	\$ 438.827,00
	2da	\$ 344.728	\$38.850,00		\$55.249,00	\$ 438.827,00
agosto	1ra	\$344.728	\$ 38.850,00		\$80.249,00	\$463.827,00
	2da	\$344.728	\$ 38.850,00		\$80.249,00	\$ 463.827,00
septiembre	1ra	\$344.728	\$38.850,00		\$80.249,00	\$463.827,00
	2da	\$344.728	\$38.850,00		\$80.249,00	\$463.827,00
octubre	1ra	\$344.728	\$38.850,00		\$80.249,00	\$ 463.827,00
	2da	\$344.728	\$38.850,00		\$80.249,00	\$ 463.827,00
noviembre	1ra	\$344.728	\$ 38.850,00		\$80.249,00	\$ 463.827,00
	2da	\$344.728	\$ 38.850,00			\$ 383.578,00

Con base al marco normativo citado y los desprendibles de pagos descritos precedentemente, concluye esta Sala decisión que en el caso de la demandante constituye salario, solo lo percibido por concepto de sueldo y horas extras, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, el auxilio de transporte no hace parte para liquidar las contribuciones al sistema de seguridad social, ello en la medida que no es considerado como salario, ya que no se recibe como retribución directa de los servicios prestados

Adicionalmente, aquello que recibió la trabajadora y denominado “auxilio”, además de pactarse en el contrato de trabajo que todo lo percibido por “auxilios en dinero” no constituían factor salarial, nótese que para el año 2015 y parte del 2016, se desconoce cuál era el objetivo o finalidad de este

rubro, el cual resultaba necesario probar para efectos de determinar si retribuía la labor prestada por la actora, además que en el año 2015, solo lo percibió en los meses de enero, septiembre, octubre, noviembre y diciembre, en cuantía de \$36.198 mensuales.

Ahora, si bien se evidencia que a partir del mes de febrero de 2016, ya se precisó en los desprendibles que aquella cifra recibida por "auxilio" correspondía a "alimentación", el que fue variable durante todos los meses, y oscilaba entre los \$5.272 mensuales hasta \$163.272, a la luz de lo previsto en el artículo 128 del C.S.T., este concepto no tiene la connotación de salario, ya que no se recibió como contraprestación directa del servicios, sin que dentro del plenario se haya acreditado que estas sumas de dinero, tenían otra finalidad y si retribuía por la labor prestada.

Así las cosas la sentencia de primera instancia será modificada, en el sentido que la entidad demandante deberá realizar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por lo meses que a continuación se relación y con base a los salarios descritos, advirtiendo que no habrá condena respecto de los meses de enero, febrero y mayo de 2015 y enero y febrero de 2016, ya que según la nómina, la demandante solo laboró por un término inferior a los 30 días, pagando el empleador el salario de acuerdo al tiempo trabajado, resultando ser inferior al salario mínimo legal, mientras que en la entidad de seguridad social, el valor reportado por aportes pensionales fue equivalente a este último, al así afirmarse en el hecho 23 del escrito de demanda (folio 11). Igualmente, se absolverá a la pasiva de la reliquidación de aportes pensionales, correspondiente a los meses de julio, agosto, octubre y noviembre de 2015 y junio a noviembre de 2016, ya que el salario percibido fue equivalente al mínimo legal, sin que exista certeza de una suma superior:

2015	QUINCENA	SALARIO	HORAS EXTRAS	
enero	1ra	\$ 308.000,00	\$ -	
	2da	\$ 322.175,00		\$630.175

Ordinario n.º027-2018-00303-01
Luz Dary González Tovar vs Tampomarca SAS

Febrero	1ra	0	0	
	2da	\$ 322.175,00		\$322.175
marzo	1ra	\$ 322.175,00	\$ 9.625,00	\$ 331.800,00
	2da	\$ 322.175,00	\$ 43.152,00	\$ 365.327,00
				\$ 697.127,00
abril	1ra	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
	2da	\$ 322.175,00	\$ 78.604,00	\$ 400.779,00
				\$ 722.954,00
junio	1ra	\$ 322.175,00	\$ 36.896,00	\$ 359.071,00
	2da	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
				\$ 681.246,00
julio	1ra	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
	2da	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
				\$ 644.350,00
agosto	1ra	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
	2da	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
				\$ 644.350,00
septiembre	1ra	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
	2da	\$ 322.175,00	\$ 36.896,00	\$ 359.071,00
				\$ 681.246,00
octubre	1ra	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
	2da	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
				\$ 644.350,00
noviembre	1ra	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
	2da	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
				\$ 644.350,00
diciembre	1ra	\$ 322.175,00	\$ 46.621,00	\$ 368.796,00
	2da	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
				\$ 690.971,00
2016	quincena			
enero	1ra	\$ 322.175,00		\$ 322.175,00
	2da	\$ 344.728,00		\$ 344.728,00
				\$ 666.903,00

Febrero	1ra			
	2da	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
marzo	1ra	\$	344.728,00	\$ 54.542,00
	2da	\$	344.728,00	\$ 120.312,00
				\$ 864.310,00
abril	1ra	\$	344.728,00	\$ 16.042,00
	2da	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
				\$ 705.498,00
mayo	1ra	\$	344.728,00	\$ 107.479,00
	2da	\$	344.728,00	\$ 25.136,00
				\$ 822.071,00
junio	1ra	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
	2da	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
				\$ 689.456,00
julio	1ra	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
	2da	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
				\$ 689.456,00
agosto	1ra	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
	2da	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
				\$ 689.456,00
septiembre	1ra	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
	2da	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
				\$ 689.456,00
octubre	1ra	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
	2da	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
				\$ 689.456,00
noviembre	1ra	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
	2da	\$	344.728,00	\$ 344.728,00
				\$ 689.456,00

Finalmente, respecto de la reliquidación de cesantías, primas de servicios, y vacaciones, ha de indicarse en primer lugar que para efectos de liquidación de prestaciones sociales, el auxilio de transporte debe ser incorporado, por así establecerlo el artículo 7 la Ley 1 de 1963.

En este orden de ideas, al realizar las operaciones aritméticas para efectos de determinar el salario del año 2016- *única anualidad estudiada por el A-quo y frente a la cual no hubo reparo por la demandante*-se determinó una suma igual a \$759.477, que incluye sueldo, auxilio de transporte y horas extras; sin embargo el salario establecido por el empleador y tenido en cuenta para la liquidación final de prestaciones fue de \$784.371, para cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, mientras que para vacaciones fue equivalente a \$689.454., es decir, superior a la hallada por esta Corporación, por lo que no hay lugar a reliquidación la liquidación final de prestaciones sociales y vacaciones, absolucón que conlleva a despachar de manera desfavorable las peticiones por indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías.

En los anteriores términos, la sentencia de primera instancia será modificada, solo respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, conforme se enuncio precedentemente.

Ahora, frente al tema referente a las costas procesales, basta decir, que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral, por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T Y SS, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, por ende se considera que dicha condena, no se encuentra supeditada al hecho de si el sujeto que resultó vencido en juicio, actúo o no de buena fe, a disquisiciones intrínsecas o meras subjetividades, su imposición obedece a criterios objetivos y solo se circunscribe al resultado del proceso.

Atendiendo lo expuesto, la condena en costas que impuso el operador jurídico de primera instancia se torna procedente, al ceñirse al contexto normativo que las regula.

Costas. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de febrero de 2020, en el sentido de condenar a la compañía TAMPOMARCA S.A.S a reliquidar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, realizados a favor de la demandante, para los meses que a continuación se relacionan y teniendo en cuenta los siguientes salarios:

AÑO 2015

MARZO:	\$697.127
ABRIL:	\$722.954
JUNIO:	\$681.246
SEPTIEMBRE:	\$681.246
DICIEMBRE:	\$690.971

AÑO 2016

MARZO:	\$864.310
ABRIL:	\$705.498
MAYO:	\$822.071

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, según se expuso.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notifica en edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ÚLTIMA HOJA DEL PROCESO ORDINARIO N.º027-2018-00303-01, PROMOVIDO POR LUZ DARY GONZÁLEZ TOVAR VS TAMPOMARCA S.A.S



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

DR. LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FLOR MARINA PARRA
BENAVIDES contra **COLPENSIONES. EXP. 017-2018-00304-01**

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de febrero de 2020.

Por otra parte se advierte que la apoderada de la parte demandante, presentó escrito de alegaciones, solicitando acceder a la suplicas enunciadas en el escrito de demanda.

I. ANTECEDENTES

La señora FLOR MARINA PARRA BENAVIDES, pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, por la muerte de su compañero permanente PABLO BELLO SUAREZ,

quien falleció el **27 de marzo de 2000**, junto con los intereses moratorios, indexación, mesadas adicionales y las costas del proceso.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho pensional a favor de sus beneficiarios; sumado a que a la demandante le fue reconocida una indemnización sustitutiva. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe. (folio 29-39).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., con sentencia del 28 de febrero de 2020 **RESOLVIÓ**:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, propuestas por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, según las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: ABSOLVER A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora FLOR MARINA PARRA BENAVIDES, identificada con la C.C. 51.999.219 según las razones expuestas.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS al demandante, en firme la presente providencia, por Secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho por valor de \$250.000.

CUARTO: SE DISPONE LA CONSULTA a favor de la demandante. Remítase el expediente al superior, en las condiciones ya señaladas.”

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Indicó: *“en este momento interpongo el debido recurso de apelación, fundamentado en el hecho que la parte demandante pues no está de acuerdo con la sentencia emitida por este juzgado, ya que consideramos que debe tomarse en cuenta las semanas cotizadas por el causante, todas las semanas que cotizó el causante durante los 13 años que se mencionaron anteriormente”*

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en lo previsto en el artículo 66 del C.P.T y S.S- principio de consonancia, la Sala estudiará si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.

Al respecto debemos tener en cuenta que las pensiones de sobrevivientes por regla general se rigen por la norma vigente en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Sin embargo, por vía jurisprudencial se ha establecido una excepción a esa regla general, la que se deriva en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y se presenta, cuando ante un cambio del sistema de seguridad social en pensiones, el nuevo contempla unos requisitos más gravosos que el anterior.

Este criterio lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación N° 40662 del 15 de febrero de 2011, mediante la cual determinó que la condición más beneficiosa, se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora.

