



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 10 2018 00274 01
Demandante: EDNA PATRICIA HERNÁNDEZ BOHÓRQUEZ
Demandado: CONSORCIO INTERVENTORÍA CONCESIÓN
TV, GRUPO CS, REDCOM LTDA. Y
AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Edna Patricia Hernández Bohórquez* formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare que medió un contrato de trabajo con el GRUPO CS, CONSORCIO INTERVENTORÍA CONCESIÓN TV (conformado por SERTIC S.A.S. y KBT S.A.S.), REDCOM LTDA., y solidariamente con la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN, entre el 11 de noviembre de 2014 y el 13 de mayo de 2015, el cual terminó sin justa causa.

En consecuencia, se las condene al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, el reajuste de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, indemnización moratoria, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN suscribió con el CONSORCIO INTERVENTORÍA CONCESIÓN TV, conformado por SERTIC S.A.S. y KBT S.A.S., el contrato No. 164 de 2014, para realizar la interventoría de los contratos de televisión, lo cual generó la necesidad de contratar personal; que tras entrevista que le fuera realizada por el señor Jorge Iván Martínez en las instalaciones de la ANTV, presentó pruebas psicométricas vía internet, por correo que le envió la sociedad REDCOM LTDA., quien además a través de la señora Diana Paola Gordillo Lombana le envió el 7 de noviembre de 2014 los documentos requeridos para su vinculación laboral, y una vez realizó el proceso correspondiente fue dirigida a la C.T.A. GRUPO CS, la que suscribió un convenio de trabajo autogestionario con el Consorcio.

Que desempeñó el empleo denominado Analista Jurídico, laborando entre el 11 de noviembre de 2014 y el 13 de mayo de 2015, devengando como contraprestación la suma de \$2.065.000; que los servicios fueron prestados como abogada directamente en la ANTV, siendo subordinada por el Coordinador Daniel Mauricio Moreno Angarita, el Gerente del Proyecto Jorge Iván Martínez Jaramillo y el Director General de la Interventoría Edgar Augusto Fuertes Puerto, sin intervención de personal adscrito a la CTA.

Que cumplía una jornada laboral de 8:00 a.m. a 5:30 p.m. de lunes a viernes, y en ocasiones se extendía hasta las 9:00 p.m. o 10:00 p.m., así como a sábados, dominicales y festivos; que en el contrato suscrito entre las entidades, la ANTV se reserva el derecho de exigir al Consorcio el retiro del personal; que el 13 de mayo de 2015 al haber finalizado el contrato No. 164 de 2014 y sus correspondientes adiciones, se solicitó que hiciera presencia en las instalaciones de la CTA, firmando una solicitud de desvinculación como asociada, lo cual realizó por la expectativa de ser vinculada en la nueva licitación.

Que los aportes al Sistema General de Seguridad Social se verificaron con base en el salario mínimo legal mensual vigente; de igual manera, no se consignó el auxilio de cesantías, y no solucionó las acreencias laborales deprecadas.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN operó la *litis contestatio*, señalando que no tuvo injerencia en el proceso de contratación del CONSORCIO INTERVENTORÍA CONCESIÓN TV, quien tenía a su cargo el suministro de personal a efectos de desarrollar el objeto contractual.

Propuso como excepciones previas las de falta de requisitos formales de la demanda, falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de jurisdicción; y las de mérito de inexistencia del contrato laboral aducido por la demandante, cobro de lo no debido, prescripción y declaratoria de otras excepciones.

El GRUPO CS C.T.A. señaló que la relación mantenida con la actora se acompasa a los parámetros de las relaciones de trabajo asociado, percibiendo una compensación, por lo cual no existió un contrato de trabajo; de igual manera, que no le consta lo atinente a, contrato suscrito entre la ANTV y el Consorcio accionado.

Propuso la excepción previa de falta de cumplimiento de los requisitos formales de la demanda y las de mérito de inexistencia de contrato de trabajo, cobro de lo no debido, mala fe de la parte actora y prescripción.

La sociedad KBT S.A.S., como integrante del CONSORCIO INTERVENTORÍA CONCESIÓN TV, señaló que es cierto que se suscribió un contrato con el GRUPO CS C.T.A., para el apoyo en la ejecución de procesos y subprocesos, por lo cual cualquier relación de la accionante, se enmarca en el convenio de trabajo autogestionario, máxime que no es cierto que se haya ejercido subordinación alguna.

Formuló la excepción previa de falta de requisitos formales de la demanda – requisito de procedibilidad y las de mérito de falta de legitimación por pasiva – inexistencia de solidaridad entre las demandadas, cobro de lo no debido, inexistencia de contrato laboral, inexistencia del despido aludido por la parte accionante, prescripción de los derechos laborales y la genérica.



Finalmente, la sociedad SERTIC S.A.S., como integrante del CONSORCIO INTERVENTORÍA CONCESIÓN TV, refirió que es cierto que se suscribió con la ANTV el contrato No. 164 de 2014, para la interventoría a los contratos de televisión, consistiendo, entre otros, en la prestación del servicio en aspectos jurídicos; que la accionante fue contratada por el GRUPO CS C.T.A., por lo cual no existió un contrato de trabajo, sin que se haya verificado subordinación alguna.

Propuso la excepción previa de prescripción y las de mérito de inexistencia de causa y de obligación, prescripción, buena fe, compensación, cobro de lo no debido, cosa juzgada y la genérica.

En auto del 12 de junio de 2019, se admitió el desistimiento frente a la sociedad REDCOM LTDA.

De igual manera, mediante proveído del 17 de febrero de 2020, se declaró probada la excepción previa de falta de requisitos formales de la demanda, que se contrae a la falta de jurisdicción y competencia propuesta por la ANTV, por lo que la desvinculó del proceso.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 24 de agosto de 2020, absolvió a las accionadas de todas las pretensiones formuladas por activa.

Para tal efecto tras analizar las normativas que regulan la contratación con Cooperativas de Trabajo Asociado, señaló que al plenario se aportó el Contrato No. 164 de 2014, suscrito entre la ANTV y el CONSORCIO INTERVENTORÍA CONCESIÓN TV, así como el contrato que esta última celebrara con el GRUPO CS C.T.A., y el convenio de trabajo asociativo suscrito con la accionante.

Señaló que se acreditó que la accionante prestó el servicio por conducto de la C.T.A. realizando interventoría de tipo jurídico ente la ANTV, confesando en el interrogatorio de parte que suscribió de manera libre y voluntaria el convenio asociativo, y conocía sus implicaciones dada su profesión; de igual manera que



la documental da cuenta que era la C.T.A. quien hacía el pago de las compensaciones, y no las sociedades que conformaban el Consorcio, a quien la ANTV le autorizó el subcontratar la realización de los procesos objeto del contrato No. 164 de 2014.

Refirió que el hecho de haberse pactado una cláusula de confidencialidad, lo cual solo fue aceptado por la C.T.A., no implica *per se* que la relación se rija por un contrato de trabajo. De igual manera que se acreditó una autonomía en la prestación de la demanda, máxime que fue la C.T.A. quien le entregó las herramientas de trabajo, y en ningún momento los testigos dan cuenta que se hayan emitido órdenes por parte de las sociedades que conformaban el Consorcio, lo cual fue aceptado en el interrogatorio de parte que rindiera la accionante.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Por activa se formuló recurso de apelación señalando que las pruebas documentales, como del testimonio del señor Gerente del Proyecto, Jorge Iván Martínez, se corrobora que la autonomía estaba coartada por personas que estaban a cargo del proceso, al señalar que hacía correcciones de redacción en los conceptos jurídicos.

De otra parte, que se evidenciaba una relación entre la configuración entre la C.T.A. y la sociedad SERTIC S.A.S., quien conformaba el Consorcio. Señala que se aportaron correos que exigían la presentación personal, lo cual constituye una orden emitida por el señor Daniel Mauricio Moreno.

Argumenta que no se acredita que en efecto haya realizado un curso de cooperativismo, y del interrogatorio de parte lo que se evidencia es la confusión creada en la integración del Consorcio, más no que las sociedades que lo conforman no fungiera como empleadoras.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala determinará, si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo, fungiendo la C.T.A. como simple intermediaria.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

Las Cooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados, según lo regulado principalmente, en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015.

Ahora bien, el artículo 2.2.8.1.12 *ejusdem*, consagra que las relaciones entre la Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados, por ser de naturaleza cooperativa y solidaria, estarán reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el Acuerdo Cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones, y en consecuencia, no se rigen por las disposiciones laborales, máxime que las Cooperativas de Trabajo Asociado han sido creadas con el fin de que los socios cooperados se reúnan libre y autónomamente, y son los mismos asociados quienes organizan las actividades de trabajo, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización.

Lo anterior, por cuanto así mismo determina el referido Decreto, que la contratación que se realice con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado, no puede tener como objeto el disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales, bien porque estas actúen como simples intermediarias



en aquella relación contractual ejercida en favor de aquellos terceros o funjan como supuestas empresas de servicios temporales, suministrando personal para ejecutar labores del giro ordinario de aquellas empresas contratantes.

Asimismo, ha dejado sentado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que en caso de constatarse que la empresa contratante de la C.T.A, realmente fungió como verdadero empleador y que la C.T.A fue una mera intermediaria, ambas deberán responder de forma solidaria sobre el particular en sentencia SL-539, con Radicado 79771 del 12 de febrero del 2020, indicó:

“En primer lugar, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, es también una fuente normativa de la cual emerge la prohibición de ocultar relaciones laborales a través de figuras jurídicas empleadas con el único fin de defraudar los derechos laborales de los trabajadores, llámense cooperativas, sociedades comerciales, empresas unipersonales o contratos mercantiles. Cuando surge un pleito, es precisamente este principio medular del derecho del trabajo, el que ofrece respuesta sobre quién es el verdadero empleador o de dónde proviene la subordinación y dirección del trabajo, sobre todo cuando de relaciones triangulares o multipartitas se trata.

*“En segundo lugar, el juez plural obvió que aún para la época de contratación del demandante e incluso desde su creación, las cooperativas tenían la obligación de operar de manera independiente y autogestionaria en la prestación de servicios a terceros (artículos 4 y 5° de la Ley 79 de 1988). Esto quiere decir que deben contar con autonomía directiva, técnica, financiera, ser poseedoras de los medios de producción y autogestionar los servicios que presten a los usuarios, pues, de lo contrario, serán un simple intermediario o una persona interpuesta que, al carecer de una estructura empresarial, **deberán responder solidariamente con la empresa principal**” (Negrillas fuera de texto).*

De igual manera, esa H. Corporación en sentencia SL3199-2019, Radicación No. 62170, del 14 de agosto de 2019, en la cual se menoró lo señalado en la sentencia del 6 de diciembre de 2006, Radicación No. 25713:

“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.

“Y no podrá considerarse legalmente en tales eventos que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de esta porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales, calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, a efectos de la prosperidad de las pretensiones de la accionante, se debe acreditar que prestó sus servicios personales a las sociedades que conformaron el CONSORCIO INTERVENTORÍA CONCESIÓN TV, esto es SERTIC S.A.S. y KBT S.A.S., lo anterior en tanto la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN fue desvinculada del proceso, fungiendo la C.T.A., en ese evento, como simple intermediaria.

Al descender al *sub-examine* evidencia la Sala como primera medida, que no es objeto de discusión que entre la ANTV y el CONSORCIO INTERVENTORÍA CONCESIÓN TV, se suscribió un contrato cuyo objeto era “realizar la Interventoría integral, en aspectos jurídicos, financieros, administrativos y de programación y contenidos” (Fl. 7).

De igual manera que, para efectos del cumplimiento de dicho contrato, el CONSORCIO INTERVENTORÍA CONCESIÓN TV suscribió un contrato de prestación de servicios con el GRUPO SC C.T.A.; a su vez, esta última celebra con la accionante un convenio de trabajo autogestionario, a fin de desarrollar labores como “Analista Jurídico / ANTV” (Fl. 27).



En ese orden de ideas, estima la Sala que, al no discutirse los anteriores supuestos fácticos, se acreditó la prestación personal del servicio de la accionante en favor del CONSORCIO INTERVENTORÍA CONCESIÓN TV, conformado por las sociedades SERTIC S.A.S. y KBT S.A.S., en tanto las mismas se obligaron a realizar, entre otras, la interventoría jurídica en procesos de la ANTV, por lo cual, de conformidad con el artículo 24 del C.S.T., se presume la existencia del contrato de trabajo.

No obstante, a diferencia de lo alegado por activa, se desvirtuó la subordinación. En efecto, en los hechos dieciséis y diecisiete de la demanda, se aseveró por la demandante que las órdenes eran impartidas por el Coordinador, señor Daniel Mauricio Moreno, el Gerente del Proyecto, señor Jorge Iván Martínez Jaramillo y por el Director General de la Interventoría, señor Edgar Augusto Fuertes Puerto, acotando además que el señor Daniel Mauricio Moreno Angarita, era quien otorgaba los permisos.

De igual manera en el recurso de alzada se refirió que el señor Jorge Iván Martínez aseveró hacer correcciones a los conceptos jurídicos, lo cual denota la subordinación, y se exigía llevar una presentación personal por el señor Daniel Mauricio Moreno.

Ahora bien, el señor Jorge Iván Martínez Jaramillo aseveró que, durante la vigencia de la vinculación de la accionante, él se encontraba vinculado en el GRUPO CS C.T.A., y que, con la demandante, fue designada por la C.T.A. para realizar labores de interventoría con la ANTV; aseveró que para dicha data era el Gerente de Proyecto de la C.T.A.

Refirió además que el señor Daniel Mauricio Moreno también se encontraba vinculado a la C.T.A. como Coordinador y el señor Edgar Augusto Fuertes era el Director del Proyecto vinculado con KBT S.A.S.

De tal manera, que los señores Jorge Iván Martínez Jaramillo y Daniel Mauricio Moreno, de quienes se aduce eran quienes impartían órdenes, tanto en la demanda como en el recurso, se acredita que se encontraban vinculados a la Cooperativa de Trabajo Asociado, y, por ende, no es dable estimar que actuaban en representación de las sociedades SERTIC S.A.S. y KBT S.A.S.,



máxime que en sus declaraciones en manera alguna se señala que en realidad hayan fungido como trabajadores de dichas sociedades.

Aseveró el testigo también que, si la accionante debía solicitar permiso para ausentarse, informaba ante los Coordinadores de la C.T.A., mas no al señor Edgar Augusto Fuertes. Refirió que el servicio se prestó en instalaciones de la ANTV y no se le hacían llamados de atención a la actora.

Señaló frente a los textos que presentaba la accionante, que no estaban predefinidos en formatos, analizándose solo si se presentó el producto y si cumplía los requerimientos, realizándose un control de calidad en materia de errores de ortografía o de redacción, sin embargo, a *contrario sensu* de lo alegado por el recurrente, en manera alguna se señala que se condicionaban los conceptos o se sujetaran a una subordinación, máxime que la información era validada con la accionante y las personas vinculadas a la C.T.A.

Por otra parte, el señor Daniel Mauricio Moreno, quien señala desempeñarse como interventor, refirió que estuvo asociado a la C.T.A. GRUPO CS, al igual que la accionante, en tanto compartieron procesos de interventoría en la ANTV, en el cual era Coordinador de Procesos, velando por el cumplimiento de las actividades.

Refirió que el señor Jorge Iván Martínez era Gerente de Proyecto asociado a la C.T.A., sin impartir órdenes a la demandante; de igual manera que el señor Edgar Fuertes era cliente de la C.T.A., y era el responsable de la interventoría ante la ANTV. Corrobora que el referido señor asistía eventualmente a reuniones a efectos de revisar el estado de los procesos, no obstante, no impartía órdenes ni instrucciones.

De tal manera, que la prueba testimonial que señala el recurrente fue indebidamente valorada, en manera alguna da cuenta que las sociedades que conformaban el consorcio actuaran como empleadoras impartiendo órdenes a la accionante, por el contrario, corroboraron que los señores Jorge Iván Martínez y Daniel Moreno pertenecían a la C.T.A.



De otra parte, en el interrogatorio de parte la demandante corrobora que quien Coordinaba las actividades, le impartían órdenes y comparecían a reuniones eran los señores Daniel Mauricio Moreno, Jorge Iván Martínez y el señor Edgar Fuertes. No obstante, refiere no conocer si estaban vinculados a la C.T.A. o a las sociedades accionadas. De igual manera, confesó que los elementos de trabajo eran suministrados por la C.T.A. y que no fue objeto de llamados de atención por parte de personal vinculado a SERTIC S.A.S., reiterando no tener conocimiento de la vinculación de las personas que aduce le impartían órdenes.

En ese orden de ideas, la prueba testimonial como el interrogatorio de parte, no se avizoran como indebidamente valorados por la a-quo, por el contrario, se desprende que, en efecto, quienes coordinaban las actividades eran trabajadores asociados por la C.T.A., refiriendo la prueba testimonial que no se impartían órdenes.

Debe acotarse además que el correo electrónico dirigido por el señor Daniel Moreno en el cual se refiere *“Para las audiencias de incumplimiento de los concesionarios a las cuales debemos asistir, les solicito lo siguiente: [...] 3. Deberán presentarse vestidos de manera formal a las audiencias, esto NO es opcional y conlleva a una implacable presentación en las damas y el uso de corbata en el caso de los hombres”* (Fl. 56), lo cual se advierte como una directriz proveniente de un trabajador asociado a la C.T.A., no de las sociedades del consorcio, y que en manera alguna permite acreditar una subordinación continuada con las sociedades a quienes se les endilga la calidad de verdaderas empleadoras, esto es, SERTIC S.A.S. y KBT S.A.S.

Finalmente, señala que la C.T.A. tenía una relación directa con la sociedad SERTIC S.A.S., lo cual permite evidenciar que fungía como simple intermediaria, no obstante, se desvirtuó el elemento de la subordinación, siendo lo relevante a efectos de establecer la existencia de un contrato ficto de trabajo.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por cuanto no se causaron.



DECISIÓN

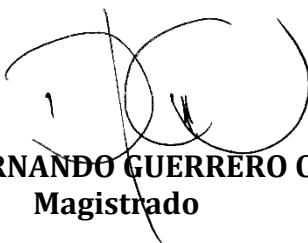
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

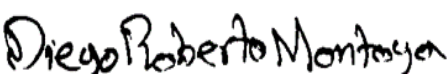
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de agosto de 2020, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

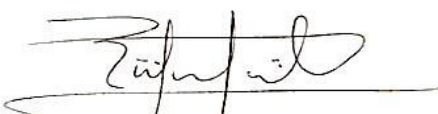
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 20 2017 00452 01
Demandante: LUIS ALFONSO LASCARRO SOTO
Demandado: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS
FERROCARRILES NACIONALES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de la parte demandada, así como de las señoras GALA SOTO MARTÍNEZ y VIALIS ISELA GUERRERO CORREA respecto de la sentencia proferida el 16 de julio de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ALFONSO LASCARRO SOTO, quien comparece al proceso por conducto de la curadora LEDYS INÉS LASCARRO SOTO, formuló demanda ordinaria laboral a fin que se condene a la accionada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en cuantía del 50% que fuera dejada en suspenso, en consecuencia se le solucione el 100% de la mesada pensional del causante LUIS ALFONSO LASCARRO DITTA, de manera retroactiva desde el 24 de junio de 2012, más la indexación y los intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que al causante LUIS ALFONSO LASCARRO DITTA, le fue reconocida pensión de jubilación por el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales, mediante Resolución No. 0541



del 8 de junio de 1985; que el causante falleció el 24 de junio de 2012, siendo el actor su hijo discapacitado, por lo cual solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Que pese a lo anterior, las señoras GALA SOTO MARTÍNEZ y VIALIS ISELA GUERRERO CORREA, comparecieron a efectos de reclamar el 50% de la pensión en calidad de compañeras permanentes, por lo cual mediante Resolución No. 3746 del 22 de octubre de 2012, le fue reconocida el 50% de la pensión de sobrevivientes, dejando en suspenso el 50% hasta tanto la jurisdicción ordinaria defina lo pertinente.

Señala que las señoras mencionadas, no iniciaron acciones administrativas ni judiciales para desatar la controversia, motivo por el cual solicitó el reconocimiento y pago del 50% que se encontraba suspendido, lo cual fue denegado mediante comunicación del 8 de junio de 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA operó la *litis contestatio*, señalando que es cierto el reconocimiento de la pensión de jubilación al causante, así como la sustitución pensional al accionante, sin constarle que las señoras GALA SOTO MARTÍNEZ y VIALIS ISELA GUERRERO CORREA, quienes deprecaron el reconocimiento pensional, hayan permanecido en inactividad. De igual manera, que no le asiste el actor derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, presunción de legalidad y la genérica.

En auto del 8 de febrero de 2018, se dispuso vincular como litisconsortes necesarios a las señoras GALA SOTO MARTÍNEZ y VIALIS ISELA GUERRERO CORREA.

La señora VIALIS ISELA GUERRERO CORREA, comparece al plenario por conducto de curador *ad-litem*, quien operó la contestación de la demanda, señalando no constarle los hechos de la demanda, no obstante, de las



declaraciones extra proceso aportadas al trámite administrativo, se acredita que ostentaba la calidad de compañera permanente, por ende, tendría derecho al reconocimiento pensional.

Formuló las excepciones de mérito que denominó existencia de compañera permanente, buena fe y la genérica.

De otra parte, se acreditó el fallecimiento de la señora GALA SOTO MARTÍNEZ a través del Respectivo Registro Civil de Defunción, por lo cual los herederos determinados e indeterminados comparecieron por conducto de curador *ad-litem*, quien operó la *litis contestatio* señalando no constarle los hechos de la demanda, no obstante, del trámite administrativo, se avizora que ostentaba la calidad de cónyuge supérstite.

Formuló las excepciones de mérito de existencia de cónyuge quien acredita mejor derecho y la titularidad del 50% de la sustitución pensional del señor LUIS ALFONSO LASCARRO DITTA dejada en suspenso y buena fe.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 16 de julio de 2020, declaró que el señor LUIS ALFONSO LASCARRO SOTO, es el único beneficiario de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del deceso del causante LUIS ALFONSO LASCARRO DITTA; condenó a la accionada al pago del 50% de la pensión de sobrevivientes a partir del 8 de junio de 2013, absolviendo de los restantes pedimentos.

Para tal efecto señaló que de la revisión de las pruebas aportadas al plenario se acreditó el reconocimiento de la pensión de jubilación al causante, así como que el accionante es hijo del mismo y fue declarado interdicto mediante sentencia del 8 de agosto de 2013 proferido por el Juzgado Segundo de Familia de Valledupar, por lo cual le asiste derecho al reconocimiento de la pensión, a cuyo 50% además se accedió por pasiva.

De otra parte, que no se acreditó que la señora GALA SOTO MARTÍNEZ haya convivido durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento del causante.



De igual manera, frente a la señora VIALIS ISELA GUERRERO CORREA sólo se adjuntó su propia declaración, la cual no logra formar el convencimiento, máxime que, en interrogatorio de parte de la guardadora del actor, solo se manifestó que el causante mantuvo una relación con la referida señora, durante tres (3) años.

De otra parte, denegó los intereses moratorios, toda vez que, ante la comparecencia de terceras personas, la accionada debía suspender el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes.

Finalmente, estimó que procede la excepción de prescripción, toda vez que solo hasta el 8 de junio de 2016 se elevó reclamación administrativa, por ende, la declaró probada respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 8 de junio de 2013.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que no se formuló recurso de apelación, debe desatarse el grado jurisdiccional de consulta respecto del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales, así como de las señoras GALA SOTO MARTÍNEZ y VIALIS ISELA GUERRERO CORREA.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala determinará, si el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago del 100% de la pensión de sobrevivientes, con exclusión de las señoras GALA SOTO MARTÍNEZ y VIALIS ISELA GUERRERO



CORREA, quienes comparecieron en calidad de cónyuge supérstite y compañera permanente, respectivamente.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

a. De la Causación de la Pensión

En aras de desatar la litis planteada, se tiene que al plenario se aportó copia de la Resolución 0541 del 8 de julio de 1985, mediante la cual Ferrocarriles Nacionales de Colombia le reconoce al causante una pensión mensual vitalicia de jubilación de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 26 de marzo de 1980 (Fl. 75). De igual manera, que mediante Resolución No. 3746 del 22 de octubre de 2012, y en aplicación del artículo 2º de la Ley 1204 de 2008, se reconoció de manera provisional y en un 50% la sustitución pensional al señor LUIS ALFONSO LASCARRO SOTO, en calidad de hijo inválido (Fls. 15 a 17); de otra parte, mediante Resolución No. 0555 del 27 de febrero de 2014, dicha entidad reconoció de manera definitiva en el 50% la sustitución pensional, dejando en suspenso el 50% al haber comparecido para su reconocimiento las señoras GALA SOTO MARTÍNEZ y VIALIS ISELA GUERRERO CORREA (Fls. 24 a 26), lo anterior de conformidad con lo regulado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Debe precisar la Sala además, que la pensión debe ser analizada a la luz de la norma vigente para la fecha de fallecimiento del causante. En tal media, como quiera que el señor LUIS ALFONSO LASCARRO DITTA falleció el 24 de junio de 2012, acorde se verifica en el certificado de defunción obrante a folio 20, la norma aplicable es la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Conforme al precepto en cita, el artículo 47, consagra que son beneficiarios de la pensión:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de



que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

“[...]

“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;

“c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993”.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

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

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e



incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

En igual sentido, se tiene que en reciente pronunciamiento efectuado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró la Alta Corporación de cierre en sentencia SL- 1730 del 2020, que el mentado requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años, resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”.

De otra parte, juzga conveniente esta Sala, reiterar que en tratándose de cónyuge con vínculo matrimonial vigente, esta podrá acreditar los cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, criterio recientemente reiterado en sentencia SL2010-2019, en la cual se indicó:

“En torno a los alcances de dicha disposición, esta Sala de la Corte ha precisado que, en su conjunto, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 le dio una especial relevancia al concepto de unión conyugal y que, en ese sentido, privilegió el derecho del cónyuge a recibir la pensión de sobrevivientes, aun cuando estuviera separado de hecho del causante durante sus últimos años de vida, incluso sin mediar un compañero o compañera permanente que le dispute el derecho, siempre y cuando acredite una convivencia real y efectiva durante el lapso legal de cinco (5) años, pero no necesariamente anteriores al deceso, sino en cualquier tiempo. (Ver CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, reiterada en las sentencias CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 40995, CSJ SL704-2013, CSJ SL13276-2014, CSJ SL12218-2015, CSJ SL6519-2017 y CSJ SL1399-2018, entre muchas otras).

Por lo anterior, procede la Sala a analizar si las señoras GALA SOTO MARTÍNEZ y VIALIS ISELA GUERRERO CORREA, quienes comparecieron en calidad de cónyuge supérstite y compañera permanente, respectivamente, son beneficiarias de la prestación pretendida.

Respecto de la señora GALA SOTO MARTÍNEZ, se tiene que al plenario se aportó copia de la Resolución No. 0555 del 27 de febrero de 2014, en la cual se da cuenta que al comparecer a reclamar la pensión de sobrevivientes el 19 de julio de 2019 declaró ante la Notaría Tercera del Círculo de Valledupar:



“[...] que inicialmente hice vida marital de hecho de manera constante compartiendo techo, mesa y lecho por más de 30 años con el señor LUIS ALFONSO LASCARRO DITTA [...] hasta el momento mismo de su muerte ocurrida el 24/06/2012”

No obstante, su sola declaración no acredita el requisito de la convivencia, en tanto no resulta dable fabricar su propia prueba.

Igual consideración debe acogerse respecto de la señora VIALIS ISELA GUERRERO CORREA, quien de igual manera reposan sus aseveraciones ante la Notaría Tercera del Círculo de Valledupar el 18 de septiembre de 2012, cuando refirió:

“Conviví durante 9 años desde el 15 de febrero de 2003 a 24 de junio de 2012 fecha de su fallecimiento con e señor LUIS ALFONSO LASCARRO DITTA [...] y yo dependía de él económicamente para todas mis necesidades”.

Ahora bien, la señora LEDYS INÉS LASCARRO SOTO, hija del causante LUIS ALFONSO LASCARRO DITTA, y quien fuera designada como guardadora de su hermano LUIS ALFONSO LASCARRO SOTO, señaló conocer a VIALIS ISELA GUERRERO CORREA con quien mantenía una relación sentimental, la cual perduró durante tres (3) años aproximadamente, por ende, no existe prueba alguna que corrobore lo referido por la accionante en la declaración extrajuicio, máxime que no se solicitó la práctica de pruebas testimoniales.

De igual manera, no se aportó prueba documental o testimonial que diera cuenta que la convivencia de la señora GALA SOTO MARTÍNEZ hubiese convivido en un término de cinco (5) años antes del deceso, o en cualquier tiempo en los términos de la jurisprudencia antes referida.

La Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5219-2018, Radicación No. 66163 del 28 de noviembre de 2018, señaló:

“En el asunto que alega la censura, esa afirmación de la demandante, consistente en que la separación del pensionado fallecido fue temporal y luego se reinició, no encuadra dentro de la exigencia del numeral ii) referida y, aceptarla, sería tanto como permitir que la persona



directamente interesada en acreditar el hecho generador del derecho, pudiera crear su propia prueba a través de lo que manifieste al absolver un interrogatorio de parte, del cual obtendría su propio beneficio.

“A propósito de lo anterior la Corte en la Sentencia CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 31637 sobre esta temática adocrinó:

“[...] no se puede soslayar lo que antaño ha sostenido esta Corporación en torno a que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir, que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio”. (Subraya la Sala).

En ese orden de ideas, no acreditaron el requisito de la convivencia, motivo que impele a confirmar la absolución de primera instancia.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que el actor LUIS ALFONSO LASCARRO SOTO acreditó ser beneficiario de la prestación económica, en tanto se aportó la sentencia del 8 de agosto de 2013, mediante la cual el Juzgado Segundo de Familia de Valledupar lo declara en interdicción y en Resolución No. 0555 del 27 de febrero de 2014, la entidad accionada reconoció su calidad de beneficiario, dejando en suspenso el 50% únicamente en atención a la comparecencia de las señoras VIALIS ISELA GUERRERO CORREA y GALA SOTO MARTÍNEZ, quienes se reitera, no acreditaron el requisito de la convivencia, y por ende, deviene lógico que el actor deba acceder al 100% de la prestación.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, se confirmará lo decidido en primera instancia, en tanto se aporta la respuesta frente a la solicitud de reconocimiento del 50% restante, la cual data del 8 de junio de 2016 (Fl. 27), sin acreditarse una fecha anterior de solicitud de reconocimiento, radicando la demanda el 12 de julio de 2017 (Fl. 32), siendo notificada la demandada el 5 de octubre de 2017 (Fl. 33), de tal manera, que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 8 de junio de 2013.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por cuanto no se causaron.