En el presente asunto, como el afiliado PABLO BELLO SUAREZ - falleció el 27 de marzo de 2000 (folio 22), en principio la norma aplicable sería el literal b artículo 39 la Ley 100 de 1993-*al ser afiliado inactivo-* por lo que

resulta indiscutido, que el señor BELLO, no logró cotizar 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a su deceso, toda vez que de la historia laboral del afiliado, se logra determinar que la última cotización efectuada al sistema general en pensiones la efectuó para el ciclo marzo de 1997 (folio 24).

Sin embargo, aduce la demandante que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes establecida en el artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, en la medida que su compañero cotizó más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Previo a determinar si el afiliado fallecido dejó causado el derecho pensional establecido en el Acuerdo 049 de 1990, por virtud del principio de la condición más beneficiosa, cabe agregar que la Sala de Casación Laboral en reiteradas sentencias, entre ellas, en la providencia con radicado 53713 de 2017, ha precisado que las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, debe estar satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993.

Luego entonces, tenemos que al revisar la historia laboral del señor PABLO BELLO SUAREZ, se verifica que cotizó 62.19, semanas, entre el 01 de enero de 1996 y el 31 de marzo de 1997, por lo que tampoco cumplió con los presupuestos exigidos por el artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990 (folio 24).

No es posible computar los aportes realizados, entre el 02 de junio de 1981 y el 31 de diciembre de 1995 a la Caja de Previsión Social de Bogotá, en la medida que en tratándose del Acuerdo 049 de 1990, solo es posible sumar cotizaciones realizadas a COLPENSIONES, especialmente cuando se invoca la condición más beneficiosa.

Por ultima cabe precisar, que en sentencia SU-057 de 2018, proferida por la Corte Constitucional, se indicó que era posible sumar tiempos de servicios no cotizados al ISS y los aportes realizados a esta entidad. Así mismo, en

reciente jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral¹ estableció la posibilidad de computar tiempos públicos y privados para causar pensiones bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, lo hizo para personas que se beneficiaban del régimen de transición, por integración normativa del literal f) del artículo 13, el párrafo 1º del artículo 33, y el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Igual la Corte Constitucional, en su sentencia de unificación, realizó el análisis lo efectuó para el reconocimiento de la pensión de vejez, prestación que en el presente asunto no se estudia, ya que el beneficio examinado es la pensión de sobrevivientes, por virtud del principio de la condición más beneficiosa.

Lo anterior indica, que al aplicarse el principio de la condición más beneficiosa- *el cual permite ante la ausencia de régimen de transición, en pensiones de invalidez y de sobrevivientes, dar efectos ultractivos a la normatividad anterior, cuando en su vigencia se cumplan los supuestos de la norma relativos al número mínimo de cotizaciones-*, era porque el afiliado tenía un derecho consolidado o una expectativa legítima, es decir, reunía en su momento las 300 semanas de cotización al ISS, empero en el caso del señor PABLO BELLO SUAREZ, cónyuge de la demandante, no cumplió con dicho presupuesto, por lo que no podemos decir que tenía un derecho consolidado y otorgarle un beneficio pensional a su beneficiarios solo por un cambio jurisprudencial respecto de un riesgo diferente y con situaciones fácticas distintas.

En consecuencia, atendiendo los argumentos expuestos precedentemente la sentencia de primera instancia será confirmada.

Costas. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹ Sentencia SL 1947 de 2020.

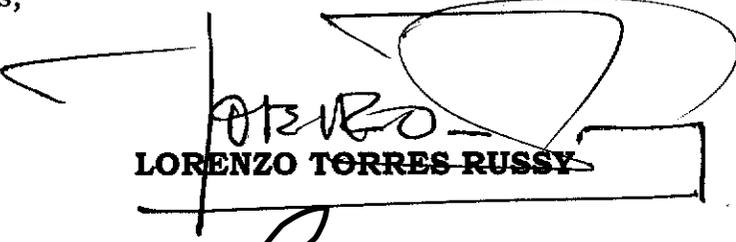
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de febrero de 2020, conforme se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

Esta decisión se notifica por EDICTO.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

SALVO VOTO


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Ultima hoja del proceso ordinario laboral n.º017-2018-00304-01 promovido por Flor Marina Benavides vs Colpensiones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR PABLO GARCIA BELLO
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-**
COLPENSIONES Y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

RADICADO: 11001 31 05 019 2018 00357 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la última entidad mencionada, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de agosto de 2020.

Por otra parte se observa que los apoderados de las partes, presentaron escritos a través de los cuales exponen sus alegatos de conclusión.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIR S.A., por la indebida y nula información acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro régimen. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita ordenar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y

efectuar la devolución a esta entidad de todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación, así como el pago de las costas procesales.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 21 de abril de 1955, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales en el año 1981; que el 01 de diciembre de 1998, se trasladó al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., sin que dicha entidad le hubiere suministrado la información necesaria relacionada con las ventajas y desventajas del régimen al cual se estaba vinculando. Finalmente informó que, presentó reclamación ante las entidades demandadas, con la finalidad de obtener la nulidad de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual, siendo negado su requerimiento.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 2, 48, 49, 53, 58, 93,, 95, 335 de la Constitución Política, artículos 1, 11, 13, 36, 270, 271 de la Ley 100 de 1993, Ley 1395 de 2010 y Ley 1564 de 2012. Así como las sentencias T-827 de 1999 y 33083 de 2011, esta última emitida por la Sala de Casación Laboral

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación a la demanda como aparece de folio 77-81, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que el accionante no probó los respectivos vicios del consentimiento, además que para la fecha en que radico la solicitud de retorno al R.PM, le hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, por lo que de conformidad con la sentencia SU-062 de 2010, no era posible el traslado. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima Media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada.

Por su parte **PORVENIR S.A.**, luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que la vinculación que realizó el accionante al régimen que administra, se efectuó de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal y necesaria para

entender las condiciones, beneficios y características del régimen al cual se estaba vinculando. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe. (folio 110-131)

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de agosto de 2020, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor PABLO GARCIA BELLO identificado con C.C.n.°13.837.657 de Bucaramanga, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, identificada con NIT 800.144.331.3, realizado el día 22 de octubre de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante PABLO GARCÍA BELLO, identificado con C.C.13.837.657 de Bucaramanga, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, desde el 09 de marzo de 1981, hasta la actualidad como si nunca se hubiere trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demanda AFP PORVNEIR S.A. PENSIONES YC ESANTIAS S.A., identificada con NIT 800-144-331-3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor PABLO GARCÍA BELLO, identificado con C.C. n.°13.837.657 de Bucaramanga, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER a las demandada de las demandadas pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

SEXTO: EN CASO de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

El A-quo argumento que el Fondo Privado no cumplió con la carga de la prueba tendiente a demostrar que le brindó a la demandante la información suficiente para que pudiera adoptar en debida forma la decisión de trasladarse de régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

Alegó en síntesis que el único requisito que se exigía para tener por válida la afiliación al RAIS, era con el formulación de vinculación, en la medida que para la fecha no se requería una doble asesoría y que aceptar el retorno del demandante al RPM, conllevaría la desfinanciación del sistema.

V. RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A.

Insiste en que para la fecha de afiliación del actor, impartió la asesoría que exigía la ley, requisito que a su juicio se entendía satisfecho con la firma del formulario, que solo con los cambios legislativos y jurisprudenciales, se determinó la obligación de efectuar a los posibles afiliados proyecciones pensionales, impartir un buen consejo y la doble asesoría. Además preciso que el demandante debió informarse sobre las consecuencias del acto jurídico que había realizado y que la falta de conocimiento no puede ser alegado como un vicio en el consentimiento, pues las normas eran de orden público. Finalmente señala frente a la condena por gastos de administración, que dichas sumas ya no se encuentra en su poder, pues fueron invertidas para la buena administración de la cuenta del afiliado.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emití las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás pretensiones solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para dar solución al cuestionamiento planteado, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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 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.

Luego entonces, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y citada precedentemente, destacan lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Ahora, en el presente asunto tenemos que del formulario de afiliación obrante a folio 59 del expediente, se corrobora que el 22 de octubre de 1998, el demandante se afilio al RAIS administrado por la sociedad PORVENIR S.A.

El señor PABLO GARCÍA BELLO, al absolver el interrogatorio de parte adujo que la única información que recibió del Fondo Privado, era que el Instituto de Seguro Social, se iba acabar y que tenía que trasladarse, a las entidades administradoras del RAIS *“que se acaba y tocaba buscar para donde irse, se acababa el Instituto de Seguro Social”*

Por otra parte PORVENIR S.A. indicó en el escrito de contestación: *“al momento de realizarse la afiliación al RAIS, lo realizó de forma libre y espontánea, completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal por parte de mi representada con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios y características del Régimen de Ahorro Individual” (folio 116)*

Adicionalmente la representante legal de PORVENIR S.A. al absolver el interrogatorio de parte en la diligencia de práctica de pruebas, frente a la pregunta *“no existe ninguna evidencia de que el fondo haya tenido la intención de notificarle y de citar a mi poderdante para brindarle una asesoría”,* contestó: *“no me consta”*

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento o material que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Adicionalmente PORVENIR S.A., entidad a la cual realizó el traslado de régimen pensional, en su escrito de contestación, manifestó que previo al traslado de régimen pensional impartió al afiliado, una asesoría o

información acerca de las características del sistema, pero pese a dicha afirmación no existe prueba alguna que avale este supuesto factico, quedándose a juicio de la Sala en una simple manifestación, más cuando el representante legal del Fondo Privado, aseguró no constarle la información impartida al afiliado.

Ahora, en relación con los gastos de administración, ha de precisarse que los efectos que produce la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, es decir, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que conlleva a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Colpensiones, postura que ha sido tomada de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de **COLPENSIONES** a la **AFP PORVENIR**, el 22° de octubre de 1998, por lo

que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el actor en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en este aspecto.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

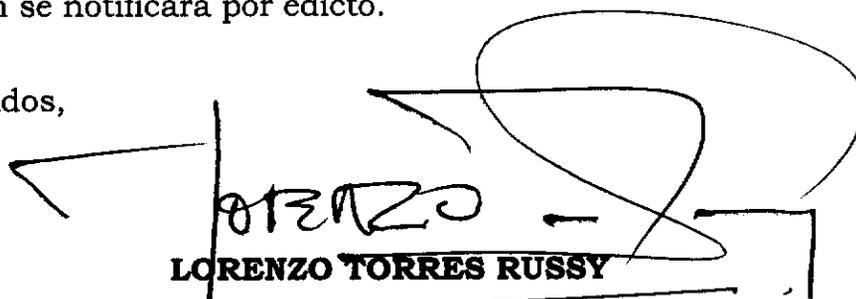
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de agosto de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ISABEL HERNÁNDEZ AYALA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-**
COLPENSIONES Y FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

RADICADO: 11001 3105 034 2018 00663 01.

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de marzo de 2020.

Así mismo, se advierte que las partes presentaron escritos exponiendo los alegatos de conclusión, tal como se corrobora de folio 140-165.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare nulo el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la compañía PORVENIR S.A. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita ordenar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y efectuar la devolución a esta entidad de los aportes

pensionales, bonos, rendimientos, intereses, comisiones, así como el pago de las costas procesales. Sustentó sus pretensiones, en que nació el 7 de enero de 1964, que se afilió al ISS el 30 de noviembre de 1987, donde cotizó un total de 141 semanas, que en mes de junio de 1994, se trasladó al RAIS, administrado por Horizonte actualmente PORVENIR S.A., sin que al momento de la vinculación le hubiesen informado sobre las consecuencias de dicha decisión. Finalmente señaló que el 20 de noviembre de 2018, radico petición ante COLPENSIONES, con el objetivo de obtener su retorno al régimen que administra, pero que la entidad no atendió su requerimiento.

Como fundamento normativo, citó el artículo 15 del C.S.T., artículo 53 de la C.N., así como la sentencia C-556 de 1994 y la sentencia emitida por la Sala de Casación Laboral con radicado n.º 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, a través de su apoderada judicial, dio contestación a la demanda como se observa a folios 38-53, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que de las pruebas arrojadas al proceso se evidencia que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, ex error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción e innominada o genérica.

Por su parte **PORVENIR S.A.**, fundamentó su oposición en que la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica (Folios 85-96).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de marzo de 2020, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado realizado por la demandante ISABEL HERNANDEZ AYALA del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, efectuado el 6 de abril de 1994, a través de la afiliación a la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondo de Pensiones PORVENIR S.A., a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de ISABEL HERNANDEZ AYALA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de ISABEL HERNANDEZ AYALA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones propuestas en la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas. Se fija como agencias en derecho, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, por cada una de ellas.

SEPTIMO: CONSULTAR la sentencia ante el Tribunal Superior de Bogotá, en caso de no ser objeto del recurso de apelación.”

El A-quo argumento que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, tendiente a demostrar que le brindaron a la demandante la información suficiente para que pudiera adoptar en debida forma la decisión de trasladarse de régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A.

Adujo en síntesis, que no comparte el criterio esbozado por el Juzgador de primera instancia, relacionado a que faltó al deber de información e indujo en error a la afiliada, pues se trata de situaciones que no pueden ser concurrentes. Así mismo preciso que la demandante en el interrogatorio de parte preciso que entregó información al asesor, que no tuvo dudas ni realizó preguntas. Que el formulario entregado a la actora, se trata de un documento aprobado por las entidades competentes y encargadas de la vigilancia y control. Así mismo manifestó que las inversiones de la carga de la prueba deben estar enunciadas legalmente, por lo que considera que no había lugar a imponerle tal presupuesto a la entidad, más cuando las normas al ser de orden público, debían ser conocidas por la demandante. Adujo que para la época del traslado, no existía la obligación de realizar proyecciones. Que el error de hecho es susceptible de saneamiento, a través de la ratificación, situación que aconteció en el caso de la accionante, al haber realizado aportes en el RAIS, por más de 25 años. Así mismo señaló que no procedía la nulidad por vicios en el consentimiento; que no había lugar al traslado del bono pensional, pues no es la encargada de la emisión, como tampoco de las sumas adicionales y gastos de administración.

V. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Insiste en que de las pruebas aportadas al plenario, se evidenciaba que el asesor del fondo privado, impartió información a la accionante y que ella a su vez suministró los datos requeridos para el diligenciamiento del formulario. Que en el año 2011, cuando la afiliada cumplió los 47 años de edad, había podido solicitar una proyección de su pensión. Finalmente, indicó que de declararse la nulidad, afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio

que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n.º 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás pretensiones solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para dar solución al cuestionamiento planteado, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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 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.

Luego entonces, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y citada precedentemente, destacan lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Ahora, en el presente asunto tenemos que del formulario de afiliación obrante a folio 98, se corrobora que la demandante se vinculó al RAIS administrado a través de la sociedad PORVENIR S.A., el 06 de abril de 1994.

La señora ISABEL HERNANDEZ AYALA, al absolver el interrogatorio de parte, manifestó: *“la información básica que dieron tenía que ver con los beneficios, las ventajas que tenía el pasarse del régimen del seguro al régimen privado, y básicamente lo que nos decían, era que en ese momento estaba por terminarse el seguro, entonces que era un riesgo muy alto quedarse ahí, y por el otro lado habían una serie de ventajas por ejemplo que yo como mujer podía pensionarme antes de los 55 años y con mis aportes podía recibir muchísimos mejores beneficios que con el seguro, eso era en síntesis lo que nos ofrecían en ese momento”*

Por otra parte, PORVENIR S.A. indicó en escrito de contestación: *“El traslado de régimen pensional efectuado con PORVENIR S.A, cumplió con todos los requisitos legales para que naciera a la vida jurídica, y como consecuencia surtiera todos los efectos que le son propios, esto, por cuanto dicho traslado constituyó una decisión libre, voluntaria, informada y sin presiones por parte del demandante, tal y como consta en el formulario de afiliación suscrito por el mismo, después de que fuera informado acerca de los regímenes pensionales, a saber, el Régimen de Prima Media (RPM) y el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (RAIS), su funcionamiento, características, ventajas y desventajas, forma de liquidar las prestaciones.”* (Subrayado fuera del texto-folio 85)

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento o material que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Adicionalmente, PORVENIR S.A. en su escrito de contestación, manifestó que previo al traslado de régimen pensional impartió al afiliado, una asesoría o información acerca del régimen pensional al cual se iba a vincular, empero pese a dicha afirmación no existe prueba alguna que avale dicho supuesto factico, quedándose a juicio de la Sala en una simple manifestación.

Ahora, en relación con el tema relacionado con los rendimientos financieros, ha de precisarse que los efectos que produce la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, es decir, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que conlleva a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Colpensiones, postura que ha sido tomada de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Ahora en cuanto a la emisión y pago del bono pensional, ha de precisarse que este tema no es objeto de discusión en el presente proceso, sin

embargo se advierte que en caso de que PORVENIR S.A. haya recibido suma alguno por este concepto, en la cuenta individual de la accionante, deberá retornar este rubro al Régimen de Prima Media.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo y por ende las suplicas accesorias que de ellas se derivan, tampoco.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA y/o NULIDAD DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A. el 06 de abril de 1994, por lo que esta entidad deberá trasladar a la primera de las mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de marzo de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

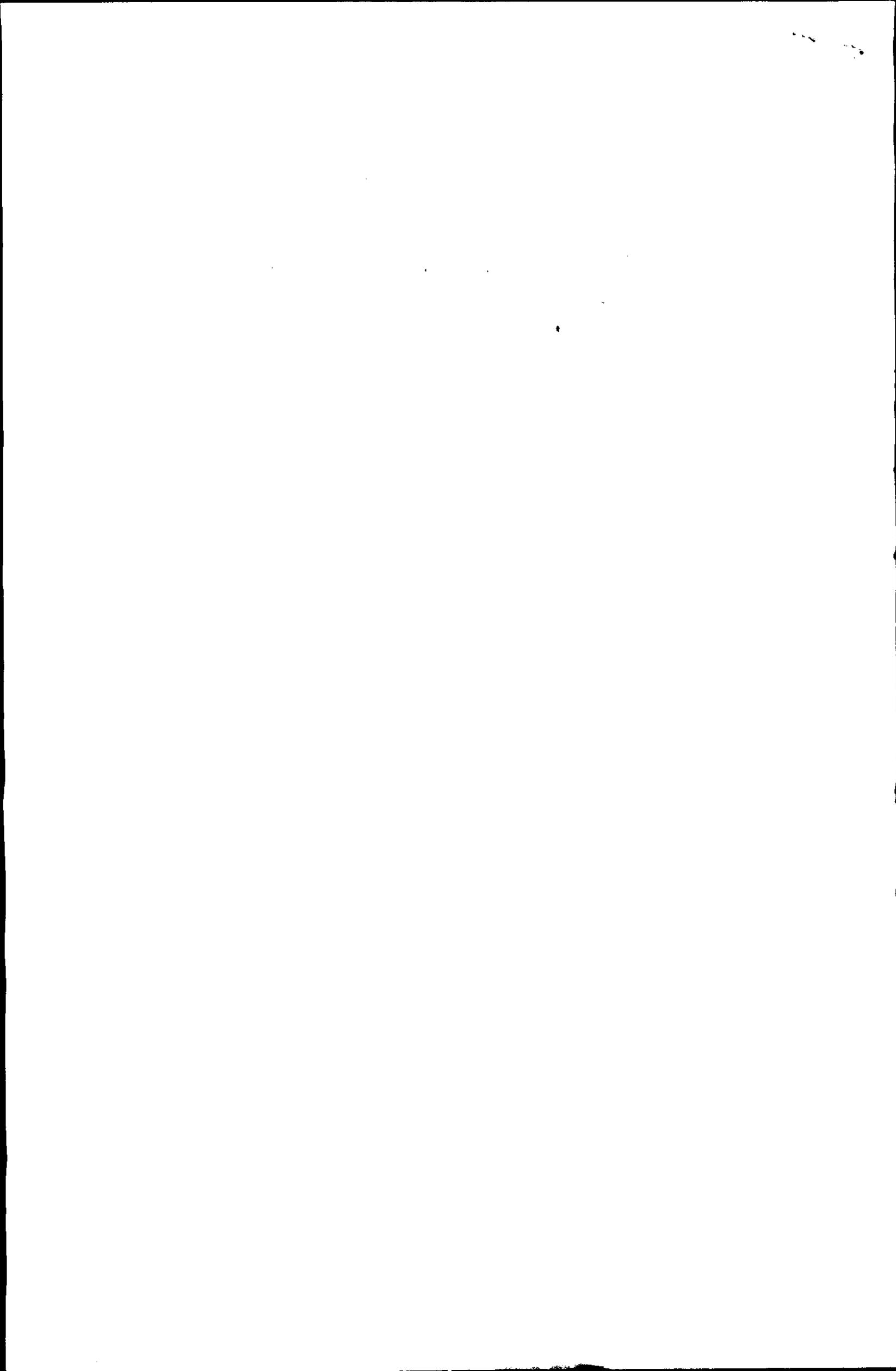


MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

*Última hoja del proceso Proceso Rad. n.º 034-2018-00663-01, promovido por Isabel Hernández Ayala
contra Colpensiones y otros.*





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARINA STELA CANALES DE GOMEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES

RADICADO: 11001 3105 014 2018 00696 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación concedido a favor de la parte demandante contra a la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de febrero de 2020.