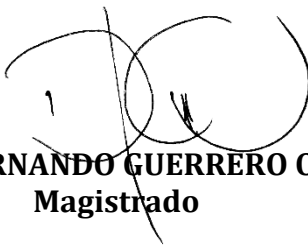
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

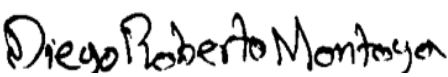
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de julio de 2020, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

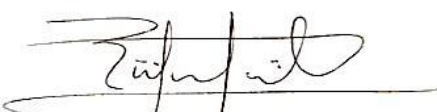
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. **1100131050 23 2019 00358 01**
Demandante: **JOSÉ SANTOS ROMERO ZAMBRANO**
Demandado: **GRUPO METRO COLOMBIA S.A.S. E**
 INGEANDINA CONSULTORES DE
 INGENIERÍA S.A.S., integrantes del
 CONSORCIO METROANDINA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de agosto de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ SANTOS ROMERO ZAMBRANO formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare que medió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor con las sociedades con las sociedades GRUPO METRO COLOMBIA S.A.S. e INGEANDINA CONSULTORES DE INGENIERÍA S.A.S, integrantes del CONSORCIO METROANDINA; se declare la nulidad absoluta de la “*carta de terminación de mutuo acuerdo*” del contrato de trabajo suscrito el 23 de julio de 2015, así como del contrato de trabajo suscrito el 1º de junio de 2016, y la terminación del contrato de trabajo antes referido, por error como vicio del consentimiento.



En consecuencia, se condene a las accionadas a solucionar la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, en la suma de \$758.880.000; más la indexación, la indemnización moratoria y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que el 16 de julio de 2015, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y el CONSORCIO METROANDINA, suscribieron el contrato de interventoría No. 365, el cual tenía un período de duración de ochenta y cuatro (84) meses; que el Consorcio está conformado por las sociedades accionadas, y desde la suscripción del contrato la interventoría fue administrada por la sociedad INGEANDINA CONSULTORES DE INGENIERÍA S.A.S.

Refiere que el 23 de julio de 2015 suscribió contrato de trabajo por duración de la obra o labor, en el cargo de Subdirector Técnico y Operativo, suscribiendo el contrato en calidad de representante legal de la accionada, el señor DANIEL ALFREDO TOVAR GONZÁLEZ; que devengaba un salario integral de \$10.540.000; que antes de culminar el primer año de duración del contrato de interventoría, la administración de la misma fue tomada por el GRUPO METRO COLOMBIA S.A.S.

Señala que el 24 de mayo de 2016, bajo presión y engaño, firmó la *“carta de terminación de mutuo acuerdo de contrato individual de trabajo en la modalidad por duración de la obra o labor contratada firmado el 23 de julio de 2015”*, prestando del servicio hasta el 30 de mayo de dicha anualidad; que la sociedad INGEANDINA CONSULTORES DE INGENIERÍA S.A.S. convenció a la mayoría de los trabajadores que debían suscribir la carta de terminación por cuanto debían firmar contrato con el nuevo interventor. Señala que el 3 de junio de 2016 se suscribió la liquidación definitiva de prestaciones sociales, documento en el cual se incluyó la renuncia del trabajador, como motivo de la terminación.



Que por concepto de vacaciones, se dejó de solucionar la suma de \$62.947,66; que el 1º de junio de 2016 suscribió un nuevo contrato de trabajo, el cual fue formado por la señora MARTHA ROCÍO MORA, Directora de Talento Humano de la sociedad GRUPO METRO COLOMBIA S.A.S., sin que se presentara solución de continuidad, pactándose un período de prueba de dos meses; que el 15 de julio de 2016, bajo presión y engaño, firmó la *“carta de terminación de mutuo acuerdo de contrato individual de trabajo en la modalidad por duración de la obra o labor contratada firmado el 01 de junio de 2016”*.

Relata que el cargo de Subdirector Técnico y Operativo no podía ser modificado por el interventor durante los primeros doce meses, lo cual se pactó en el literal a) de la cláusula 3.2 del contrato de interventoría No. 365.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad GRUPO METRO COLOMBIA S.A.S. operó la *litis contestatio*, señalando que no es cierto que se haya viciado el consentimiento del actor a efectos de suscribir la carta de terminación del contrato de mutuo acuerdo, máxime que le fueron solucionadas las acreencias laborales en la respectiva liquidación.

Propuso y sustentó las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica.

Por su parte la sociedad en la contestación de la demanda, refirió que si bien en el contrato de interventoría se fijó un plazo de 84 meses, no se debe soslayar que el proyecto se dividía en dos etapas, una preoperativa, la que a su vez se subdividía en la fase de preconstrucción y construcción, y la etapa de operación y mantenimiento, por lo cual el actor fue contratado por el CONSORCIO METROANDINA el 1º de junio de 2016 para la etapa preoperativa en la fase de preconstrucción, la cual tenía una duración de 12 meses. De otra parte, que no es cierto que se haya viciado el consentimiento del actor, quien no emitió reparo alguno en la suscripción de los contratos de trabajo con el Consorcio ni en las cartas de terminación, y que no se incumplió el contrato de



interventoría respecto del cambio del Subdirector, en tanto el contrato terminó de mutuo acuerdo, mas no de manera unilateral.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de título y causa en el demandante, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 13 de agosto de 2020, declaró que entre las partes mediaron dos contratos de trabajo con vigencia entre el 23 de julio de 2015 y el 31 de mayo de 2015 y del 1º de junio de 2016 y el 23 de julio de 2016, y absolvió a las accionadas de todas las pretensiones formuladas por activa.

Para tal efecto señaló frente a la nulidad absoluta de la carta de terminación del primer contrato de trabajo como de la suscripción del segundo contrato de trabajo, que el actor alega el error como vicio del consentimiento, sin embargo no se acreditó en tanto no se verificó confesión alguna en los interrogatorios de parte; de otra parte la testigo YENNY PATRICIA RANGO SARMIENTO refirió no estar presente cuando el demandante firmó el contrato ni la carta de terminación, y no le consta el motivo de la terminación, siendo testigo de oídas frente a las condiciones que antecedieron dicha decisión; el testigo RODRIGO POMBO CAJIAO, refirió no conocer directamente los motivos de la terminación, lo cual también fue señalado por la testigo MARISOL HERNÁNDEZ BONILLA, de tal manera, que la prueba testimonial no acreditan los hechos en que se sustenta la demanda.

Finalmente, de lo expuesto en las cartas de terminación, no se extrae un error como vicio del consentimiento, y que el hecho que no se haya solicitado autorización a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, en manera alguna repercute en la terminación de mutuo acuerdo.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:



Por activa se formuló recurso de apelación señalando (i) que si se verificó confesión por los representantes legales de las accionadas, toda vez que aceptaron que la carta de terminación se suscribió por la culminación de la primera fase de la interventoría y el cambio de administrador; que medio una reunión con todos los trabajadores a efectos de modificar los contratos y no solicitaron autorización a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA; (ii) las cartas de terminación y el segundo contrato fueron suscritas por la señora MARTHA ROCÍO MORA quien no ejercía como representante legal de la sociedad empleadora ni tenía poder para suscribir tales documentos, por lo cual no tenía capacidad legal.

(iii) Que se incumplió la cláusula contractual en la cual se pactó que para el cambio del Subdirector, se requería autorización de la contratista; y (iv) que no se apreciaron los indicios, tales como que el primer contrato culmina por cambio de administración sin mediar solución de continuidad; le había sido prometida una interventoría en otro contrato y no es de recibo que el actor de manera libre y consciente termine el contrato inicial de duración de 84 meses para suscribir uno nuevo atado a una duración de 53 días; ni es concebible que el actor haya manifestado que no era su deseo continuar con el contrato por no estar dispuesto a desplazarse o no tener conocimientos de programas informáticos propios de su actividad.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala determinará si por activa se acreditó el error



como vicio del consentimiento de las cartas de terminación y del segundo contrato de trabajo.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

Es menester señalar que no existe discusión alguna sobre la existencia, términos y condiciones del contrato de trabajo suscrito el 23 de julio de 2015 entre el CONSORCIO METROANDINA y el accionante JOSÉ SANTOS ROMERO ZAMBRANO (Fl. 266), señalándose en el supuesto fáctico de la demanda que se vició el consentimiento del demandante por error, a efectos de suscribir la carta de terminación de mutuo acuerdo de dicho contrato (Fl. 298); el nuevo contrato de trabajo suscrito el 1º de junio de 2016 (Fl. 301) firmado por la señora MARTHA ROCÍO MORA, Directora de Talento Humano; y la carta de terminación de mutuo acuerdo del segundo contrato (Fl. 623).

Debe acotarse que de la lectura de la demanda se especificó de manera concreta los hechos en que se sustenta el vicio del consentimiento, en tanto en el hecho décimo cuarto, se señala que la terminación del primer contrato se verificó *“porque debían firmar nuevos contratos individuales de trabajo con el nuevo administrador del Interventor”*; de igual manera en el hecho vigésimo señala que el segundo contrato fue suscrito por la señora MARTHA ROCÍO MORA, Directora de Talento Humano; en el hecho vigésimo primero que *“No hubo solución de continuidad entre el primer contrato laboral [...] y el segundo contrato laboral”*, y en el hecho vigésimo cuarto que *“El 15 de julio de 2016, bajo presión y engaño, el Demandante firma la “Carta de terminación [...]”, señalando en los fundamentos de derecho, que lo engañaron al ofrecerle ser nombrado Director de Interventoría en el contrato del Proyecto Bucaramanga – Pamplona.*

De tal manera, que aunque se aduce el error como vicio del consentimiento, lo cierto que es que frente a la terminación del primer contrato se aduce una coacción, consistente en que ante el cambio de administrador fue constreñido a firmar la carta de terminación; de otra parte, frente al segundo contrato de trabajo el vicio del consentimiento se aduce de manera genérica que fue suscrito por la Directora de Talento Humano, y que no existió solución de



continuidad y frente a la segunda terminación, que fue objeto de engaño al ofrecerle ser nombrado en un cargo superior.

Ahora bien, tal como se mencionó en precedencia, se adujo el error como vicio del consentimiento, frente a lo cual el artículo 1508 del C.C., consagra que *“Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”*; a su vez el artículo 1510, consagra que *“El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra”*.

Sobre tal aspecto del Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5032-2020, Radicación No. 78333 del 9 de diciembre de 2020, señaló:

“El error como vicio del consentimiento:

“El artículo 1502 del CC dispone que para que una persona se obligue con otra por acto o declaración de voluntad, requiere ser legalmente capaz; haber consentido en dicho acto mediando declaración que «no adolezca de vicio»; que el acto recaiga sobre un objeto lícito, y el mismo tenga causa lícita.

“En complemento de dicha norma, el artículo 1508 ibidem dispone que el consentimiento puede afectarse por vicios, tales como la fuerza, el error, y el dolo, dado que aquél debe ser libre y espontáneo para constituir válidamente el convenio.

“Según se desprende de lo esgrimido en la esfera casacional, la parte actora pretende invalidar los acuerdos suscritos, al afirmar que el consentimiento de los trabajadores demandantes se afectó por error; tal vicio consiste básicamente en una idea inexacta que se forma un contratante sobre uno de los elementos del contrato, como puede ser la naturaleza del acto, la identidad del objeto, su calidad o en la persona con la que se contrata, tal como lo prevén los artículos 1510 a 1512 del CC.

“También debe recordarse que el error como elemento de afectación de la libre voluntad, al igual que la fuerza y el dolo, no se presumen, sino que deben demostrarse plenamente por la parte que aduce los padeció y una vez acreditados la nulidad del acto o acuerdo declarada en sentencia, en los precisos términos del inciso 1º del artículo 1746 del CC, le otorga a las



partes el derecho para ser restituidas las cosas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De igual manera, frente a la coacción esa H. Corporación en sentencia SL4955-2018, Radicación No. 60871 del 14 de noviembre de 2018, refirió que:

“[...] la impresión y el temor que la fuerza o violencia genera en una persona debe ser de tal magnitud que la manifestación de la voluntad no se puede tener como libre, espontánea y natural, sino que es producto de la presión, coacción o del constreñimiento”.

Ahora bien, como primera medida se debe señalar que los hechos aducidos en el recurso de alzada, en manera alguna se enmarcan en el error o la fuerza como vicio del consentimiento, en tanto: se aduce (i) la falta de capacidad de quien suscribió el segundo contrato y su terminación; y (ii) el hecho de haber sido coaccionado o inducido a firmar los documentos bajo el apremio del cambio de la sociedad administradora de la interventoría o la promesa de ingresar a un nuevo proyecto.

Frente al primer evento descrito, se aduce que el segundo contrato y su carta de terminación de mutuo acuerdo, fueron suscritas por la señora MARTHA ROCÍO MORA quien no ejercía como representante legal de la sociedad empleadora ni tenía poder para suscribir tales documentos, por lo cual no tenía capacidad legal.

Frente al particular, no se debe soslayar que el contrato de trabajo fue suscrito en calidad de empleador por el CONSORCIO METROANDINA, integrado por las sociedades GRUPO METRO COLOMBIA S.A.S. e INGEANDINA CONSULTORES DE INGENIERÍA S.A.S., por ende no resulta de recibo que se alegue la falta de capacidad por no ostentar la referida señora la calidad de representante legal de alguna de las anteriores sociedades, pues en todo caso, actuaba en representación del Consorcio, sin que además las sociedades que lo integran hayan desconocido su capacidad para representarlas u obligarlas en esa toma de decisiones.

A contrario sensu, desde la contestación de la demanda han referido la legalidad de los documentos suscritos de mutuo acuerdo por el actor y a la



Directora de Talento Humano, sin desconocer en manera alguna tal calidad en que la señora MARTHA ROCÍO MORA actuó como representante del patrono.

De otra parte, frente a la coacción ante el cambio de administrador de la interventoría o la promesa de ser promovido, no se evidencia en manera alguna confesión por parte de los representantes legales de las accionadas, como se aduce por activa.

Respecto de dicho medio de convicción, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2372-2018, Radicación No. 45041, del 23 de mayo de 2018, señaló:

“La confesión está imbuida de ciertos principios probatorios, entre ellos -que es el que interesa al caso-- el de indivisibilidad, consistente, en términos del legislador, en que la confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe; pero cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente (artículo 200 C.P.C.).

“De lo antes anotado es dado sostener que la confesión judicial, que es de la que se habla en este caso, debe verse como una unidad inescindible; por tanto, cuando el reconocimiento en ella contenido es categórico y asertivo del hecho confesado, o sea, sin adición alguna, estamos frente a lo que ha dado en llamarse confesión “pura y simple”; cuando además del reconocimiento del hecho se agregan por el confesante expresiones que modifican, aclaran o explican el hecho, se tiene una confesión calificada, no susceptible de ser dividida, pues el legislador entiende que aquí se conserva la unidad de la confesión, en tanto que el hecho confesado se debe tomar en los términos precisados por el confesante por vía de explicación, modificación, corrección o aclaración, situación que conlleva, necesariamente, a que si se acepta tal confesión, se acepten sin necesidad de prueba las adiciones que modifican, aclaran o explican el hecho confesado, salvo, obviamente, cuando exista prueba que desvirtúe tales agregados. (Negrillas fuera de texto original).