Por otra parte se advierte que la parte demandante presento alegatos, a través de los cuales solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se reliquide el monto de la mesada pensional que le fue concedida inicialmente a su cónyuge GUILLERMO GOMEZ GONZALEZ, y que con posterioridad le fuere sustitutiva, con ocasión del fallecimiento del pensionado. Así mismo peticiona el pago de las diferencias generadas producto de la reliquidación y costas del proceso. Sustento sus pretensiones en que el ISS mediante Resolución n.º05582 de 1994, le

concedió a su cónyuge GUILLERMO GOMEZ (q.e.p.d) pensión de vejez; prestación que fue determinada con base a los salarios devengados durante las últimas 100 semanas de servicio, conforme lo enuncia el Decreto 758 de 1990, para una mesada igual a \$141.262. Adujo que la entidad de Seguridad Social, al momento de liquidar la prestación, no indexo los salarios devengados por el afiliado, figura que de haberse aplicado, hubiese permitido obtener una pensión igual a \$348.470, para el año 1992; Finalmente señaló que radicó petición ante la entidad convocada a juicio, con el propósito de obtener la reliquidación del beneficio pensional que inicialmente le fue concedida a su cónyuge y que ante su muerte le fuere sustituida, pero que la misma fue denegada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación como aparece de folios 58-62, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la pensión que le fue reconocida al señor Gómez González (q.e.p.d) se realizó de conformidad con los lineamientos enunciados en el Decreto 758 de 1998, esto es, con las últimas 100 semanas y una tasa de reemplazo del 78%. Que ante la solicitud de reliquidación presentada por la demandante, procedió a indexar los valores devengados por el pensionado fallecido, encontrando que la mesada que en la actualidad recibe la actora, es superior a la suma determinada. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de febrero de 2020, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARINA STELLA CANALES DE GOMEZ, conforme a lo considerado en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE del estudio de las excepciones propuestas por el extremo pasivo dado el carácter absolutorio de la Litis.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por haber sido vencida en juicio. En oportunidad se tasarán.

CUARTO: En el evento de no apelarse esta decisión debe enviarse en grado jurisdiccional de consulta ante el H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral.

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Adujo en síntesis que la figura de la indexación, se aplica para cualquier pensión legal o convencional reconocida con anterioridad o posterioridad a la vigencia de la Constitución Política de Colombia. Que el IBL, debió determinarse con los salarios devengados, y que si estos no fueron reportados, la entidad de seguridad social estaba en la obligación de requerir al empleador para que realizara los aportes con el salario real.

V. CONSIDERACIONES

En virtud de lo señalado en el artículo 66A del CPTSS-principio de consonancia, la Sala examinará si a la demandante le asiste el derecho a al reliquidación de su mesada pensional, teniendo en cuenta para ello la indexación de la primera mesada pensional.

En el presente asunto no existe discusión, que mediante Acto Administrativo n.º005582 del 31 de mayo de 1994, el ISS reconoció una pensión de vejez compartida a favor del señor GUILLERMO GOMEZ GONZALEZ, en cuantía inicial de \$1471.262, efectiva a partir del 21 de julio de 1992. Así mismo se encuentra probado, que a través de la Resolución n.º054971 del 20 de noviembre de 2008, le fue otorgada una pensión de sobrevivientes a la señora MARINA STELLA CANALES DE GOMEZ, con ocasión al fallecimiento del pensionado GOMEZ GONZALEZ, desde el 15 de septiembre de 2004, en la suma de \$762.241 (Folio 18)

Ahora, frente al tema objeto de discusión, ha sido criterio pacífico de la Sala de Casación Laboral¹, que la indexación de la primera mesada no aplica frente a las pensiones de vejez concedidas por el Instituto de Seguros Sociales, con base a los postulados regulados el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese año, toda vez que de acuerdo con los reglamentos del Instituto (art. 20) las prestaciones se calculan según sus propias fórmulas, con el salario mensual de base de cotización y no con los salarios devengados.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema de la indexación de la primera mesada pensional, expresan:

“Para dilucidar el caso, es indispensable anotar, que el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, dispone la forma de determinar el ingreso base de liquidación para las pensiones causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, ajustándolo con la inflación.

Por su parte, el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al sub lite, establece su fijación teniendo en cuenta:

“II. PENSION DE VEJEZ.

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

(...)

PARÁGRAFO 1o. *El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.*

¹ Sentencia rad. 50748 de 2018.
Sentencia rad. 62315 de 2015
Sentencia rad. 41852 de 2011

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

PARÁGRAFO 2o. *La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:*

Número de semanas: Número de semanas cotizadas.

% Inv. P. Total: Porcentaje Invalidez Permanente Total.

% Inv. P. Absoluta: Porcentaje Invalidez Permanente Absoluta.

% Gran Inv.: Porcentaje Gran Invalidez.”

En ese orden, encuentra la Sala, que el Tribunal no se equivocó al considerar que en la situación examinada no era viable la indexación, toda vez que se trataba de una prestación a cargo del ISS, con sustento en lo previsto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, teniendo en cuenta el número de semanas que logró cotizar, por lo que no era posible abrogarle al ISS la obligación de actualizar las cotizaciones que efectuó entre la fecha en que cesó sus aportes, hasta el cumplimiento de la edad para acceder a la pensión, pues tal situación debe asumirla el afiliado, en la medida en que este pudo seguir aportando para elevar la tasa de reemplazo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa a la que se hizo referencia”.

Luego, como en el asunto de marras, no es materia de controversia que el ISS reconoció al causante pensión de vejez a partir del 21 de julio de 1992, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, no hay lugar a indexar la primera mesada pensional.

Ahora, si lo pretendido por la demandante es la reliquidación de la pensión con base a los salarios que devengó en su momento el pensionado fallecido, ha de indicarse que el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, prevé que el salario mensual de base se obtiene de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas, es decir, no se tiene en cuenta el salario devengado, sino aquel reportado ante la entidad de

seguridad social.

En este orden de ideas, en nada erró la entidad de seguridad en obtener el Ingreso base liquidación, con los salarios reportados al sistema, sin que se le pueda imputar responsabilidad alguna a la convocada a juicio, ante el incumplimiento del empleador en realizar las cotizaciones con base al salario realmente devengado por el trabajador, como quiera que la obligación estaba en cabeza de éste tal como lo precisa el artículo 19 del Acuerdo 049 de 1990: *“Se tomará como salario base para las cotizaciones y aportes que por concepto del seguro de Invalidez, Vejez y Muerte deben cubrir **los patronos al ISS** para efectos de la compartibilidad de las pensiones de que trata el presente Reglamento, el valor de la pensión que se encuentre cancelando y que se vaya a compartir ante el sistema el salario que correspondía”* (negrilla y subrayado fuera del texto).

Por lo anterior, no hay lugar a reliquidar la pensión de vejez que le fue reconocida al señor GUILLERMO GÓMEZ GONZALEZ (q.e.p.d) y que con posterioridad fue sustituida a la demandante en calidad de cónyuge.

Costas. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de febrero de 2020, conforme se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notifica en edicto.

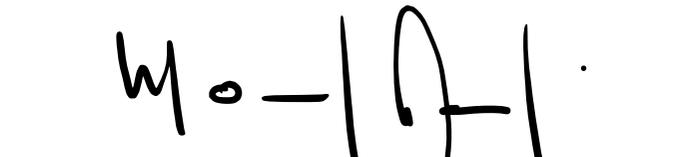
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

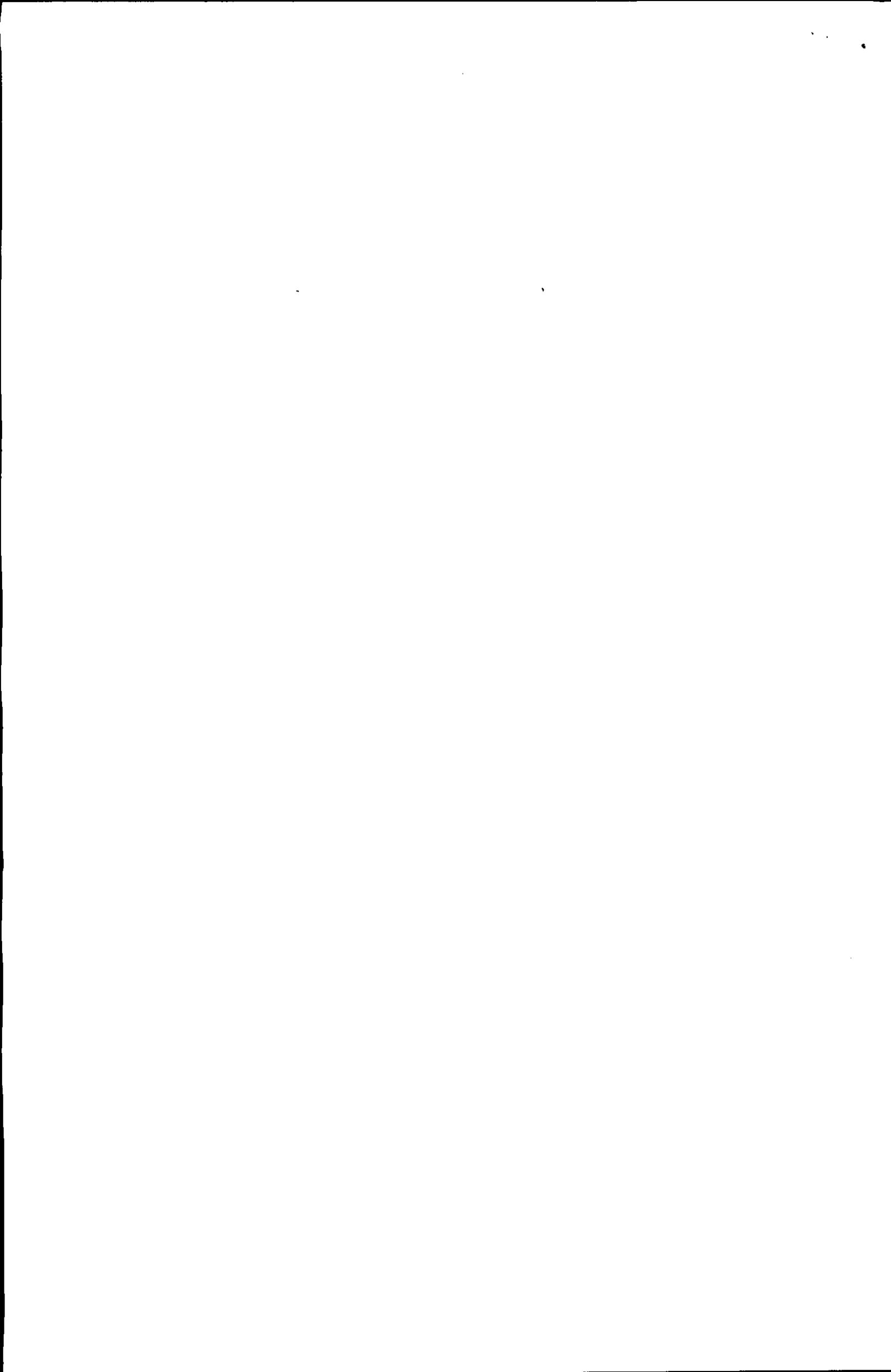


MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**ÚLTIMA HOJA DEL PROCESO ORDINARIO N.º014-2018-00696-01, PROMOVIDO POR MARINA
STELLA CANALES DE GÓMEZ VS COLPENSIONES**





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CANDY SANDOVAL DE CAICEDO contra **COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 31 05 012 2019 00070 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por la compañía demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 09 de junio de 2020.

Por otra parte se observa que el apoderado de COLPENSIONES, presentó escrito a través del cual expone sus alegatos de conclusión.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes establecida en el Acuerdo 049 de 1990 o ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, con ocasión de la muerte de su cónyuge **TOMAS CAICEDO HUERTO**, quien falleció el 20 de julio de 2003, junto con los intereses moratorios o indexación y las costas del proceso.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación a la demanda como aparece de folio 130-139, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que la demandante no acreditó los requisitos establecidos en la ley, para la

causación del derecho pensional. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de marzo de 2020, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, a favor de la señora CANDY SANDOVAL DE CAICEDO, beneficiaria como cónyuge supérstite del fallecido TOMAS CAICEDO HUERTO, a partir del 28 de enero de 2016, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, sobre la base de 14 mensualidades pensionales al año.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional con sus correspondientes reajustes, a partir de dicha calenda autorizando los descuentos en salud que a ese lugar hubiere.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar intereses moratorios a partir del 29 de enero de 2016 y hasta su efectivo pago.

CUARTO: ABSOLVER A COLPENSIONES de las demás súplicas de la demandada.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES, salvo la de prescripción que se declara probada parcialmente, frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 28 de enero de 2016.

SEXTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.800.000.

SEPTIMO: En caso de no ser apelado el presente fallo, sùrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA, para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá”

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Alegó en síntesis, que la prescripción solo afectó aquellas mesadas que se causaron antes octubre de 2012, en la medida que la petición de reconocimiento y pago de la pensión, fue radicada en los respectivos

formatos de "solicitud de prestaciones", en el mes de octubre de 2015. Finalmente precisó que la mesada pensional debió ascender a la suma de \$3.115.000.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS-principio de consonancia-, la Sala estudiará si la demandante CANDY SANDOVAL DE CAICEDO tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su cónyuge. En caso afirmativo se habrá de determinar la fecha del pago de la prestación.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014). *"La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de un afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley."*

Y que por regla general, *"la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral."*

En este asunto no se encuentra en controversia que, el señor TOMAS CAICEDO HUERTO, falleció el **19 de julio de 2003** (fl. 29), por lo que la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que exige haber cotizado al sistema por lo menos 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento

Así las cosas al observar, la historia laboral del afiliado fallecido TOMAS CAICEDO HUERTO, se corrobora que cotizó al ISS un total de 459.86 semanas. Igualmente prestó sus servicios al Congreso de la República

desde el 20 de julio de 1994 hasta el 19 de julio de 1998, para un total 205.71 semanas de aportes realizados a FONPRECON (folio 109).

Por otra parte se probó que el afiliado mencionado laboró para la Gobernación Del Vichada desde el 3 de marzo de 1989 hasta el 6 de marzo de 1991, lo que arroja 103.4 semanas (folio 121). Finalmente, trabajo en calidad de SOLDADO, a favor del Ministerio de Defensa, desde el 29 de septiembre de 1963 hasta el 1 de abril de 1965, obteniéndose 77.82 semanas.

Lo anterior indica que el señor CAICEDO HUERTO, reunió un total de 846.79, entre semanas cotizadas y tiempo de servicios desde abril de 1965 y julio de 2003, de las cuales 47.12 semanas se realizaron en los tres años anteriores al fallecimiento.

Sin embargo observa esta Sala de Decisión, que para el ciclo 01/2002, la historia laboral del afiliado reporta 0 semanas, pese a que el pago fue realizado en el mes de octubre de esa anualidad, precisando en el acápite de observaciones *“pago vencido como trabajador independiente”* (folio 96-97).

En tratándose de trabajadores independientes sus cotizaciones se entenderán hechas para cada período, de manera anticipada y no por mes vencido, como lo enunciaba el inciso tercero del artículo 20 del Decreto 692 de 1994, precepto jurídico que, aun cuando fue expresamente derogado por el artículo 56 del Decreto 326 de 1996, posteriormente se insertó en el artículo 35 del Decreto 1406 de 28 de julio de 1999 en similares términos: *“Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”*.

De esta manera, como quiera que el demandante, realizó los aportes como trabajador independiente, él era el interesado directo ante el Sistema General de Pensiones por el cubrimiento de las contingencias que contempla, por lo tanto le correspondía asumir, las consecuencias ante la

insuficiencia o precariedad en el número mínimo de cotizaciones, exigidas para acceder a las prestaciones contempladas por el sistema pensional.

Así las cosas, considera esta Sala de Decisión, que las cotizaciones efectuadas por el trabajador independiente no dejan de serlo, ni pueden calificarse de nulas o ineficaces, por efectuarse en un lapso *'extemporáneo'* dado que, las normas enunciadas precedentemente, establecen que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efectos retroactivos, siendo su consecuencia reportan para el mes siguiente a su pago: *"si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente"*.

En consecuencia, el obrar de la entidad de seguridad, consistente en reportar cero semanas para el ciclo 01/2002, resulta válida para esta Sala, en la medida que el trabajador independiente al haber realizado el aporte de manera extemporánea el mismo se debió contabilizar para el ciclo en que se efectuó el pago, esto es, octubre de 2011, pero toda vez, que para dicha mensualidad ya se había realizado la cotización, se tendrá incrementado es el IBC, el cual sería equivalente a \$1.600.000, pues se reitera no es válido que el aporte realizado en forma extemporánea tenga efectos retroactivos (folio 96-98).

Por lo tanto, se concluye que el afiliado fallecido cotizó tan solo 47,12 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso, por lo que no dejó causado el derecho pensional a favor de sus beneficiarios, atendiendo la norma vigente para el momento del deceso.

No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha desarrollado la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para el reconocimiento tanto de pensión de sobrevivientes como de invalidez; pero, este principio no le permite al juzgador efectuar una búsqueda histórica en las legislaciones anteriores para ver cual se ajusta a su situación, en la medida que ello desconocería la aplicación inmediata de las leyes sociales y el hecho que éstas en principio rigen hacia el futuro, de acuerdo a lo definido en la sentencia 44509 del 14 de agosto de 2013, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, lo que indica que solo este beneficio

permite aplicar, la normatividad anterior a la que se encuentra vigente, que en el caso examinado sería la Ley 100 de 1993, en su texto original, mas no el Acuerdo 049 de 1990, como lo precisó el Juzgador de primera Instancia.

En la Sentencia con radicación 45262 del 25 de enero de 2017, la cual es acogida por esta Sala de Decisión, al tratarse del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, estableció que solo es posible la aplicación de la Ley 100 de 1993, por virtud del principio de la condición más beneficiosa, para aquellos afiliados que fallecieron en vigencia de la ley 797 de 2003, cuando el deceso ocurrió entre 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006: ***“Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 - 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.”***

A su vez el precitado precedente jurisprudencial previo, dos situaciones jurídicas a saber para la aplicación del este principio constitucional en el cambio normativo de la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 así:

“Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo:

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.*

c) *Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.*

d) *Que al momento de la fallecimiento estuviese cotizando, y*

e) *Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso.*

Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

a) *Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.*

b) *Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.*

c) *Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.*

d) *Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y*

e) *Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.*

En el asunto bajo examen el señor **TOMAS CAICEDO HUERTO** para la calenda en que empezó a regir la Ley 797 de 2003 (29 de enero de 2003), se encontraba cotizando (folio 96), por lo que se considera que se encuentra en la primera hipótesis descrita- ***Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo-***

Al revisar los supuestos a efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en desarrollado del principio de la condición más beneficiosa, encontramos:

1. ***Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando:*** de acuerdo con la Historia Laboral, el señor CAICEDO HUERTO, para dicha fecha efectivamente estaba cotizando (folio 96).
2. ***Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003:*** Según da cuenta la historia laboral del asegurado y

certificaciones laborales, antes de esta calenda había acreditado 821.08 de semanas cotizadas al ISS y Cajas de Previsión. (folio 96)

3. **Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006:** el deceso del señor TOMAS CAICEDO HUERTO, ocurrió el 19 de julio de 2003 (folio 29).
4. **Que al momento de la fallecimiento estuviese cotizando:** la última cotización la realizó para el ciclo julio de 2003 (folio 96)
5. **Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso:** cotizo 846.79 semanas al ISS y a Cajas de Previsión, antes del deceso.

Luego, por virtud del principio de la condición más beneficiosa el afiliado TOMAS CAICEDO HUERTO, dejó causado el derecho pensional a favor de su cónyuge, quien logró demostrar la vigencia del vínculo matrimonial (folio 108) y el término de convivencia por más de 5 años anteriores a la muerte de éste.

Lo anterior, se estableció de las declaraciones rendidas por los testigos GLADYS ARENAS PAREDES, MARTHA JEANNET GONZALEZ FERNANDEZ Y JUAN MARTINEZ GARCÍA, que al unísono indicaron conocer a la demandante, quien convivió con el señor CAICEDO HUERTO, por espacio de más de cinco años y que dicha unión procrearon tres hijos, máxime cuando en las diligencias administrativas y durante las presentes actuaciones, no ha existido discusión respecto de la calidad de beneficiaria de la actora.