“Pero también es posible inferir de la norma antedicha que, aparte del hecho confesado, el declarante puede adicionar a su dicho hechos distintos al confesado, en tal caso, tales hechos, para que hagan parte de la unidad de la confesión, esto es, para que de aceptarse lo confesado se acepte lo adicionado, pues de lo contrario podrán separarse y de ellos esperarse su respectiva prueba para tenerlos por acreditados, deberán tener íntima conexidad con el hecho confesado, es decir, deberán mantener con el hecho confesado una ligazón necesaria, de tal naturaleza que, de abstraerse el hecho confesado desaparecerá el hecho adicionado



y viceversa. En otros términos, la existencia de uno de los hechos expresados por el confesante dependerá de la del otro, por manera que, a pesar de la diferencia entre hecho confesado y hecho adicionado, el uno no podrá entenderse sin que se considere al otro. Entre ambos deberá, entonces, evidenciarse una unidad lógica y natural, pues de no aparecer ella podemos distinguir en el dicho del confesante, por una parte, una confesión y, por otra, una alegación, por tanto, susceptibles de separar o dividir.

“Pero si los hechos agregados son susceptibles de separar del hecho confesado, por contar con identidad y autonomía propias, como cuando también se adicionan por el confesante otros totalmente diversos y heterogéneos al confesado, la división de tal dicho resulta absoluta y físicamente visible, en tal caso, a dicha confesión se ha dado en llamar en la doctrina confesión ‘compuesta’, en otras palabras, una confesión pura y simple más una alegación que debe ser probada.

De la revisión de las declaraciones, se tiene que no se aceptó en manera alguna que se haya hecho incurrir en error al demandante. Por el contrario, el actor extrae las confesiones de una interpretación de los interrogatorios frente al hecho de mencionarse que terminó el primer contrato por la culminación de una fase de la interventoría, o por hacerse alusión al cambio de Administrador de la misma, lo que no implica *per se* que se haya confesado que de manera fraudulenta se indujo al actor a suscribir la culminación de los contratos de trabajo, como lo aduce el recurrente.

En igual sentido, refiere el censor que se confesó que se verificó una reunión con los trabajadores a fin de modificar los contratos, lo cual no entraña una conducta contraria al ordenamiento jurídico laboral, ni es dable extraer de tal situación, una confesión que se haya doblegado la voluntad del actor.

Se debe memorar que el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento, deben tener la entidad suficiente para anular la manifestación de voluntad, lo cual no se encuentra acreditado, se reitera, de los interrogatorios de parte.

De igual manera, los testigos tampoco dieron cuenta de la existencia de un vicio del consentimiento, pues, tal como lo refirió el *a-quo*, aseveraron no estar presentes para la suscripción de los documentos, que en manera alguna dan cuenta de la existencia de un error o coacción por parte del actor en la



suscripción de la terminación de los contratos de trabajo ni en la firma del segundo vínculo laboral.

De otra parte, no resulta de recibo señalar que el hecho de no mediar solución de continuidad entre los contratos de trabajo implica un hecho indicador de coacción en la terminación del primer contrato y la suscripción del segundo, consideración que también se predica del hecho de haberse pactado en el segundo contrato un término de duración inferior a la duración total de la interventoría y ceñirla a una fase de la misma, pues el trabajador puede de mutuo acuerdo con el empleador, pactar aspectos como la reducción del término de duración, lo anterior más aún si media la terminación de mutuo acuerdo del primer contrato, y no se avizora la existencia de un vicio del consentimiento.

De otra parte, señala el recurrente que no es concebible que el actor haya manifestado que no era su deseo continuar con el contrato por no estar dispuesto a desplazarse o no tener conocimientos de programas informáticos propios de su actividad, pues en todo caso el contrato terminó de mutuo acuerdo, y, se reitera, no se advirtió una coacción, e incluso la afirmación de haberse prometido una promoción laboral al cargo de Director de otro proyecto, no tendría, en caso de haberse acreditado, la entidad suficiente para derruir la libre manifestación de la voluntad del actor de dar por terminado el segundo contrato de trabajo, pues tenía a su alcance no emitir su voluntad en ese sentido.

En ese orden de ideas, los hechos que denuncia el recurrente como indicios del error y la coacción, no tienen tal connotación, pues debía acreditarse de manera fehaciente que el actor no tuvo a su alcance expresar libremente su voluntad, lo cual no es respaldado por ningún medio probatorio.

Finalmente, en lo que respecta al eventual incumplimiento del contrato de interventoría No. 365, suscrito entre el Consorcio y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, el cual contemplaba condicionamientos para reemplazar a los Subdirectivos, en nada incide en la decisión que de mutuo acuerdo suscribieron el Consorcio y el trabajador, pues aún en el evento antes



mencionado, conllevaría a que la ANI tenga a su alcance deprecar los perjuicios de tal incumplimiento, mas en manera alguna a que se declare la nulidad de las decisiones que de mutuo acuerdo tomaron las partes del contrato de trabajo, más aun cuando en dicho vínculo laboral no se pactó tal aspecto.

En ese orden de ideas, no se demostraron los vicios del consentimiento aducidos por el actor, motivo que impele a confirmar la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia por cuanto no se causaron.

DECISIÓN

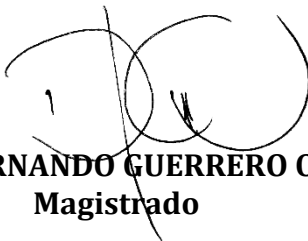
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

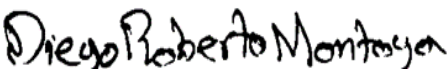
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de agosto de 2020, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

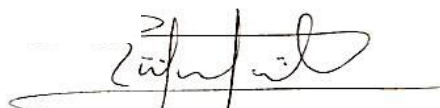
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 31 2018 00020 01
Demandante: ELIZABETH CASTRO CÁRDENAS
Demandado: SERVIACTIVA SOLUCIONES
ADMINISTRATIVAS S.A.S. Y EL CONJUNTO
RESIDENCIAL ROSALES RESERVADO
ETAPAS I, II, III Y IV, TORRES I, II, III Y IV,
PROPIEDAD HORIZONTAL
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 6 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ELIZABETH CASTRO CÁRDENAS formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare que medió un contrato de trabajo con la sociedad SERVIACTIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. entre el 8 de mayo de 2015 y el 6 de mayo de 2017, siendo el CONJUNTO RESIDENCIAL ROSALES RESERVADO ETAPAS I, II, III Y IV, TORRES I, II, III Y IV, PROPIEDAD HORIZONTAL, solidariamente responsable.

En consecuencia, se condene a las accionadas a solucionar los salarios y subsidio de transporte causados entre el 1º de mayo de 2017 y el 6 de mayo de 2017, vacaciones del ultimo año de servicios, prima de servicio entre el 1º



de enero de 2017 y el 6 de mayo de 2017, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías de los años 2016 y 2017, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, la indexación, la indemnización moratoria y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que el 8 de mayo de 2015 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S., a efectos de desarrollar labores de aseo de lunes a viernes entre las 7:00 a.m. y las 4:00 p.m. y sábados de 6:00 a.m. a 2:00 p.m., devengando la suma de \$842.250; que prestó el servicio en el CONJUNTO RESIDENCIAL ROSALES RESERVADO ETAPAS I, II, III Y IV, TORRES I, II, III Y IV, PROPIEDAD HORIZONTAL.

Que el 8 de mayo de 2017, la Subgerente Administrativa, emitió una comunicación en la que se le comunica que el contrato de trabajo fenecerá el 6 de mayo de 2017; finalmente que no le fueron solucionadas las acreencias laborales deprecadas en la demanda.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El CONJUNTO RESIDENCIAL ROSALES RESERVADO ETAPAS I, II, III Y IV TORRES I, II, III, Y IV, operó la *litis contestatio*, señalando que no les consta la existencia del contrato de trabajo toda vez que fungió como empleadora la sociedad SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S., con la cual la propiedad horizontal suscribió un contrato de prestación de servicios, por lo cual no resulta solidariamente responsable.

Formuló y sustentó las excepciones de mérito de cobro de lo no debido y falta de solidaridad del Conjunto Residencial Rosales Reservado PH.

De igual manera llamó en garantía a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A., a lo que se accedió en auto del 17 de mayo de 2018, la que contestó la demanda señalando no constarle los hechos, y que las pretensiones reclamadas no son



objeto de cobertura en la póliza de cumplimiento No. 21-45-101169867, toda vez que la misma tiene como inicio de vigencia el 1º de julio de 2015.

Propuso y sustentó la excepción de mérito frente a la demanda de ausencia de responsabilidad del Conjunto Residencial Rosales por cuanto no se encuentra probada la solidaridad, y frente al llamamiento en garantía las de ausencia de cobertura de la póliza por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento por una eventual condena por el concepto de vacaciones, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena de la sanción moratoria, compensación, límite de la responsabilidad y la genérica.

Finalmente, la sociedad SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S., por conducto de curador *ad-litem*, señaló no costarle los hechos de la demanda, proponiendo la excepción genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 6 de octubre de 2020, declaró que entre la accionante y la sociedad SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. medió un contrato de trabajo con vigencia entre el 8 de mayo de 2015 y el 6 de mayo de 2017, condenándola al pago de salarios, subsidio de transporte, vacaciones, prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, despido sin justa causa e indemnización moratoria, absolviendo al CONJUNTO RESIDENCIAL ROSALES RESERVADO ETAPAS I, II, III Y IV TORRES I, II, III, Y IV y a la llamada en garantía de todas las pretensiones.

Para tal efecto señaló que de las documentales aportadas al plenario se acredita la existencia del contrato de trabajo con la sociedad SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S., quien dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, según la misiva aportada al plenario, por lo cual tiene derecho a su reconocimiento. De otra parte, que la accionada tenía que



demostrar el pago de los salarios, vacaciones y prestaciones sociales deprecadas en la demanda, sin que cumpliera dicha carga demostrativa, ni la existencia de justificantes en la omisión del pago, por lo cual accedió a la indemnización moratoria.

De otra parte, que el CONJUNTO RESIDENCIAL ROSALES RESERVADO ETAPAS I, II, III Y IV TORRES I, II, III, Y IV no es solidariamente responsable de conformidad con el artículo 34 del C.S.T., toda vez que la actividad atinente al aseo del edificio no es afín al objeto del contratista constituido en una propiedad horizontal, lo cual además implica la absolución del llamado en garantía.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Por activa se formuló recurso de apelación señalando que el CONJUNTO RESIDENCIAL ROSALES RESERVADO ETAPAS I, II, III Y IV TORRES I, II, III, Y IV si es solidariamente responsable, en tanto la actividad de aseo si resulta inherente al objeto social de una propiedad horizontal destinada a vivienda urbana, sin que sea aplicable el precedente frente a propiedad horizontal del régimen mixto o comercial, como sería el caso de un terminal de transportes.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, se determinará como único problema jurídico si el demandado CONJUNTO RESIDENCIAL ROSALES RESERVADO ETAPAS I, II, III Y IV TORRES I, II, III, Y IV, es solidariamente responsable de las condenas



impuestas en primera instancia, como consecuencia de la declaratoria del contrato de trabajo que existió entre la señora ELIZABETH CASTRO CÁRDENAS y la sociedad SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S.

a. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche la existencia del contrato entre la demandante señora ELIZABETH CASTRO CÁRDENAS y la sociedad SERVIATIVA SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS S.A.S. con vigencia entre el 8 de mayo de 2015 y el 6 de mayo de 2017, en virtud del cual prestó el servicio de aseo en el CONJUNTO RESIDENCIAL ROSALES RESERVADO ETAPAS I, II, III Y IV TORRES I, II, III, Y IV, propiedad horizontal que suscribió un contrato de prestación de servicios con la referida sociedad.

Tampoco se refutaron en la alzada las condenas impuestas por la *a-quo*, por lo que las mismas se mantendrán incólumes en el estudio que realice la Sala sobre el presente asunto.

Ahora bien, en lo que atañe a la figura de la solidaridad, se debe acotar que se constituye en una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas al obligado solidario las deudas insolutas, prestacionales o indemnizatorias, en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante una insolvencia económica por parte del contratista.

El artículo 34 del C.S.T., subrogado por el 3º del Decreto 2351 de 1965, dispuso:

*“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad***



que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

“2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”. (Negrillas fuera de texto)

Precepto legal, modulado e interpretado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que esta solidaridad no se predica únicamente cuando se constata una identidad con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma se debe colegir de un estudio extenso de todas las actividades propias del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellos que hacen parte del giro normal de la empresa y respecto de las cuales se encontrara en capacidad de desarrollar, determinaciones fundadas entre otras, en la sentencia SL2262- 2018, Radicación 55373 del 20 de junio de 2018, en la que hace alusión a la SL4540-2014, Radicación No. 38651 del 5 de febrero de 2014:

“En efecto, de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que no se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del CST, es preciso que las tareas coincidan con las labores normales del dueño de la obra.

“En sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 38651, se dijo sobre el particular:

*“En las anteriores circunstancias, si el objeto social del Edificio Terminal de Transportes de Ibagué, no está relacionado con el giro o la actividad del contratista que ya se dejó descrita con precedencia, y tampoco emerge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que contempla el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede deducirse en el sub judice, pues el hecho de que la propiedad horizontal deba hacer reparaciones y mantenimiento al edificio, así como cuidar la conservación del mismo, esa sola circunstancia no puede conducir a que se derive la supuesta afinidad que dedujo en forma equivocada el sentenciador de alzada entre las labores que desarrolla el contratante y las que ejecuta el contratista, pues para que esa solidaridad se configure, **no basta simplemente que con***



la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.”

Así las cosas, nótese que la falladora primigenia consideró que la solidaridad no se configura, en tanto el servicio de aseo no es inherente a las actividades propias del Conjunto Residencial accionado, frente a lo cual denota disenso el recurrente, al estimar que la *a-quo* fundamentó la decisión en un precedente respecto de un terminal de transportes, lo cual dista del presente evento, en el cual el aseo es una actividad propia de la propiedad horizontal.

En ese orden ideas, frente a la solidaridad, en virtud del artículo 34 del C.S.T, se debe acreditar el nexo causal entre el objeto social de la propiedad horizontal y la actividad desarrollada por el contratista.

Sobre el particular el artículo 1º de la Ley 675 de 2001, consagra que “*La presente ley regula la forma especial de dominio, denominada propiedad horizontal, en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad”.*

Por ende, para los efectos de la Ley 675 de 2001, se evidencia que forman parte del objeto de la propiedad horizontal, los actos y negocios jurídicos que se realicen sobre los bienes comunes por su representante legal, relacionados en la explotación económica de los mismos que permitan su correcta y eficaz administración, con el propósito de obtener contraprestaciones económicas que se destinen al pago de expensas comunes del edificio o conjunto y que además faciliten la existencia de la propiedad horizontal, su estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso, goce o explotación de los bienes de dominio particular. Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No. 38887 del 24 de mayo de 2011, señaló:



“[...] precisamente el legislador con la expedición de la Ley 675 de 2001 pretendió la regularización de los edificios, conjuntos residenciales y demás unidades de vivienda social con miras a la regularización de aquellos entes, otorgándoseles la capacidad de ejercer derecho y contraer obligaciones de múltiples situaciones legales, que con anterioridad a la expedición de la ley resultaban casi inverosímiles. Desde aquel entonces, los bienes sometidos a la ley de propiedad horizontal tienen por objeto velar por la convivencia pacífica y la solidaridad social, a través de las autoridades administrativas creadas por la ley y regladas en cada caso concreto por los reglamentos de propiedad horizontal, pignorando cualquier responsabilidad de los copropietarios de cara a las actuaciones del ente administrador y quedando sometidos solamente a sus responsabilidades como propietarios frente a la unidad residencial, como el pago de cuotas ordinarias, nombramientos de autoridades internas, convivencia, etc.”, reflexiones de orden jurídico que, dada la vía escogida para el ataque y en la forma como se delimitó este, están por fuera de controversia en el presente cargo”.

En lo atinente a la responsabilidad solidaria consagrada en el artículo 34 del C.S.T, la Alta Corporación señaló con voz de autoridad en la sentencia SL14540-2014, Radicación No. 38651 del 5 de febrero de 2014, la cual, *a contrario sensu* de lo expuesto por el recurrente, resulta relevante para el *sub-examine*, señaló:

“El Tribunal para deducir la solidaridad de la recurrente Edificio Terminal de Transporte de Ibagué S.A., respecto de la indemnización plena y total de perjuicios ocasionados por el accidente de trabajo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, consideró que aun cuando aquel no influyó en la contratación del trabajador accidentado, sí se benefició de la actividad desarrollada por el contratista y que ejecutó el trabajador, lo cual a su juicio es afín con el objeto social de aquella persona jurídica, en tanto que el mantenimiento y limpieza de la infraestructura del edificio donde operada el terminal hace parte de sus funciones.

“[...]”

“Teniendo en cuenta el razonamiento que hizo el Tribunal en torno a la solidaridad y en perspectiva de lo que informan esos dos medios de prueba que se han relacionado con anterioridad, es claro que en efecto el sentenciador de alzada sí obtuvo una inferencia abiertamente equivocada, al concluir que como dentro de las funciones del administrador de la copropiedad se encontraba la de velar por el mantenimiento del edificio en general, la labor que contrató la sociedad Edificio Terminal de Transportes de Ibagué en calidad de contratante y Wilfredy Aguirre M como contratista, correspondiente a «Desmanchado y lavado ante techo parte superior interna de la Terminal en cantidad de 502.40 M2, pintura de 53 postes metálicos de alumbrado público y pintura de 5 astas para bandera», eran afines con el beneficiario de la obra.



“En efecto, el objeto de una Terminal de Transporte y su constitución como propiedad horizontal, no se enfoca a aquellas actividades de limpieza, pintura y desmanchado de sus propias instalaciones, que fueron las que se realizaron a través del contratista independiente, sino que su propósito está básicamente dirigido a administrar una copropiedad a la que se le dado un carácter público destinada al beneficio de la comunidad, como claramente se indica en el respectivo Reglamento que obra a folios 27277 a 308 del expediente.

“En las anteriores circunstancias, si el objeto social del Edificio Terminal de Transportes de Ibagué, no está relacionado con el giro o la actividad del contratista que ya se dejó descrita con precedencia, y tampoco emerge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que contempla el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede deducirse en el sub judice, pues el hecho de que la propiedad horizontal deba hacer reparaciones y mantenimiento al edificio, así como cuidar la conservación del mismo, esa sola circunstancia no puede conducir a que se derive la supuesta afinidad que dedujo en forma equivocada el sentenciador de alzada entre las labores que desarrolla el contratante y las que ejecuta el contratista, pues para que esa solidaridad se configure, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.

Dichas consideraciones resultan aplicables al *sub-lite*, en tanto si bien la propiedad horizontal en cumplimiento de su objeto, atinente a la administración de la copropiedad, deba adelantar actividades como las de aseo, dicha situación no implica que sea ese su objeto social, y por ende no se avizora que se predique una responsabilidad solidaria frente al contratista cuyo objeto social si se constituye, según el certificado de existencia y representación legal, en la *“limpieza de edificios e instalaciones industriales”* (Fl. 11).

De tal manera que, al no configurarse los presupuestos de la solidaridad, resulta además evidente que proceda la absolución de la llamada en garantía por el Conjunto Residencial accionado, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



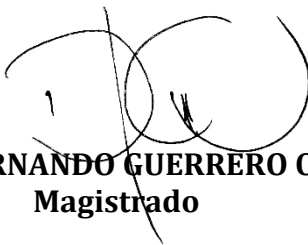
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

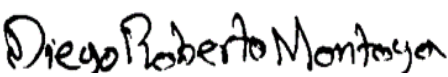
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

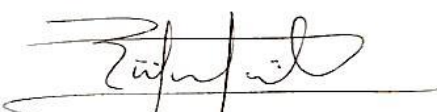
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 33 2018 00638 01
Demandante: BLANCA MYRIAM QUIJANO DE HERNÁNDEZ.
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO

Atendiendo al poder que fuere allegado por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de dicha entidad al profesional del derecho IVÁN DARÍO BLANCO ROJAS, identificado C.C No 80.221.256 y T.P No 205.113.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 28 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BLANCA MYRIAM QUIJANO DE HERNÁNDEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se reconozca el incremento pensional del 14%, junto con retroactivo, por cónyuge o compañero permanente a cargo.



En virtud de ello, pretende que se condene a la encartada a pagar las sumas correspondientes del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, desde el momento en que se causó el derecho, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, mediante Resolución No. 011124 de 2008 en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, le reconoció una pensión de vejez. Informa que desde el 20 de diciembre de 1969 contrajo nupcias con el señor LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ REINA, vínculo que continua vigente y con quien comparte, mesa, lecho y techo. Relata que su cónyuge depende económicamente de ella, puesto que se encuentra desempleado, sin beneficio de pensión alguna y carente de recursos económicos propios para subsistir por sí mismo, razón por la cual le asiste el incremento de un 14% en su pensión de vejez.

Afirma que el 1º de julio de 2018 elevó solicitud radicado No. 2018_63674477 ante la encartada peticionando el incremento pensional por cónyuge a cargo, frente a lo cual el 7 de junio de 2018 COLPENSIONES emitió respuesta negativa a lo pretendido.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, alegando que carecen de todo sustento fáctico y legal, en tanto no se acredita en debida forma la dependencia económica de su compañero, el no disfrute de pensión y el vínculo matrimonial vigente, requisitos exigidos por el artículo 21 del Acuerdo 049 del 1990 y su Decreto 758 del mismo año.

Indicó además que, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, en su artículo 259 se derogaron los incrementos pensionales, perdiendo estos su vigencia, situación que se acompasa con los criterios expuestos por la Corte Constitucional en sentencias como la C-258 de 2013, SU-230 de 2015, T-456 de 2018. Finalmente aduce que el incremento deprecado al no ser parte constitutivo de la pensión de vejez solo es susceptible de reconocimiento para aquellas personas que obtuvieron su prestación pensional con ocasión del



Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de la misma anualidad, situación que no se configura en el presente caso.

Formuló como excepciones de fondo o mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, buena fe, prescripción de los incrementos pensionales y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral de Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de julio de 2020, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del incremento del 14% por cónyuge a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 en favor de la accionante, a partir del 28 de julio de 2016 y mientras subsistan las causas que le dieron origen; al reconocimiento por 14 mesadas al año, cuyo retroactivo a la fecha del fallo ascendía a la suma de \$6.172.199. Declaró no probada la excepción de prescripción, condenó en costas y agencias en derecho a la accionada y ordenó el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte pasiva.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, adujo que se aparta del criterio sentado por la sentencia SU-140 del 2019, por tanto, los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 se encuentran vigentes. Para tal efecto señala que no operó una derogatoria tácita, por cuanto no existe una prestación en la Ley 100 de 1993 o en el Acto Legislativo 01 del 2005 que cubra las necesidades del cónyuge carente de ingresos y que dependa económicamente del pensionado. Además, la Corte Constitucional compara de manera errónea la pensión familiar con el incremento del 14% por cónyuge a cargo, así como al citar la sentencia C-823 de 2006, da una aplicación inapropiada de la figura de la derogatoria orgánica, ya que debió identificar las prestaciones y cómo éstas se transforman o son reemplazadas.

Así mismo en tanto la Corte Constitucional mezcla los requisitos para el reconocimiento de una prestación de vejez con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 en su artículo 21. Por otro lado, su tesis resulta totalmente regresiva por cuanto lo que hace es limitar la aplicación de una norma, desprotegiendo a un grupo poblacional que, si protege el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, lo que implica que en materia de Seguridad Social no sea sujeto de aplicación. Aunado a ello, no tuvo en cuenta el criterio de vigencia



normativa que sí establece la Corte Suprema, que indicó que estos incrementos se encuentran vigentes.

Expuesto lo anterior, refiere en lo que concierne a los requisitos en el caso de la actora sobre el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, que tal calidad se acreditó respecto del señor LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ, como quiera que se allegó registro civil de matrimonio, donde consta que la demandante y el señor HERNÁNDEZ REINA contrajeron nupcias el 20 de diciembre de 1968, folio 9. Igualmente, se allegó Resolución 11124 del 2008 en la cual se reconoció pensión de vejez a la actora en virtud del régimen de transición.

En cuanto al requisito de la dependencia económica, expone que se logró demostrar por parte de la demandante que su cónyuge depende económicamente de ella, desde los cuatro años inmediatamente anteriores a la fecha de la audiencia, pues en el testimonio rendido el señor HERNÁNDEZ REINA declara que desde ese interregno no realizó más labores económicas que le permitieran su ingreso.

Frente a la excepción de prescripción, adujo que la exigibilidad del derecho está atada a las circunstancias de dependencia económica, porque no siempre va a coincidir con la fecha del reconocimiento de la pensión, en el presente caso la prestación se reconoció en el 2008, para ese momento no era dependiente de la pensionada, la exigibilidad se configuró cuando este deja de laborar, así al confrontarse con la declaración del señor PEDRO JULIO BERNAL, quien refirió que había prestado sus servicios con el señor HERNÁNDEZ REINA en la labor de instalación de pisos hasta hace aproximadamente 15 años, y que había laborado hasta hace unos cinco (5) años; que el propio cónyuge de la demandante cuenta que prestó servicios hasta hace cuatro (4) años, que dada su edad ya no le era posible encontrar trabajos en la labor que desempeñó.

Así las cosas, mencionó que la exigibilidad es desde el 28 de julio de 2016, cuatro años atrás a la fecha del fallo, pues toma exactamente las palabras del deponente, instante en que se causa el derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo y periodo en que se acredita el requisito de la dependencia económica, el derecho se causó entonces en el año 2016, la reclamación administrativa fue el 1º de junio del 2018 y por tanto se interrumpió el fenómeno prescriptivo y no hay lugar a aplicar prescripción alguna.



III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES expuso en su recurso, que se encuentra en desacuerdo con la tesis del despacho al apartarse de la sentencia SU-140 de 2019, ya que es una obligación acoger los precedentes emitidos por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, en razón a que esta es la encargada de brindar los criterios interpretativos para el análisis de los casos similares, estos precedentes tienen fuerza vinculante y tiene efecto *erga omnes*. Situación que se acompasa por lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias como la SU-072 de 2018 y la C-539 del 2011. De esa forma, exhorta a que se acoja el precedente jurisprudencial de la SU-140 de 2019, dado que allí se unificó jurisprudencia respecto de los incrementos pensionales materia del presente asunto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

La controversia gira en torno a determinar, si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento de la pensión en un 14%, en los términos del Acuerdo 049 de 1990.

c. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es un tema que ha sido ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encuentran vigentes.



Así puede colegirse entre otras de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741, en las que se determina que los aludidos incrementos mantienen su vigencia, no obstante no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados debe entenderse que conservan su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4051-2018, Radicación No. 60955 del 18 de septiembre de 2018, señaló:

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

“Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de esta [...]”

Postura que además se ha mantenido en la sentencia SL809-2020, Radicación No. 68868, del 10 de marzo de dos 2020, en la que estableció:

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibidem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345

Con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se



aparta de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

d. Del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Conforme con lo manifestado en la demanda, por medio de la Resolución No. 011124 del 28 de febrero de 2008 (Fl. 02), se reconoció pensión de vejez a la demandante, por lo que no es objeto de discusión en el presente caso, que la actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al haberle reconocido el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, y con ello, es beneficiaria de los incrementos bajo estudio.

El literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, consagró los incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así:

“b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”

En tal sentido se aprecia, que son tres los requisitos que se debe acreditar para efecto del reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo: (i) la calidad de cónyuge, compañero o compañera permanente, (ii) la dependencia económica respecto del pensionado y, (iii) que el cónyuge, compañero o compañera permanente dependiente no disfrute de pensión, ello en la medida en que la filosofía de los referidos incrementos fue la de alivianar la carga que pesa sobre el pensionado que tiene bajo su responsabilidad la manutención.

Respecto a la calidad de cónyuge del señor LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ REINA, se allegó registro civil de matrimonio, de fecha 20 de diciembre de 1969 (Fl. 04), documental con que se acredita la calidad alegada.

En cuanto a la dependencia económica, se aportó al plenario, facturas de servicios públicos (Fls. 5-7). Sin embargo, tales documentales no dan fe de la dependencia alegada, en tanto no se aprecia a nombre de quien se expiden ni la persona quien los cancela.



Por otro lado, se practicó el testimonio del cónyuge de la demandante, señor LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ REINA, quien aduce que contrajo matrimonio con la señora BLANCA MYRIAM QUIJANO RUEDA el día 20 de diciembre, pero no recuerda la fecha exacta; que más o menos llevan casado unos 50 o 51 años; que conoció a la accionante en Bogotá. Afirma que se desempeñó instalando y puliendo pisos de madera, que dejó su ocupación debido a que por su edad ya no lo contrataban, eso fue hace como unos cuatro (4) años. Por la labor en mención, cobraba dependiendo el valor del metro, entre \$14.000 y \$15.000 y que le quedaban \$1.000 por instalación del metro cuadrado; mensualmente devengaba entre \$800.000 y \$900.000, hasta \$1.000.000, sin embargo, el trabajo no era continuo.

Aclara que cuando él dejó de laborar su esposa asumió todos los gastos. Finalmente, explica que sus hijos no le colaboran económicamente, ya que tienen sus propios hogares y sus gastos, que solo devengan para la manutención de sus familias; que la actora lo tiene afiliado como beneficiario del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Además, se evacuó el testimonio del señor PEDRO JULIO BERNAL, quien aduce que conoce a la señora BLANCA MYRIAM QUIJANO hace aproximadamente 50 años. Refiere que el señor LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ REINA laboraba como instalador y pulidor de pisos de madera, inclusive que trabajó con él en ese oficio; que el trabajo era ocasional, y que aproximadamente hace 5 años dejó de trabajar por su edad, por lo que a partir de ese momento es dependiente económicamente de su esposa.

Finalmente expresa que los hijos de la pareja no les colaboran económicamente, ya que ellos tienen sus hogares por los que deben responder, y que el señor LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ tampoco cuenta con bienes que le produzcan ingresos adicionales.

Ahora bien, se allegó al plenario expediente administrativo de la actora por parte de COLPENSIONES, en donde se avizora petición de incremento pensional por cónyuge a cargo elevada por la accionante el 1º de octubre del año 2009, mediante Resolución 009060 del 13 de abril del 2010 el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES resuelve desfavorablemente lo peticionado, acto administrativo que se notificó a la demandante el día 03 de junio de 2010.



En la mentada solicitud se expresa:

“Petición. Se incremente la pensión de vejez de la señora BLANCA MYRIAM QUIJANO DE HERNÁNDEZ identificada con cédula de ciudadanía número 41.563.768 de Bogotá en un catorce por ciento (14%), de conformidad con el literal b) del art. 21 del Decreto 758 de 1990. Consideraciones. (...) QUINTA. El cónyuge de mi mandante depende económicamente de ella y no disfruta de pensión alguna, además que se encuentran desarrollando vida marital entre sí.”

Así las cosas, de las declaraciones rendidas y del expediente administrativo, se pudo determinar que el señor LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ REINA es dependiente económicamente de su cónyuge, empero no desde la fecha que se expresó en primera instancia, esto es, desde el 28 de julio de 2016, sino con anterioridad, pues se presentó reclamación administrativa desde el año 2009, en donde se aseveró la dependencia económica que tiene el señor HERNÁNDEZ REINA respecto de la pensionada, por ende, al no encontrarse prueba alguna que ofrezca certeza sobre el momento que inició la dependencia alegada, se tomará como tal la vertida en la primera solicitud elevada ante el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES.