Entonces, el derecho pensional a favor de la actora se causó a partir del momento en que falleció el afiliado, lo que ocurrió el 19 de julio de 2003; sin embargo, como la pasiva propuso la excepción de prescripción, habrá de declararse probada de manera parcial sobre las mesadas causadas con anterioridad al 28 de enero de 2016, habida cuenta que la reclamación de la prestación se efectuó el 2 de noviembre de 2004, siendo atendida mediante Resolución 32496 del 6 de octubre de 2005, pero ante la

inconformidad de la accionante, se interpuso los recursos de reposición y apelación, el último de los cuales fue resuelto el 10 de mayo de 2010, contando la accionante con tres años para presentación de la acción ordinaria, pues solo puede interrumpir este fenómeno jurídico por una vez de conformidad con lo dispuesto en el artículo 488 y 489 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S.; mientras que la demanda fue radicada hasta el 28 de enero de 2019, por lo que es esta última calenda la que sirvió de base, para contabilizar el término trienal.

Realizadas las operaciones aritméticas, para el año 2016 se obtuvo una mesada igual a \$2.240.388., por lo tanto el retroactivo pensional generado desde el 28 de enero de 2016 hasta el 30 de enero de 2021, asciende a **\$160.066.206, 80**, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad y teniendo en cuenta mesadas como quiera que la pensión se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011, conforme lo determina el Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente, respecto de los intereses moratorios, a juicio de la Sala, la conducta de Colpensiones, de negar al reconocimiento de la prestación a la actora, no resulta caprichosa, por cuanto decidió con base en las normas vigentes, razón por la cual no procede esta condena. Así lo explicó, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia 43602¹.

En consecuencia, atendiendo los argumentos expuestos precedentemente la sentencia de primera instancia será revocada en relación con los

¹ *Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras”.*

intereses moratorios y modificada en relación con la cuantía de la pensión de sobrevivientes.

Costas. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de marzo de 2020, en el entendido de condenar a **COLPENSIONES** a pagar a favor de la demandante **CANDY SANDOVAL DE CAICEDO**, la pensión de sobrevivientes, a partir del 28 de enero de 2016, en cuantía de **\$2.240.388**, por lo tanto el retroactivo pensional causado desde el 28 de enero de 2016 hasta el 30 de enero de 2021 asciende a la suma de **\$160.066.206,80**, conforme se expuso.

SEGUNDO: REVOCAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia recurrida y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de los intereses moratorios, conforme se expuso.

TERCERO: CONFIRMAR EN LO DEMAS LA SENTENCIA RECURRIDA

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notifica por EDICTO.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

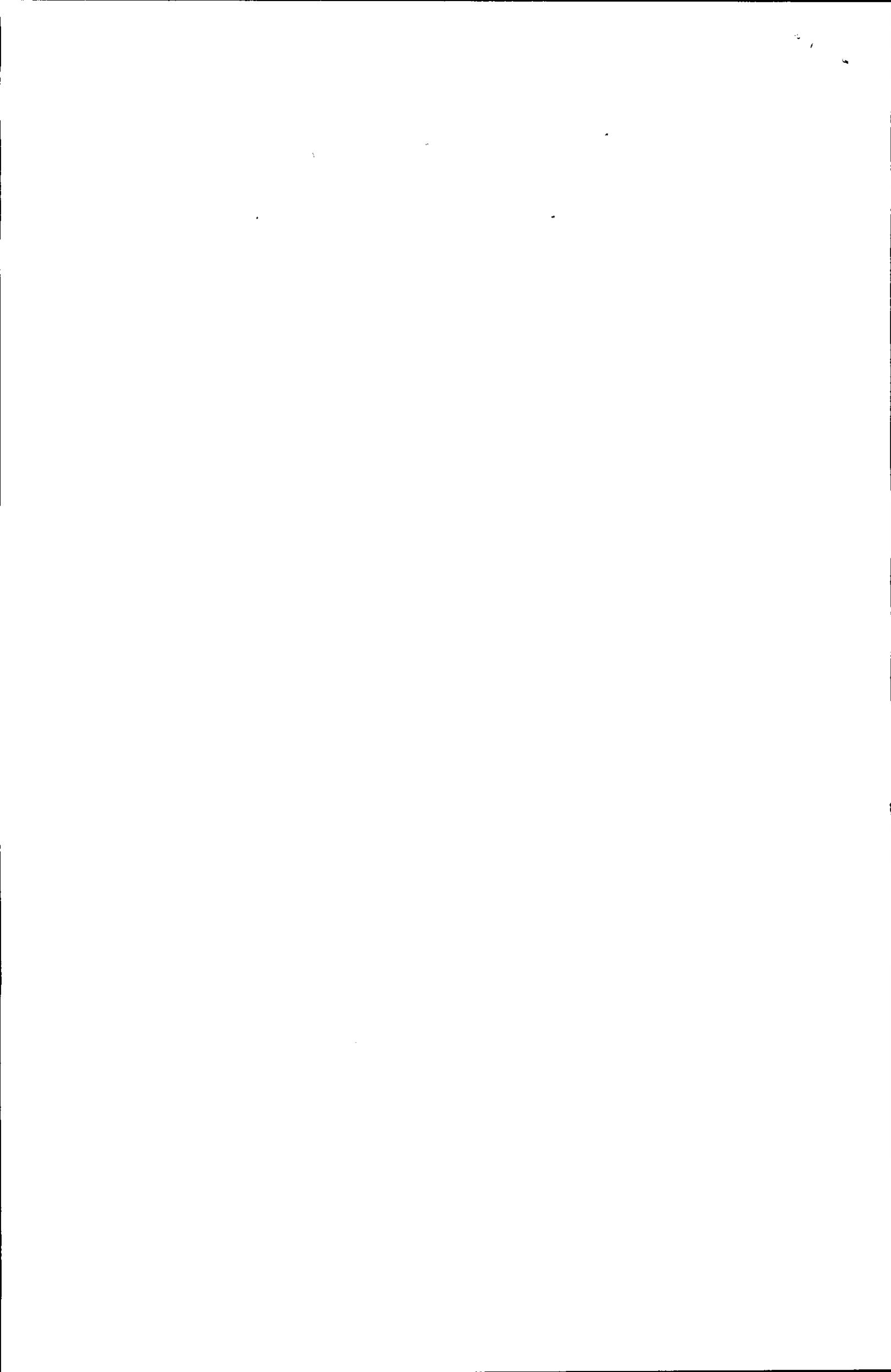


MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ÚLTIMA HOJA DEL PROCESO ORDINARIO N.º012-2019-0070-01, PROMOVIDO POR CANDY SANDOVAL VS COLPENSIONES (MODIFICA SENTENCIA)





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GLADYS ALVARADO CACERES
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-**
COLPENSIONES Y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 031 2019 00266 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la última entidad mencionada, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de junio de 2020.

Por otra parte se observa que los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, presentaron escritos a través de los cuales exponiendo sus alegatos de conclusión

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare nulo el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la compañía PORVENIR S.A. por cuanto no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro régimen. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita ordenar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por

COLPENSIONES y efectuar la devolución a esta entidad de todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación, incluidas las sumas adicionales y cualquier otro emolumento, así como el pago de las costas procesales.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 18 de febrero de 1962, que efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales desde el 01 de marzo de 1986 hasta el 28 de octubre de 1999; que en el mes de diciembre de 1999 se trasladó al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., sin que dicha entidad le hubiere suministrado la información necesaria relacionada con las ventajas y desventajas del régimen al cual se estaba vinculando, ni los demás aspectos inherentes a la forma de pensionarse en el mismo. Informó que presentó reclamación ante las entidades demandadas, con la finalidad de obtener la nulidad de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual, pero que la misma fue denegada.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 23, 25, 29, 48, y 53 de la Constitución Nacional, artículos 1, 2, 13 y 287 de la Ley 100 de 1993. Así como la sentencia emitida por la Sala de Casación Laboral con radicado 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 120-1140 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que la demandante no probó causal alguna para declarar nula la afiliación al RAIS, que por el contrario la vinculación a dicho régimen cumple con los presupuestos legales para su existencia. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad y saneamiento de la nulidad alegada.

Por su parte **PORVENIR S.A.**, dio contestación mediante el escrito que obra a folios 80-103, en el que luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que la vinculación que realizó la accionante no fue caprichosa, ni abusiva, sino que obedeció al resultado de las disposiciones legales que regulan el régimen y las instrucciones que para el efecto ha

impartido la Superfinanciera. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, buena fe, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de junio de 2020, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación de GLADYS ALVARADO CACERES a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca hubiese trasladado.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por conceptos de gastos administración debidamente indexados, por el periodo en el que la demandante permaneció afiliada a esta administradora junto con todas las demás sumas de dinero que fueron aportadas por la demandante a dicho fondo.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adversa a los interés de COLPENSIONES se concede en el grado jurisdiccional de CONSULTA en el evento de que la sentencia no sea apelada.

El A-quo argumento que el Fondo Privado no cumplió con la carga de la prueba tendiente a demostrar que le brindó a la demandante la información suficiente para que pudiera adoptar en debida forma la decisión de trasladarse de régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

Alegó en síntesis que de la historia laboral de la demandante, se podía corroborar que para la fecha en que entró en vigencia el sistema de seguridad social integral, no reunía siquiera 15 años de servicios cotizados, para que pudiera retornar al Régimen de Prima Media, en cualquier momento. Así mismo manifestó que no hay evidencia de irregularidad alguna que hubiera viciado el consentimiento de la actora, para que proceda la nulidad planteada.

V. RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A.

Aseguró que para la época de la afiliación no existía norma alguna que impartiera la obligación de plasmar o dejar documentado la información impartida a los posibles afiliados, como tampoco estaba el deber de la doble asesoría o del buen consejo, que tan solo se le comunicó a la demandante las condiciones y consecuencias del traslado. Considera que no resulta acertado declarar la nulidad de una afiliación que se efectuó hace más de 15 años, alegando la asegurada que no tuvo claridad en la información suministrada y que los afiliados también tiene el deber de ser diligentes con sus expectativas pensionales. Por otra parte manifestó no había lugar a imponer condena por gastos de administración, toda vez que a su juicio durante toda la vinculación los riesgos estuvieron cubiertos, además que los aportes generaron unos rendimientos financieros.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito

las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás pretensiones solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para dar solución al cuestionamiento planteado, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes

a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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 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.

Luego entonces, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y citada precedentemente, destacan lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Ahora, en el presente asunto tenemos que del formulario de afiliación obrante a folio 98, se corrobora que el 29º de octubre de 1999, la demandante se vinculó al RAIS administrado por la sociedad PORVENIR S.A.

La señora GLADYS ALVARADO CACERES, al absolver el interrogatorio de parte adujo se trasladó al RAIS, porque el asesor del Fondo Privado, le informó que el Instituto de Seguro Sociales se iba a extinguir y que los aportes realizados a dicha entidad se iban a perder: *“el señor me indico que el seguro social se iba acabar, que iba a perder lo que yo estaba aportando, que ya más o menos eran como unos cinco o seis años, que ellos estaban autorizados para hacer un cambio de régimen de pensión, que me daban mejores rentabilidades, que mejor seguridad, que nos cambiáramos”*

Por otra parte PORVENIR S.A. indicó en el escrito de contestación: *“Es importante anotar que los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones, reciben permanentemente capacitación a fin de garantizar que se brinde una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados y que estén en capacidad de resolver dudas que puedan presentarse.”*

Adicionalmente la representante legal de PORVENIR S.A., al absolver el interrogatorio de parte, adujo frente a la pregunta si se dejó plasmada la información suministrada a la demandante, precisó: *“No se consignó ningún documento”*

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación a los distintos fondos de pensiones, los mismos no resultan suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento o material que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Adicionalmente PORVENIR S.A., entidad a la cual realizó el traslado de régimen pensional, en su escrito de contestación, manifestó que previo al traslado de régimen pensional impartió al afiliado, una asesoría o información acerca de las características del sistema, pero pese a dicha afirmación no existe prueba alguna que avale este supuesto factico, quedándose a juicio de la Sala en una simple manifestación, máxime cuando el representante legal adujo que no existe documento que dé cuenta de la información impartida a la asegurada.

Ahora, en relación con los gastos de administración, ha de precisarse que los efectos que produce la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, es decir, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que conlleva a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR Y PROTECCION S.A., deban devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Colpensiones, postura que ha sido tomada de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de **COLPENSIONES** a la **AFP PORVENIR S.A.**, el 29º de octubre de 1999, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la actora en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.º 031-2019-00266-02, promovido por Gladys Alvarado Cáceres contra Colpensiones y otro.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NELLY GUTIERREZ GONZÁLEZ Y DIANA MARCELA CALCETERO GUTIERREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 31 05 0178 2019 00393 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandante y demandada-COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 01 de julio de 2020.

Por otra parte se observa que los apoderados de COLPENSIONES y de la accionante, presentaron escritos a través de los cuales exponen sus alegatos de conclusión.

I. ANTECEDENTES

Las demandantes solicitan, el pago de los intereses moratorios por el no pago oportuno de la pensión de sobrevivientes, junto con la indexación y las costas del proceso. Fundaron sus pretensiones, en que mediante

Resolución N.º10929 de 2006, le fue reconocida pensión de vejez al señor Luis Arnulfo Calcetero Guavita, que con ocasión a su muerte, ocurrida el 12 de junio de 2011, peticionaron en calidad de hija y cónyuge respectivamente la pensión de sobrevivientes, la que solo fue reconocida y pagada a través del Acto Administrativo VPB 21636 de 2016, es decir, después de más de tres años, pese a los múltiples requerimientos.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, contestó la demanda como se observa de folio 116 a 129, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que los intereses reclamados, solo proceden ante la demora en el pago de las mesadas pensionales, una vez reconocido el derecho pensional, situación que en el asunto de marras no ha ocurrido. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 1 de julio de 2020, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de **INEXISTENCIA DEL DERECHO, COBRO DE LO NO DEBIDO Y PRESCRIPCIÓN** propuestas por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, según las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a las demandantes, los intereses moratorios así: en el caso de la señora **NELLY GUTIERREZ GONZALEZ**, identificada con la C.C. 51.826.067, la suma de \$31.316.132 por intereses causados, respecto a las mesadas causadas entre el 12 de junio de 2011 y el 31 de enero de 2015, intereses moratorios que se empezaron a liquidar desde el 10 de octubre de 2011, y en el caso de la demandante **DIANA MARCELA CALCETERO GUTIERREZ**, identificada con la C.C. 1.018.427.965, se condena al pago de \$14.809.910 por intereses de mora, liquidados sobre las mesadas causadas entre el 12 de junio de 2011 y el 30 de junio de 2012, liquidados a partir del 10 de octubre de 2011.

TERCERO: ABSOLVER a la entidad demandada de la prestación alusiva al pago indexado de los valores, según las circunstancias anotadas.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la entidad demandada en proporción del 80%. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de la demandada así: a favor de la señora GUTIERREZ GONZALEZ la suma de \$1.800.000 m/cte y de la señorita CALCETERO GUTIERREZ la suma de \$1.200.000 m/cte, según las razones expuestas.

QUINTO: SE ORDENA LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES en los términos del artículo 69 del C.P.T.S.S, por lo que se dispone remitir el expediente al Superior una vez concluya la audiencia.

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Solicita la revisión de las condenas impuestas por intereses moratorios, en la medida que en su concepto la suma que se debió fijar es superior a la tasada por el Juez de instancia. Así mismo, indica que la condena por costas debió ser igual a un porcentaje del 100%.

V. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA.

Por su parte COLPENSIONES solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que a través de los diferentes Actos Administrativos expedidos desde el año 2012, reconoció la prestación solicitada, los que no fueron tenidos en cuenta por el A-quo, para la exoneración de los intereses. Por otra adujo que el retroactivo pensional fue pagado debidamente indexado, por lo que al ser la indexación incompatible con los intereses, no procedían estos últimos.

VI. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66a del CPL y SS-principio de consonancia y 69 del CPL y SS, la Sala estudiará si a la parte actora le asiste el derecho a que le sean reconocidos los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional reconocido.

Para dar solución al cuestionamiento planteado, tenemos en primer lugar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, menciona que en caso de mora

en el pago de las mesadas pensionales, la entidad encarga de reconocer la prestación reconocerá y pagará al pensionado la tasa máxima de interés moratorios vigente en el momento en que se efectuó el pago.

A su vez el artículo 1 de la Ley 717 de 2001, prevé lo siguiente: *“El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.”*

Por otra parte Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1681-2020, ha establecido que la finalidad de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es simplemente la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar “el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones”

Realizadas las anteriores precisiones y descendiendo al asunto de marras, se encuentra probado que las demandantes solicitaron el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, el **10 de agosto de 2011**, con ocasión a la muerte de su cónyuge y padre, respectivamente, pues así del Acto Administrativo GNR 5842 de 2014 (folio 44). Así mismo se determina que mediante Resolución n.º15940 del 27 de abril de 2012, la entidad de seguridad social reconoció a favor de DIANA MARCELA CALCETERO, en calidad de hija del pensionado, la prestación en un 100%, quedando pendiente por resolver la solicitud de la señora NELLY GUTIERREZ (folio 44-46).

Mediante Resolución n.º11270 del 19 de enero de 2015, Colpensiones procedió a reconocer pensión de vejez a la señora NELLY GUTIERREZ, a partir del 12 de junio de 2011 hasta el 30 de junio de 2012, en un porcentaje del 50%, y a partir de dicha fecha se acrecentó en un 100% de

forma vitalicia. Mientras que a favor de DIANA MARCELA CALCETERO, se otorgó la prestación desde el 12 de junio de 2011 hasta el 30 de junio de 2012, en un porcentaje del 50%, ya que para esta última calenda acreditó los 25 años de edad (folio 71-73).

Adicionalmente, se encuentra probado que mediante certificación expedida por COLPENSIONES, el retroactivo causado a favor de la señora NELLY GUTIERREZ, por valor de \$48.519.639, fue pagado en la nómina de febrero de 2015 (folio 74). Mientras que mediante Acto Administrativo n.ºVPB 21636 de 13 de mayo de 2016, se ordenó "*como pago único el pago (sic) del retroactivo de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de CALCETERO GUATIVA LUIS ARNULFO*" a favor de DIANA MARCELA CALCETERO, en la suma de \$12.423.641., cifra que fue pagada en la monina de julio de 2016 (folio 99, 101-103)

En este orden de ideas, atendiendo las situaciones fácticas reseñadas y de conformidad con lo expuesto artículo 1 de la Ley 717 de 2001, Colpensiones tenía el término reseñado- *2 meses*- para reconocer el derecho pensional, los cuales en el asunto de marras empezaban a contabilizarse desde 10 de agosto de 2011-*fecha de radicación de la petición*-, lo que indica que el periodo enunciado culminó el 10 de octubre de 2011; empero la entidad de seguridad solo procedió a pagar a favor de la señora NELLY GUTIERREZ las mesadas causadas entre el 12 de junio de 2011 y el 31 de enero de 2015, en el mes de febrero de 2015, por lo que los mismos proceden hasta esta última data, en un valor equivalente a **\$29.459.868**, precisando que el retroactivo generado entre el 12 de junio de 2011 hasta el 30 de junio de 2012, fue equivalente al 50% de la mesada, esto es, \$865.664, pues a partir del 1 de julio el retroactivo ascendía al 100% de la mesada, que para dicha calenda era igual a \$1.795.905

Entre tanto a favor de la demandante DIANA CALCETERO, los intereses corren desde el 10 de octubre de 2011 hasta el 30 de julio de 2016, sobre el retroactivo pensional generado desde el 12 de junio de 2011 hasta el 30 de junio de 2012, en un equivalente al 50% de la mesada, ascendiendo los mismos a la suma de **\$15.524.156**.

En relación con la excepción de prescripción, ha de indicarse que no afectó la acreencia reclamada, dado que la solicitud de reconocimiento fue resuelta mediante resolución GNR 5842 del 10 de enero de 2014, contra dicho Acto Administrativo se interpuso los recursos de reposición y apelación, el último de los cuales fue resuelto el 13 de mayo de 2016, a través de la Resolución n.ºVPB 21636, la que fue notificada el 10 de junio de 2016, mientras que la demanda fue radicada el 07 de junio de 2019 (folio 1, 44-45 y 101).