De lo anterior, se concluye que la actora cumple con los supuestos de hecho del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, y por ende le asiste el derecho al reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo del 14% sobre la pensión.

e. Sobre la prescripción del incremento pensional:

Respecto a la prescripción, propuesta como excepción en la contestación de la demanda, encuentra esta Sala, que esta se probó dentro del presente proceso, dado que a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha sentenciado que, es razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional, o del cumplimiento de los requisitos si acaecen con posterioridad, y la reclamación administrativa transcurrió un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T. y de la S.S., y ello por cuanto los incrementos a que aluden los artículos precedentes, no forman parte integrante de la pensión por



no gozar de los mismos atributos, por lo que pueden prescribir si no se reclaman en tiempo.

Tal postura ha sido sostenida invariablemente por dicha Corporación desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367.

En ésta última, se rememoró lo dicho en la sentencia con radicación 27.923, en la que, respecto a la prescripción del derecho a reclamar los incrementos por personas a cargo, puntualizando que:

“(...) No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.

“La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos ‘subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen’, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.

“De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez”.

Aunado a lo anterior, en la sentencia con radicado 40.919 antes citada, se señaló, que por el acaecimiento de la prescripción se extingue el derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, *“al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante”.*



Dicha posición se ha mantenido, incluso en la sentencia SL 2711 del 17 de julio de 2019, en la cual además se analiza la exigibilidad desde el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL17165-2015, radicado 62.562, frente a la interrupción de la prescripción expuso:

“Empero, el planteamiento de la censura es equivocado, pues tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo como el 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que señalan el plazo general de tres años para la extinción de las obligaciones y acciones laborales, señalan que el simple reclamo escrito del trabajador sobre un derecho determinado, interrumpe la prescripción, pero por una sola vez, plazo que empezará a contarse de nuevo, sin que sea posible interrumpir ese plazo por varias veces. en tanto, como ya quedó dicho, los citados preceptos permiten la interrupción de la prescripción por una sola vez, tenor literal que no admite interpretación distinta ni mucho menos como la planteada por la acusación. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Con fundamento en lo anterior, esta Sala se acoge al precedente unificado y permanente que ha mantenido nuestro máximo órgano de cierre, que además constituye doctrina probable, por lo que en el presente caso se observa que los incrementos solicitados se encuentran prescritos, pues a la demandante se le reconoció pensión de vejez mediante Resolución No. 011124 de 2008, quien elevó reclamación administrativa ante el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES el día 01 de octubre del 2009 solicitando el reconocimiento y pago de incremento pensional por cónyuge a cargo, siendo negada por la encartada a través de la Resolución 009060 del 13 de abril del 2010, que fue notificada a la actora el día 02 de junio del 2010, y la presente demanda se radicó el día 07 de noviembre del 2018, calenda para la cual el fenómeno prescriptivo había operado.

Si bien es cierto, se presentó nuevamente solicitud de incremento pensional el día 01 de junio de 2018, también lo es que la reclamación administrativa solo interrumpe la prescripción por una sola vez, esto ocurrió con la petición primigenia elevada el día 01 de octubre del 2009, tal como se expuso en precedencia, fecha para la cual se aducía que el cónyuge ya dependía económicamente de la pensionada.



Implica lo anterior que se declare probada la excepción de prescripción y en tal sentir, se deberá revocar la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera a cargo de la parte actora.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

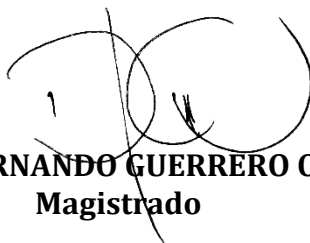
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de julio del 2020, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, con fundamento en los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

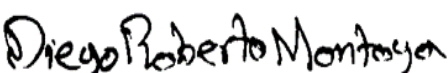
SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones *Colpensiones* de conformidad con lo expuesto en la presente providencia, y en consecuencia se **ABSUELVE** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral **11001310 50 36 2017 00193 01**
Demandante: CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES
Demandado: COLPENSIONES Y MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

SENTENCIA:

Procede la sala a estudiar el recurso de apelación elevado por la tercera *ad excludendum* MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ, así como a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la actora CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES, respecto de la sentencia proferida el 20 de agosto del 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1. DE LA DEMANDA:

La señora CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con la finalidad que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en su calidad de compañera permanente del señor JOSÉ ABIGAIL DE JESÚS BALAGUERA REYES, quien falleció el 7 de septiembre del 2016.

En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la prestación pensional en forma retroactiva desde el 07 de septiembre de 2016, junto con el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como sustento de sus pretensiones, indicó que el señor JOSÉ ABIGAIL DE JESÚS BALAGUERA REYES falleció el 07 de septiembre del 2016, fecha para la cual ya se encontraba disfrutando de su pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES.

Aduce que conoció al señor BALAGUERA REYES en el año 2008 en el Municipio de San Francisco de Sales. Que en el mes de septiembre de 2009 iniciaron a convivir de manera permanente y singular como pareja, compartiendo techo, lecha y mesa, pero no procrearon hijos, la convivencia permaneció hasta la fecha del fallecimiento del pensionado. Que si bien, el causante contrajo nupcias con la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ, se separaron de cuerpos en el año de 1998.

Refiere que el 20 de septiembre de 2016 radicó solicitud pensional ante COLPENSIONES, no obstante, fue denegada mediante Resolución No. GNR 327695 del 02 de noviembre del 2016, argumentando que dado a que la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ también alega ser beneficiaria del causante, este conflicto debía ser resuelto por la justicia ordinaria. Por lo anterior, presentó recurso de reposición en subsidio apelación, que fue desatado de forma desfavorable mediante la Resolución No GNR 355500 del 24 de noviembre del 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la accionante, indicando que las mismas carecen de sustento fáctico y jurídico, arguye que la actora no acreditó el requisito de la convivencia con el causante por lo menos dentro de los cinco (5) años anteriores a su muerte, requisito consagrado en la Ley 797 del 2003.

Además, manifiesta que, una vez solicitado el reconocimiento de la prestación pensional, se presentó controversia entre presuntos beneficiarios pues la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ también alegó tener derecho en su



calidad de compañera permanente, por lo que será la jurisdicción ordinaria quien dirima el conflicto.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de la indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de constas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación y la innominada o genérica.

En el transcurrir del trámite procesal, la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ, en su calidad de tercera *ad excludendum* demandó en reconvención, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes como compañera permanente del causante, a partir de la fecha de su fallecimiento, junto con los intereses moratorios y su correspondiente indexación, adicionalmente que se condene en lo que resulte probado *ultra y extra petita* más las costas procesales.

Menciona que convivió en unión marital de hecho con el señor JOSÉ ABIGAIL BALAGUERA desde el año 1970 hasta el 7 de septiembre del 2016, fecha del fallecimiento del causante, del cual dependía económicamente y con quien procreó cuatro hijos de nombres WILSON BALAGUERA SÁNCHEZ, AMPARO BALAGUERA SÁNCHEZ, JOSÉ BALAGUERA SÁNCHEZ y NUBIA BALAGUERA SÁNCHEZ.

Afirma que el causante disfrutaba de su pensión de vejez desde el año 2006. Que el 22 de septiembre de 2016 presentó solicitud de reconocimiento y pago de prestación pensional en calidad de compañera permanente, sin embargo, fue negada mediante Resolución No. GNR 327695 del 2 de noviembre del 2016, en razón a que también se reclamó igual derecho por parte de la señora CLARA INÉS BELTRÁN, en su calidad de compañera permanente.



COLPENSIONES expuso en la contestación de demanda de reconvención que lo discutido debe dirimirse en sede judicial al existir una concurrencia de beneficiarios.

Propone como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, no configuración del pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, carencia de causa para demandar e innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 20 de agosto del 2020 absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenó en costas a la señora CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES, así como a la tercera *ad excludendum* MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ, ordenando el grado jurisdiccional de consulta a favor de las accionantes.

Como sustento de su decisión indicó que verificada la fecha de fallecimiento del señor JOSÉ ABIGAIL BALAGUERA REYES que ocurrió el día 07 de septiembre del 2016, la norma que se debía analizar es la Ley 100 de 1993 en sus artículos 46 y 47 en la forma como fueron modificados por la Ley 797 del 2003.

Frente al caso de la demandante *ad excludendum* MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ, quien pretendió el derecho en su calidad de compañera permanente, consideró que no acreditó el requisito de convivencia dentro de los cinco (5) años anteriores al fallecimiento del causante, pues de los testimonios rendidos a su favor, tal convivencia no se logró advertir, aspecto que se acompasa con las demás pruebas de carácter documental.



Expone que si bien, eventualmente podría establecerse que se dio una convivencia con el causante, esta habría ocurrido en una época pretérita, es decir, no actual o cercana a la fecha del deceso sino anterior, lo que no le da derecho a ser beneficiaria de una prestación vitalicia, pues las normas que regulan el caso en concreto, no prevén que la persona que en algún momento fue compañera permanente y tuvo hijos con el causante sea beneficiaria de la prestación y tenga derecho a la pensión que percibía el causante, bien sea de manera total o parcial.

En lo que respecta al derecho pensional perseguido por la señora CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES, en su calidad de compañera permanente, concluyó el *a-quo* que si bien podría establecerse que efectivamente hubo una convivencia con el causante, una vez analizadas de manera conjunta todas las versiones rendidas, se podría concluir que ella, si es del caso, se inició en el año 2015 o eventualmente en una época cercana a esta, pero de la cual no se tiene certeza por cuanto no existe claridad en esas declaraciones escuchadas en su favor y por el contrario se ven varias contradicciones al respecto, además la actora no aportó alguna prueba documental con las que se pueda acreditar esas circunstancias de la convivencia singular y estable con el pensionado.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ apeló la decisión. Adujo que, si bien se tuvo en cuenta las pruebas documentales anexas al libelo demandatorio, se omitió su interrogatorio de parte practicado, en donde refirió las circunstancias de modo, tiempo y lugar, coincidentes con las manifestaciones realizadas por los testigos.

Afirma que en su declaración dio a conocer los domicilios donde residía con el señor JOSÉ ABIGAIL DE JESÚS BALAGUERA REYES, con quien convivió de forma estable por 45 años hasta el momento de su fallecimiento, prueba de ello es que procrearon cuatro (4) hijos; que él era quien le apoyaba económicamente, pagaba el arriendo de su casa; que su compañero viajaba por



razones de salud y que tenía un hermano, entonces él iba y venía; refiere que realmente existía una afectividad entre la pareja.

Circunstancias que fueron confirmadas por los testigos, empero no se valoraron por el *a-quo*, por tanto, solicita realizar un cotejo entre las manifestaciones de sus testigos y lo dicho en el interrogatorio de parte para acreditar la convivencia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si a las señoras MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ y CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional que en vida dejara causada el señor JOSÉ ABIGAIL DE JESÚS BALAGUERA REYES.

b. De la calidad de pensionado del causante:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que al señor JOSÉ ABIGAIL DE JESÚS BALAGUERA REYES, le fue concedida la pensión de vejez mediante Resolución No. 008731 del 2006 (Fl. 67) y que falleció el 07 de septiembre del 2016 (Fl. 24)

d. De los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional



En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe precisar la Sala es que la sustitución pensional debe ser analizada a la luz de la norma vigente para la fecha de fallecimiento del causante. En tal media, como quiera que el señor JOSÉ ABIGAIL DE JESÚS BALAGUERA REYES falleció el 07 de septiembre del 2016, acorde se verifica en el registro civil de defunción obrante a folio 24, la norma aplicable es la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificaron los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993.

Así, el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 establece;

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

Normativa aplicable a las accionantes en tanto contaban con más de 30 años de edad y alegan tener derecho a la prestación pensional en calidad de compañeras permanentes.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

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

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida,



apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

En igual sentido, se tiene que en reciente pronunciamiento efectuado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró la Alta Corporación de cierre en sentencia SL-1730 del 2020, que el mentado requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años, resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

e. Del caso en concreto:

En el *sub-lite*, las señoras MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ y CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES, solicitan el reconocimiento y pago de la sustitución pensional del señor JOSÉ ABIGAIL DE JESÚS BALAGUERA REYES, ambas alegando la calidad de compañera permanente del causante, y quienes ostentan más de 30 años de edad.

Así las cosas, en aras de desatar el conflicto jurídico que hoy nos convoca procede la Sala a efectuar un análisis del caudal de medios probatorios arrimados al proceso, verificando dentro de los mismos que la hoy recurrente con el fin de acreditar la convivencia exigida por el legislador.

Para tal efecto, se aportó el Registro Civil de Nacimiento de los hijos que procreó con el causante de nombres WILSON BALAGUERA SÁNCHEZ, AMPARO BALAGUERA SÁNCHEZ, JOSÉ BALAGUERA SÁNCHEZ y NUBIA ESPERANZA BALAGUERA SÁNCHEZ (Fls. 11-14 del cuaderno No. 2), junto con las declaraciones extra proceso de ANA CELIA BALAGUERA DE CASTRO, LUZ MARINA BALAGUERA REYES, INÉS PEDRAOS DUEÑAS, MARGARITA BALAGUERA DE FORERO e inclusive de la señora MARÍA GERARDINA



SÁNCHEZ, interviniente *ad excludendum* en la litis (Fls. 15-19 del cuaderno No. 2)

De lo anterior, resulta pertinente mencionar frente a los registros civiles de nacimiento, que efectivamente acreditan que entre la señora MARÍA SÁNCHEZ y el señor BALAGUERA REYES procrearon hijos y si bien, se podría inferir que en algún momento hicieron vida de relación, los mismos no son prueba suficiente para afirmar que se cumple con el requisito de convivencia en los términos dispuestos por el legislador.

Ahora bien, en cuanto a las declaraciones extra proceso se tiene que las señoras ANA CELIA BALAGUERA DE CASTRO y LUZ MARINA BALAGUERA REYES, exponen al unísono que conocieron de vista, trato y comunicación al señor JOSÉ ABIGAIL DE JESÚS BALAGUERA REYES, quien falleció el 7 de septiembre del 2016.

Que convivieron desde el mes de diciembre de 1970 en unión marital de hecho con la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ, compartiendo techo, lecho y mesa durante 48 años, hasta la fecha de fallecimiento del causante; que la pareja procreó hijos de nombres WILSON BALAGUERA SÁNCHEZ, AMPARO BALAGUERA SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO BALAGUERA SÁNCHEZ y NUBIA ESPERANZA BALAGUERA SÁNCHEZ, mayores de edad y con todas sus facultades físicas y mentales en buen estado; finalmente que la actora dependía económicamente de su compañero, en tanto no recibía pensión o auxilio por parte de entidad alguna (Fl. 16 del cuaderno No. 2).

Así, la anterior declaración, tal como lo expresó el Juez de primera instancia, a pasar de dar a conocer los extremos en que convivió la pareja, los nombres de sus hijos y la presunta dependencia económica, no aporta ninguna información sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de sus dichos, o las razones por las que les consta tales situaciones, por ello no resulta suficiente por sí sola para dar solución a lo aquí pretendido.



Por otro lado, la señora INÉS PEDRAOS DUEÑAS en la declaración rendida refiere que conoce a la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ, de vista, trato y comunicación desde el año 1972 quien convivía en unión marital de hecho con el señor JOSÉ BALAGUERA, conoce que dicha convivencia se dio de forma permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa desde el año 1970 hasta el 7 de septiembre de 2016, día de su fallecimiento; que de dicha unión se procrearon cuatro hijos de nombres WILSON BALAGUERA SÁNCHEZ, AMPARO BALAGUERA SÁNCHEZ, JOSÉ IGNACIO BALAGUERA SÁNCHEZ y NUBIA ESPERANZA BALAGUERA SÁNCHEZ, quienes a la fecha de la declaración eran mayores de 25 años; que la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ dependía económicamente de su compañero, quien solventaba todos sus gastos (Fl. 18 del cuaderno No. 2)

La atrás citada también rindió testimonio en audiencia pública, en ella expresó que es cuñada de la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ ya que contrajo matrimonio con HILDEBRANDO SÁNCHEZ; refiere que conoció al señor JOSÉ BALAGUERA y a la señora GERARDINA SÁNCHEZ en 1979, fecha para la que convivían y habían procreado a sus hijos; que la última vez que los vio juntos fue en el año 2014 en su residencia ubicada en el barrio Berlín.

Que las visitas eran poco frecuentes, aproximadamente cada 6 meses o cada año, ya que ella y su cónyuge se trasladaban constantemente dentro del territorio nacional a raíz del trabajo de este último, y a partir del 2014 residieron en Funza. Sin embargo, se comunicaba telefónicamente aproximadamente cada 15 días con la actora; refiere que entre los años 2014 y 2016, le comentó que el señor JOSÉ BALAGUERA estaba enfermo; que el causante viajaba a donde su hermano de nombre MARCO BALAGUERA, quien tenía su domicilio en La Vega Cundinamarca, no obstante, desconoce cuánto duraban sus viajes.

Además, informa que no tenía contacto con el causante; que la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ y su difunto compañero tuvieron varios domicilios, entre ellos en el barrio Palermo Sur, San Agustín, San Cipriano, San Francisco Sur y finalmente Berlín, al cual se trasladaron hace aproximadamente 10 años;



que no conoció la existencia de la señora MARÍA BELTRÁN LINARES y tampoco asistió a las exequias; finalmente que le consta que el *de cujus* y los dos hijos con los cuales vivían, le colaboraban económicamente a la accionante.

De otra parte, en la declaración extra juicio rendida por la señora MARGARITA BALAGUERA DE FORERO menciona que conoció al señor JOSÉ ABIGAIL BALAGUERA tanto de vista, trato y comunicación, quien falleció el 7 de septiembre del 2016 en Bogotá; refiere que la actora convivió de forma permanente e ininterrumpida por un término de 46 años desde el mes de febrero de 1970 hasta el deceso. Aduce que la pareja compartía lecho, techo y mesa en el barrio Berlín de la localidad de Suba en la ciudad de Bogotá hasta la muerte del pensionado; que este último no tuvo hijos extramatrimoniales, adoptivos ni por reconocer.

Asimismo, la señora MARGARITA BALAGUERA rindió declaración relatando que es hermana del señor JOSÉ ABIGAIL DE JESÚS BALAGUERA; que convivió con la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ, a quien conoce desde el 1º de noviembre de 1969.

Reseña que su hermano y la actora, se fueron a vivir juntos en febrero de 1970 al barrio Inglés y con posterioridad tuvieron otras residencias en los barrios Las Cruces, Palermo Sur, Fontibón, Julio Flores, San Cipriano y finalmente en el 2006 en el barrio Berlín, en donde convivieron hasta el año 2015, cuando se radicó con su hermano MARCO BALAGUERA en La Vega; mientras que la actora se trasladó en el año 2019 al barrio Bilbao; en respuesta posterior informa que el causante tuvo su domicilio en el barrio Berlín hasta marzo de 2016, momento en el que se radicó en La Vega hasta su fallecimiento; que él causante solventaba algunos gastos del inmueble como el arriendo, pero no afilió a la actora como beneficiaria en seguridad social en salud porque ella trabajaba.

Finalmente señala que una señora llamó a informarles que su hermano estaba hospitalizado en la clínica Méredi, en donde falleció.



De igual forma, se recepcionó interrogatorio de parte de la señora GERARDINA SÁNCHEZ, quien afirmó que vivió con el señor JOSÉ ABIGAÍL DE JESÚS BALAGUERA desde el año 1970 hasta el 7 de septiembre del 2016, momento de su fallecimiento; que siempre compartieron de forma continua inclusive procrearon cuatro hijos. Expone que su presunto compañero laboró como conductor de transporte escolar y transporte urbano; que era diabético y debido a ello le amputaron inicialmente sus dedos y posteriormente su miembro inferior.

Aduce que vivieron en distintos barrios tales como el barrio Inglés, la carrera 35-39, barrio Las Cruces, Julio Flórez, El Dorado y su último domicilio fue en una casa lote ubicada en el barrio Berlín en la 142 # 139 – 31, en donde convivieron por espacio de 10 años, con dos de sus dos hijos. Que el inmueble contaba con cocina y dos habitaciones; que ella se trasladó a otra residencia en el año 2019 porque su hijo, con quien vivía, buscaba un lugar más cerca del trabajo.

Relata que el causante viajaba a La Vega en donde vivía su hermano, y permanecía por espacio de 5 a 15 días y luego regresaba a Bogotá; que nunca se separaban por periodos largos de tiempo y la actora ni sus hijos lo acompañaron en sus viajes, empero se comunicaban telefónicamente cada tercer día. Inclusive, antes de su fallecimiento se encontraba hace ocho días en La Vega, cuando una señora lo trasladó hasta el hospital y llamó a su hija a informarle que se encontraba hospitalizado en la clínica Méderi, pese a ello la accionante no lo visitó porque se encontraba enferma de los pulmones y no le permitían el ingreso

Finalmente expone que el señor BALAGUERA nunca la afilió como beneficiaria al Sistema de Seguridad Social en Salud, en tanto contaba con SISBEN; que ella trabajaba en casas de familia, lo hizo aproximadamente hasta el año 2014, data para la cual se enfermó y fue hospitalizada en la Fundación Cardioinfantil, con posterioridad sus gastos los cubrían sus hijos y el señor BALAGUERA.



En cuanto a la demandante CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES, en su líbelo introductorio no allegó prueba documental alguna que permita acreditar el cumplimiento del requisito de convivencia en la calidad que alega de compañera permanente del fallecido JOSÉ ABIGAIL DE JESÚS BALAGUERA REYES.

Al margen de lo anterior se practicaron a su favor los testimonios de los señores MARTHA VIVIANA BERNAL AMAYA y JAVIER CANO SEBAY. La primera de las referidas mencionó que guardaba una relación de amistad con la accionante; que la conoció en La Vega hace aproximadamente 7 u 8 años, debido a que la visitaba en su domicilio. Para esa data, afirma que la señora CLARA MARÍA BELTRÁN vivía con sus dos hijas. Relata que pasado un tiempo de conocer a la señora BELTRÁN LINARES, conoció un señor que habitaba en esa residencia, que únicamente recuerda que no tenía una pierna, sin conocer su nombre, quien era pareja de la actora.

No fue clara en cuanto al tiempo exacto en que conoció a la accionante y al causante, al estimar diversas fechas. Asimismo, relata que visitó a los presuntos compañeros alrededor de 4 o 5 veces; que los visitaba una vez al año, y que la última vez que los visitó fue aproximadamente hace 4 o 5 años, es decir, para los años 2015 o 2016, y pese a que las visitas no eran constantes, se comunicaba telefónicamente con la señora CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES.

Indica que en la mentada conversación ella supo que el fallecido era pensionado y se encontraba enfermo; refiere que dependía de su pensión y anteriormente trabajaba como conductor de un colegio privado, alude que no recuerda si perdió una pierna por diabetes o por un accidente; que el pensionado le colaboraba económicamente a la demandante, sin embargo, parte de su pensión la tenía embargada.

Finalmente, explica que no recuerda cuando falleció el causante, y que tal hecho se lo comunicó la señora CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES de manera telefónica; que no asistió a las honras fúnebres, porque refiere que se llevaron



a cabo en La Vega y ella estaba trabajando en la ciudad de Bogotá, a continuación, dice que cree que el sepelio fue en Bogotá, pero no pudo asistir.

A su turno el señor JAVIER CANO SEBAY afirma que conoce a la señora CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES hace 7 años, en tanto vivió en calidad de arrendatario en el domicilio de la actora. Además, menciona que el inmueble se ubica en el Encuentro, San Francisco sobre la autopista Medellín; que pagaba a la señora BELTRÁN LINARES la suma de \$350.000 como canon de arrendamiento.

Alude que llegó a vivir al domicilio de la pareja en el año 2013, data para la cual la ya convivían y lo hicieron hasta la fecha de fallecimiento del señor BALAGUERA REYES. Resalta que él trabaja como guarda de seguridad. Adicionalmente, que el señor JOSÉ ABIGAIL visitaba a su hermano, aproximadamente cada 15 días, y a Bogotá el causante solo viajaba a cumplir sus citas médicas, a las cuales lo acompañaba la señora CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES. Finalmente, refiere que el pensionado estaba enfermo, y falleció de asma o una enfermedad similar.

En el interrogatorio de parte rendido por la señora CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES, reseña que conoció al señor ABIGAÍL DE JESÚS en el año 2000, dado que este se dirigía constantemente de Bogotá a La Vega, en donde se conocieron y desde ese momento iniciaron su amistad. Aduce que ella residía entre La Vega y San Francisco sobre la autopista. Relata que iniciaron su convivencia en el año 2009, con precedencia él vivía en Suba o Las Margaritas, pero que nunca fue a su lugar de habitación

Conocía que su compañero sostuvo una relación anterior con la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ, sin embargo, cuando lo conoció hace más de 10 o 12 esta había terminado; que el señor JOSÉ ABIGAIL visitaba a su hija cada tres meses o cada cuatro meses. Expone que su compañero padecía varias enfermedades como hipertensión y diabetes, y a raíz de esta última falleció el 7 de septiembre del 2016, momento para el cual convivían juntos. Afirma que solo hasta el día del sepelio conoció a los hijos del causante, cuando él falleció



ella fue quien lo trasladó desde La Vega a la clínica Méderi, en ese momento se comunicó con la hija de su compañero, informándole que se encontraba hospitalizado; que acudió al sepelio y fue la hermana de este quien sufragó lo pertinente.

Finalmente, indica que colaboraban conjuntamente con los gastos del hogar; que nunca estuvo afiliada al sistema de seguridad social en salud como beneficiaria del señor BALAGUERA, no obstante, estuvo afiliada en Medimás y posteriormente en Famisanar.

De los interrogatorios de parte y testimonios recaudados en el transcurrir del trámite procesal, en lo que atañe al derecho pretendido por la tercera *ad excludendum* señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ, puede concluirse que el requisito de convivencia durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del señor JOSÉ ABIGAIL DE JESÚS BALAGUERA REYES no logró acreditarse.

Lo anterior, en virtud a que si bien las declaraciones de INÉS PEDRAOS DUEÑAS y MARGARITA BALAGUERA DE FORERO, fueron contestes en señalar que la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ y el causante JOSÉ ABIGAIL BALAGUERA REYES convivieron como pareja desde el año 1970 hasta el año 2016, también es cierto que se encontraron diversas contradicciones.

Sobre este tópico, vale la pena referir que en lo que atañe a la declaración de la señora INÉS PEDRAOS DUEÑAS, existe contradicción en sus dichos, como quiera que obra una declaración extra proceso arrimada al plenario, visible a folio 18 del cuaderno No. 2º, y que realizara la misma testigo el 19 de septiembre de 2016, que da cuenta que sostuvo que conocía a la pareja desde el año 1972, lo que contradice lo referido en sede judicial, cuando afirmó que los conoce desde 1979.

Adicionalmente, la testigo en la etapa procesal asevera que la última vez que vio a la pareja fue en el año 2014, periodo en que se trasladó a Funza, menciona que con posterioridad mantenía comunicación telefónica con la actora



aproximadamente cada 15 días, que en esas llamadas la accionante le contaba sobre su compañero, pero que no hablaba con este, por tal razón, no puede considerarse como testigo directa de la convivencia de los compañeros entre los años 2014 a 2016, a lo sumo sería testigo de oídas.

Asimismo, expone que con anterioridad al 2014 solo visitaba a la pareja cada 6 meses o cada año e inclusive no asistió a las exequias del señor BALAGUERA REYES, lo que pone en duda el conocimiento que la señora PEDRAOS DUEÑAS pudiere tener sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la convivencia real y efectiva alegada por la tercera *ad excludendum*. Máxime cuando en su declaración extra proceso menciona que el pensionado solventaba todos los gastos de la demandante, mientras que en el testimonio practicado le consta que el fallecido y sus hijos le colaboraban económicamente a la señora SÁNCHEZ. Por tanto, sus dichos no brindan seguridad ni total convencimiento para dilucidar el presente asunto.

Por su parte, en la declaración de MARGARITA BALAGUERA DE FORERO, hermana del causante, si bien es cierto afirmó que la pareja convivió entre los años 1970 y el año 2016, también lo es que sus dichos son contradictorios, pues la deponente informa que su fallecido hermano vivió en Bogotá hasta el 2015, momento en que su hermano MARCO BALAGUERA lo trasladó a La Vega, y con posterioridad arguye que el causante vivió en el Barrio Berlín hasta marzo del 2016, data en que se trasladó donde el señor MARCO BALAGUERA.

Por otro lado, refiere la declarante que la tercera *ad excludendum* no viajó en aquella ocasión con su compañero, sino que permaneció en su domicilio ubicado en Bogotá, situación que es confirmada por la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ en su interrogatorio de parte, pues esta confiesa que para la fecha de la muerte del causante, él se encontraba en La Vega hace ocho (8) días, término que tampoco coincide con lo expresado por la señora MARGARITA BALAGUERA que a todas luces informó que era superior. Siendo así que, contrario a aclarar el panorama para dar solución al problema jurídico, se reafirman las dudas sobre la convivencia alegada.



Por lo anterior, es claro que en el presente asunto no se logró acreditar los extremos de convivencia entre la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ y el señor JOSÉ ABIGAIL BALAGUERA, no se tiene la certeza si está realmente sucedió dentro de los últimos cinco (5) años de vida del causante, máxime cuando la señora CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES alega que convivió con ella en ese periodo y fue esta quién lo trasladó desde La Vega al centro hospitalario ad portas de su muerte, este último hecho fue mencionado tanto por los señores MARGARITA BALAGUERA DE FORERO, JAVIER CANO SEBAY y las dos accionantes. Aunado a ello, extraña a esta Sala que la actora no hubiere sido afiliada como beneficiaria de Seguridad Social en Salud por el causante, esta no lo acompañara en sus viajes frecuentes a La Vega ni se trasladara a vivir con él posterior a su cirugía.

Así, en lo que respecta a la señora MARÍA GERARDINA SÁNCHEZ, se confirma la decisión de primera instancia en su integridad, así se decidirá.

Por otra parte, en lo que concierne al derecho pensional perseguido por la demandante CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES, a juicio de la Sala se puede concluir que no logró acreditar el requisito de convivencia para acceder a la pensión por sobrevivencia.

Lo anterior puesto que de las declaraciones rendidas por MARTHA VIVIANA BERNAL AMAYA y JAVIER CANO SEBAY, se encuentran varias incongruencias, inclusive en lo narrado por la actora ya que en el interrogatorio practicado asegura que conoció al causante en el año 2000, cuando en el hecho quinto del libelo introductorio (Fl. 4) relata que fue en el año 2008.

A su turno, el señor CANO SEBAY dice no recordar la fecha de muerte del pensionado, cuando afirma que fue él quien estuvo presente el día que trasladaron al señor BALAGUERA REYES al centro hospitalario.