Por último, cabe precisar que la Sala de Decisión, después de haber realizado un estudio de todos los actos administrativos expedidos por la entidad de seguridad, no evidenció que las sumas pagadas por retroactivo pensional hubiesen sido indexadas al momento de su pago, razón por la cual no tiene cabida el argumento expuesto por la pasiva, para la revocatoria de los intereses moratorios.

Por lo expuesto, se **MODIFICARA** la decisión de primera instancia, en relación con las sumas que debe pagar la entidad por intereses moratorios, precisando que los mismos fueron liquidados con ayuda del Grupo liquidador, asignado a esta Corporación.

COSTAS. Sin costas en esta instancia

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, proferida por el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, el 1 de julio de 2020, en el entendido de condenar a COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante NELLY GUTIERREZ GONZALEZ, la suma de **\$29.459.868**, por intereses moratorios generados desde el 10 de octubre de 2011 hasta el mes de

febrero de 2015, sobre el retroactivo pensional causado desde el 12 de junio de 2011 hasta el 30 de enero de 2015, conforme se expuso.

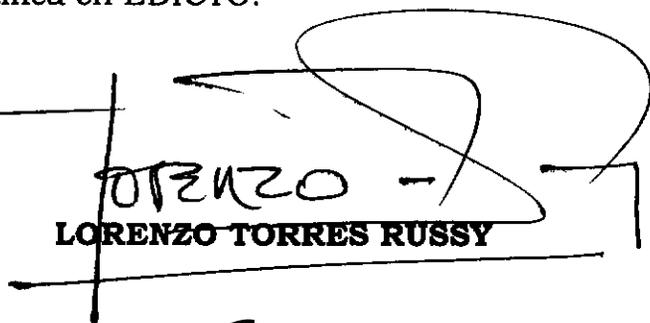
SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, proferida por el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, el 1 de julio de 2020, en el entendido de condenar a COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante DIANA MARCELA CALCETERO GUTIERREZ, la suma de **\$15.524.156**, por intereses moratorios causados desde el 10 de octubre de 2011 hasta el mes de julio de 2016, sobre el retroactivo pensional generado desde el 12 de junio de 2011 hasta el 30 de junio de 2012.

TERCERO: CONFIRMAR EN LO DEMAS, la sentencia recurrida y consultada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notifica en EDICTO.

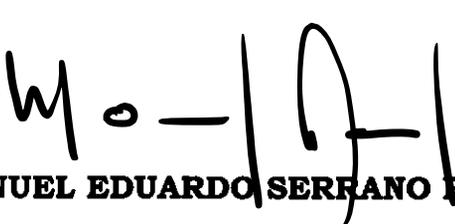
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.º 017-2019-00393-01, promovido por Nelly Gutiérrez y otra contra Colpensiones.





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GERMÁN ALFONSO GÓMEZ BERNAL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y OLD MUTUAL S.A.

RADICADO: 11001 31 05 005 2019 00456 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por OLD MUTUAL S.A. Y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la última entidad mencionada, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 05 de agosto de 2020.

Por otra parte se observa que los apoderados de COLPENSIONES y de la accionante, presentaron escritos a través de los cuales exponen sus alegatos de conclusión.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, inicialmente a través de la compañía COLMENA hoy PROTECCION S.A y con posterioridad a OLD MUTUAL, por la indebida y nula información acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro régimen. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita ordenar el traslado al

Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y efectuar la devolución a esta entidad de todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación, así como el pago de las costas procesales.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 27 de diciembre de 1960, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 23 de septiembre de 1980, donde realizó 619 semanas de cotización; que el 08 de abril de 1994, se trasladó al RAIS, administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., sin que dicha entidad le hubiere suministrado la información necesaria relacionada con las ventajas y desventajas del régimen al cual se estaba vinculando. Que igual situación aconteció el 19 de noviembre de 2009, cuando se vinculó a OLD MUTUAL S.A. Finalmente informó que, presentó reclamación ante las entidades demandadas, con la finalidad de obtener la nulidad de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual.

Como fundamento normativo, citó el artículo 21 del C.S.T., 6, 25, 74 y 145 del CPT y SS, Decreto 2351 de 1965, artículos 63, 65 y 70 del C.P.C, artículo 11, 13, 21, 31, 36, 50, 114, 141, 142, 271, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993. Así como las sentencias emitida por la Sala de Casación Laboral con radicado 31989 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 4989 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación a la demanda, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que el demandante efectuó el traslado al Régimen de Ahorro Individual de manera libre y voluntaria, razón por la que considera que la afiliación es plenamente valida, más cuando a su juicio no se probó causal alguna de nulidad o ineficacia. Por ultimo preciso que no tuvo injerencia la decisión adoptada por el actor, referente al traslado de régimen pensional. Propuso las excepciones de falta de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, inexistencia del derecho para regresar al RPM, falta de causa

para pedir, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y buena fe.

Por su parte **PROTECCION S.A.**, luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que la vinculación que realizó el accionante, es plenamente válida y produjo efectos jurídicos, ya que confluieron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento, ni ocultó información antes del momento de la firma. Propuso las excepciones de validez de afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, innominada o genérica.

Entre tanto **SKANDIA S.A.**, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, alegando en síntesis que para el momento de la vinculación del actor, ya venía de estar afiliado al RAIS, a través de ING, por lo que considera que el demandante tenía un conocimiento previo acerca del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, sus ventajas, características y demás componente de este régimen pensional. Propuso las excepciones de buena fe, prescripción, ausencia de falta al deber de asesoría e información.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de agosto de 2020, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado por GERMAN ALFONSO GÓMEZ BERNAL a través de COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a que traslade a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por las demandadas.

CUARTO: COSTAS en este caso únicamente a cargo de **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una de estas demandadas

QUINTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES"

El A-quo argumento que el Fondo Privado no cumplió con la carga de la prueba tendiente a demostrar que le brindó a la demandante la información suficiente para que pudiera adoptar en debida forma la decisión de trasladarse de régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

Alegó en síntesis que no tuvo injerencia alguna en la decisión que adoptó el actor en trasladarse de régimen pensional, que acceder a las pretensiones de la demanda, conllevaría a la descapitalización del sistema, como quiera que es aceptar a una persona que no ha contribuido en la formación de su derecho pensional.

V. RECURSO DE APELACION OLD MUTUAL S.A.

Manifestó que solo se encuentra inconforme con la condena en costas, ya que considera que el valor tasado por agencias den derecho, es muy alto, más cuando cumplió con sus obligaciones.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emitió las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás pretensiones solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para dar solución al cuestionamiento planteado, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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 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.

Luego entonces, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y citada precedentemente, destacan lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Ahora, en el presente asunto tenemos que de los formularios de afiliación obrantes en el proceso, se corrobora que el 08 de abril de 1994, el demandante se afilío al RAIS administrado por la sociedad COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. Igualmente se evidencio que el 01 de abril de 2000, se vinculó a ING y el 19 de noviembre de 2009 a SKANDIA.

El señor GERMAN ALFONSO GOMEZ BERNAL, al absolver el interrogatorio de parte adujo: *“el traslado se hizo a Protección, por invitación del Departamento de Personal, nos invitaron una reunión, en ese tiempo trabajaba en la Corporación de Ahorro y vivienda Colmena, nos llegó una invitación de recurso humanos, donde nos decía que la Corporación por ser empresa del grupo de la fundación había creado la nueva empresa de Cesantías y Pensiones COLMENA, nos hicieron la invitación y nos dijeron que deberíamos de afiliarlos y pasarnos del Seguro Social a pensiones y cesantías COLMENA, la verdad en ese tiempo, yo llevaba poco tiempo de trabajar, entonces pues uno trata de mirar, de no afectar su trabajo, puesto que para ese entonces yo tenía los dos niños pequeños y era el único sustento que tenía”*

Así mismo frente a la asesoría impartida por el Fondo de Pensiones, el actor manifestó: *“La única información que nos dieron o que me dieron, pues simplemente, que íbamos a pasar del entonces llamado Seguro Social a Cesantías y Pensiones Colmena, pero no hubo una asesoría respecto, diciendo los pro y contra”*

Por otra parte PROTECCIÓN S.A. indicó en el escrito de contestación: *“El demandante se afilió a COLMENA hoy PROTECCION S.A. el 08 de abril de 1994 en un acto libre, voluntario e informado. Al respecto es del caso anotar que COLMENA entregó información objetiva a el demandante sobre el RAIS y su comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), con el fin que el mismo tomara una decisión libre, voluntaria e informada, decidiendo ésta solicitar su traslado al RAIS, sin que mediaría (sic) ningún engaño u ofrecimiento falos, no vicio del consentimiento alguno, de manera que se le puso de presente las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. ”*

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación a los distintos fondos de pensiones, los mismos no resultan suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento o material que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Adicionalmente PROTECCIÓN S.A., entidad a la cual realizó el traslado de régimen pensional, en su escrito de contestación, manifestó que previo al traslado de régimen pensional impartió al afiliado, una asesoría o información acerca de las características del sistema, pero pese a dicha afirmación no existe prueba alguna que avale este supuesto fáctico, quedándose a juicio de la Sala en una simple manifestación.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de **COLPENSIONES** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, el 08º de abril de 1994, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el actor en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en este aspecto.

Finalmente, frente al tema de costas procesales, basta decir, que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral, por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T Y SS, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, por ende se considera que dicha condena, no se encuentra supeditada al hecho de si el sujeto que resultó vencido en juicio, actuó o no de buena fe, a disquisiciones intrínsecas o meras subjetividades, su imposición obedece a criterios objetivos y solo se circunscribe al resultado del proceso.

Atendiendo lo expuesto, la condena en costas que impuso el operador jurídico de primera instancia se torna procedente, al ceñirse al contexto normativo que las regula.

Ahora, si lo pretendido era la modificación de la cuantía establecida por agencias en derecho, se ha de precisar que esta no es la oportunidad procesal, para recurrir la decisión, pues a la luz de lo establecido en el artículo 366 del C.G.P, la liquidación de las mismas, se fijan inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia o lo dispuesto por el superior. Sumado a que la precitada norma en su numeral quinto, prevé que el monto de las agencias en derecho solo podrá controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

Por los argumentos expuestos, no hay lugar a revocar la condena en costas, mientras que la cuantía fijada por agencias en derecho no es la oportunidad procesal para objetar el valor establecido, razón por la cual la sentencia de primera instancia será CONFIRMADA, también en este tema.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 05 de agosto de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.º 005-2019-00456-01, promovido por Germán Alfonso Gómez Bernal contra Colpensiones y otro (CONFIRMA SENTENCIA).