De otro lado, la señora MARTHA VIVIANA no puede dar certeza sobre la fecha que conoció a la pareja, en un primer momento alude que fue hace unos cinco o seis años, con posterioridad aduce que fue hace ocho o nueve años



aproximadamente, finalmente dice que son siete años. Adicional a ello, expone que los visitó alrededor de cuatro o cinco veces, que lo hacía una vez al año por espacio de dos a cuatro horas y solo en las últimas tres oportunidades se encontraba el señor BALAGUERA REYES, siendo los dos últimos encuentros en donde se percató que la señora BELTRÁN LINARES y el causante eran pareja, la última vez que estuvo en su domicilio fue aproximadamente hace cuatro o cinco años, es decir para los años 2015 o 2016. Además, expresa que en el hogar de la actora solo vivían ella, sus hijos y el causante; que la pareja la visitaba en su domicilio de Bogotá, para posteriormente referir que solo lo hacía la señora CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES.

Por lo anterior, concluye la Sala que no puede darse ninguna credibilidad a los dichos de la deponente pues no existe certeza ni siquiera del periodo en que conoció al fallecido, en todo caso no acreditaría que fue en los cinco últimos años de convivencia alegada.

De igual manera se resalta que la declarante tampoco recuerda la fecha de muerte del señor BALAGUERA o su causa, ya que testifica fue a raíz de diabetes o un accidente, situación que pone entre dicho sus manifestaciones, máxime cuando indica que se encontraba en constante comunicación con la actora, incluso esta la llamó para informarle la muerte del señor BALAGUERA REYES.

Aunado a ello, llama la atención que, tal como lo avizoró el *a quo*, la testigo no da cuenta que el señor CANO SEBAY vivía como arrendatario de la demandante, como este lo afirma, especialmente cuando este también expone que salvo los días de trabajo, se encontraba siempre con los compañeros, inclusive la señora BELTRÁN LINARES le vendía sus alimentos.

Adicionalmente, los dos testigos se contradicen al mencionar la actividad que ejercía la señora BELTRÁN LINARES, mientras la señora BERNAL AMAYA reitera que tenía una tienda, el señor CANO SEBAY asegura que esta vendía productos de aseo de casa en casa, actividad que ejercía la actora precisamente el día que internaron en el centro médico al causante. Asimismo, los dos aluden que cuando conocieron al causante, a este ya le habían amputado su miembro



inferior, cuando la señora MARGARITA BALAGUERA arguye que la cirugía se realizó en el año 2015, a quien le consta porque firmó la autorización del procedimiento médico.

Así las cosas, si bien se podría decir que la señora CLARA MARÍA BELTRÁN LINARES y el señor JOSÉ ABIGAIL BALAGUERA hicieron vida de relación en algún momento, no es claro los extremos de dicha cohabitación, pues de las pruebas aportadas con tal fin como lo son los testimonios practicados, se reitera, los mismos no ofrecen elementos que brinden certeza sobre la convivencia en los términos establecidos por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, menos aún que la misma haya perdurado por lo menos durante los últimos cinco años de vida del causante.

Por ende, resta manifestar que no se acredita el requisito contemplado en el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, ajustándose a derecho la decisión de primera instancia.

En esta medida, será confirmada en su integridad la decisión adoptada en primera instancia, mediante la cual se absolvió a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

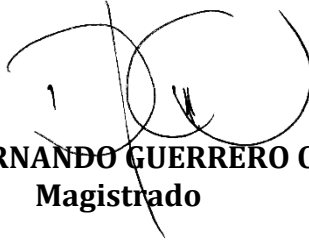
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de agosto del 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

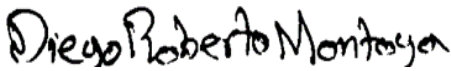


SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. **1100131050 39 2017 00110 01**
Demandante: **JONATHAN FERNEY ARISTIZÁBAL**
Demandado: **NEOGLOBAL S.A.S.**
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2020 por el Juzgado Décimo Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JONATHAN FERNEY ARISTIZÁBAL formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare que medió un contrato de trabajo con la sociedad NEOGLOBAL S.A.S. desde el 12 de marzo de 2012 hasta el 3 de marzo de 2015.

En consecuencia, se la condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, reliquidación de la prima de servicios, cesantías, intereses a la cesantías y vacaciones; la indemnización moratoria, los aportes al sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, la indexación, los salarios adeudados por concepto de comisiones y las cosas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones manifestó que inició a laborar en la sociedad NEOGLOBAL S.A.S. el 12 de marzo de 2012, como auxiliar de licitaciones, siendo ascendido en junio de 2013 a director de licitaciones, con un salario de \$1.200.000 más comisiones, las cuales eran variables y se pactaron en los otrosíes de acuerdo a la rentabilidad de la empresa; que participó en la gestión de la contratación con la multinacional CEMEX DE COLOMBIA S.A., sin embargo no se le solucionaron las comisiones que generaba tal actividad, omitiendo además el pago de varias comisiones atadas a la rentabilidad.

Que solicitó disfrutar vacaciones, las cuales le fueron concedidas el 26 de diciembre de 2014 y hasta el 15 de enero de 2015, periodo que fue interrumpido de manera irregular al solicitar que preste el servicio los días 29 y 30 de diciembre de 2014, y la reincorporación a partir del 5 de enero de 2015; señala que elevó petición para que le fuera concedido el periodo adeudado de vacaciones desde el 16 de febrero de 2015 hasta el 4 de marzo de 2015, correspondiendo a 12 días y dos compensatorios, lo cual fue concedido por el ingeniero Germán Salazar, gerente de la accionada.

Relata que fue despedido sin justa causa por no asistir al trabajo el 16 de febrero de 2015 hasta el 3 de marzo de 2015, aduciendo además el superior inmediato, que no le fueron concedidas las vacaciones, basándose en un mensaje posterior a la concesión de las mismas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad accionada operó la *litis contestatio*, señalando que es cierta la vinculación del actor, la cual inicialmente se pactó a término fijo, modificándose el 1º de junio de 2014 a término indefinido; de otra parte que si pactó el pago de comisiones, sin embargo no se ciñen a la rentabilidad de la empresa sino sobre el recaudo de las licitaciones gestionadas; señala que no se adeudan comisiones por la negociación con CEMEX DE COLOMBIA S.A., por cuanto el actor no estaba vinculado desde el 5 de marzo de 2015, siendo que los recaudos son posteriores a dicha fecha, aunado a ello se tuvo una rentabilidad inferior al 15%, lo cual se estipuló como condición de no generación de comisiones.



Que es cierto que se le otorgaron vacaciones, y fue por decisión del trabajador la interrupción de las mismas, al coadyuvar con el trasteo que implicó el cambio de sede, de igual manera que no es cierto que con posterioridad haya solicitado formalmente el disfrute de vacaciones, por el contrario, mediante correos electrónicos se permite evidenciar que no se había concedido tal período.

Propuso como excepciones de fondo las de pago total de la liquidación laboral, cobro de lo no debido y las que de oficio se encuentren acreditadas.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 21 de julio de 2020, absolvió a la accionada de todas las pretensiones formuladas por activa.

Para tal efecto señaló inicialmente respecto de las comisiones señaló que una vez revisado el contrato de trabajo, así como los otrosíes, las mismas fueron pactadas en porcentajes sobre la rentabilidad de los contratos, de tal manera que no le asiste razón al accionante al señalar que las comisiones se ataban a la rentabilidad de la empresa; de igual manera, en el interrogatorio de parte el demandante confesó que la inconformidad solo radicaba en el no pago de comisiones de los proyectos denominados “CEMEX COLOMBIA S.A.”, “VIJUAS”, “TUMACO ACUASEO” y parcialmente del “EJERCITO NACIONAL”, siendo el mínimo a pagar el 0.81%; no obstante, de la revisión de la prueba testimonial, así como los interrogatorios de parte y las documentales, se corrobora que el proyecto “TUMACO ACUASEO” no generó rentabilidad, y los restantes reportaron pérdidas, siendo que las comisiones requerían una rentabilidad de al menos un 15%, por lo cual el actor no tenía derecho a su pago, ni a las reliquidaciones pretendidas.

En lo atinente al despido sin justa causa, señaló que la prueba testimonial dio cuenta que no un proceso para efectos de la concesión de vacaciones, pese a lo cual, el actor no acreditó que le hayan sido concedidas a fin de ausentarse de



su lugar de trabajo, lo cual no se colige del correo electrónico de folio 57, en el cual el actor afirma que le fueron otorgadas.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Por activa se formuló recurso de apelación señalando que no existe soporte sobre una utilidad negativa, y por el contrario se acreditó que se pagaban comisiones en el monto del 0.60% cuando debían ascender al 0.81%, aunado a ello que lo pagado no era un anticipo de comisiones, ello en tanto los proyectos si generaban rentabilidad, siendo un indicio el hecho de evidenciarse el pago en el porcentaje mencionado. Máxime que los testimonios dieron cuenta de ello, así como la confesión del representante legal de la accionada. De igual manera, los documentos denominados PYG no tienen sustento a efectos de acreditar las pérdidas alegadas, siendo que incluso alegaban la pérdida de los documentos de contabilidad.

De otra parte, que el despido acaeció de manera injustificada, en tanto la empleadora si concedió el periodo vacacional, máxime que no existía un procedimiento para su otorgamiento.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala determinará (i) si el actor tiene derecho al pago de comisiones, así como a la consecuente reliquidación de acreencias laborales; y (ii) si se acreditó un despido injustificado.



4.3DEL CASO EN CONCRETO:

4.3.1 DE LAS COMISIONES:

Inicialmente es menester referir que se aportó al plenario el contrato de trabajo a término fijo suscrito el 12 de marzo de 2012 (Fls. 20 a 23), así como el otro sí suscrito en la misma fecha, en el cual se estipula una comisión equivalente al 0.5% sobre el recaudo de tosas las licitaciones gestionadas (Fl. 28); de igual manera los otrosíes del 13 de junio de 2012 y del 1º de enero de 2013, que determinaron las siguientes comisiones, respectivamente:

OTROSÍ (13 de junio de 2012)	RENTABILIDAD		
MONTO	15% al 20%	21% al 30%	Más del 30%
De 0 a 100 millones	0.9	1.5	2
De 100 a 300 millones	0.63	0.91	1.05
Mayor a 300 millones	0.45	0.6	0.7

OTROSÍ (1 de enero de 2013)	RENTABILIDAD		
MONTO	15% al 20%	21% al 30%	Más del 30%
De 0 a 100 millones	0.81	1.35	1.8
De 100 a 300 millones	0.81	1.17	1.35
Mayor a 300 millones	0.81	1.08	1.26

De otra parte, no fue objeto del recurso de alzada, la consideración atinente a que las comisiones no se desprendían de la rentabilidad de la empresa empleadora, sino de las licitaciones que gestionara el trabajador, como tampoco la confesión del demandante en cuanto a que su inconformidad radicaba en el pago de las comisiones por los proyectos denominados ““CEMEX COLOMBIA S.A.”, “VIJUAS”, “TUMACO ACUASEO” y parcialmente del “EJERCITO NACIONAL”, señalando además que las comisiones se solucionaron en un 0.60%, siendo el mínimo a pagar el 0.81%, según el cuadro antes transcrito.



Ahora bien, el artículo 127 del C.S.T., consagra que *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”*.

Se debe acotar que la parte accionante en el libelo demandatorio, alega que no le fueron solucionadas las comisiones, lo cual además apareja la reliquidación de acreencias laborales, motivo por el cual le incumbe el *onus probandi* de demostrar el cumplimiento de los presupuestos pactados entre las partes para su causación, así como los montos específicos para su cuantificación. Sobre la carga probatoria, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL073-2021, Radicación No. 74995, del 26 enero de 2021, señaló:

“Planteadas así las cosas, debe decirse que no es cierto lo manifestado por el recurrente en el sentido de que en este asunto la parte actora estaba relevada por completo de la carga de la prueba, habida cuenta que es sabido que quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, pues «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado»

En ese orden de ideas, y como primera medida, no le asistía a la parte demandada la carga de acreditar que no se daban los presupuestos para la no solución de las comisiones, pues *a contrario sensu*, se reitera, la parte accionante aseveró en la demanda que se adeudaban comisiones por la rentabilidad de la empresa, por la licitación con CEMEX DE COLOMBIA S.A., y en interrogatorio de parte señaló que se adeudaban por otras licitaciones, de tal manera que debía acreditar, según el otrosí de 1º de enero de 2013, al pretender un pago del 0.81%, tanto el monto de la licitación como de la rentabilidad entre el 15% y el 20%.



De tal manera, que no son de recibo los argumentos de la censura en el sentido que las comisiones se acreditan por el indicio de haberse solucionado en nómina en un porcentaje del 0.60%, pues dicha situación *per se* no permite concluir que se hayan causado comisiones en las licitaciones aducidas y en el porcentaje reclamado del 0.81%. de otra parte, tampoco procede la pretensión por el hecho aducido que la empresa no acreditó pérdidas, como se refiere en el recurso, toda vez que, se reitera, es el demandante quien debe acreditar el cumplimiento de los requisitos para la causación y liquidación de las comisiones.

Ahora bien, al plenario no se aportó prueba alguna que de cuenta del monto de la licitación con “ACUASEO TUMACO” ni de la rentabilidad, aunado a ello que la prueba testimonial dio cuenta que no se generaron utilidades.

De otra parte, se allegó el documento denominado PYG (Fl. 704), en el cual se establece que para el año 2015, se presentaron las siguientes utilidades:

PYG					
CONCEPTO	CEMEX	2015%	VIJUAS	2014%	EJERCITO
VALOR CONTRATO	\$ -		\$74.472.000		\$380.000.000
INGRESOS	\$ -		\$74.472.000		\$380.000.000
COSTOS	\$ -		\$69.047.770		\$362.831.299
MATERIAL	\$ -		\$69.047.770		
MANO DE OBRA	\$ -				\$362.831.299
GASTOS	\$ -	17,34%	\$12.913.445	27,41%	\$104.158.000
	\$ -				
UTILIDAD NETA	\$ -		\$-7.489.215		\$-86.989.299

De dicha documental se avizora que los proyectos “VIJUAS” y “EJÉRCITO” no generaría comisiones en los términos consignados, en tanto la rentabilidad debía al menos ascender al 15%, lo cual no aconteció en tanto se reportaron pérdidas. Prueba documental que si bien el apelante señala no acreditaría



dicha situación contable, lo cierto es que no fue redargüida de falsa ni se aporta otro medio de convicción que permita avizorar que si se reportó una rentabilidad superior al 15%.

De igual manera se aporta el formato PYG del contrato CEMEX de los años 2015 y 2016, en los siguientes términos (Fl. 710):

PYG				
CONCEPTO	CEMEX	2015%	CEMEX	2014%
VALOR CONTRATO	\$136.487.832		\$11.440.140	
INGRESOS	\$136.487.832		\$11.440.140	
COSTOS	\$116.137.206		\$14.438.382	
MATERIAL	\$51.664.216		\$4.236.960	
MANO DE OBRA	\$64.472.990		\$10.111.422	
GASTOS OPERACIONALES	\$23.666.990	17,34%	\$801.954	7,01%
UTILIDAD NETA	\$-3.316.364		\$-3.710.196	

De tal manera, que de dicha documental se establece que no se cumplen los requisitos para que el actor acceda al 0.81% de comisiones, reiterando que no se aporta prueba que acredite una situación diferente, ni se confesó por el representante legal de la accionada montos y utilidades diferentes de los consignados en la prueba testimonial.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primera instancia en este puntual aspecto.

4.3.2 DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:

Tal como reiteradamente se ha establecido, le corresponde al trabajador acreditar el hecho de despido, evento en el cual el empleador deberá demostrar la justeza del mismo.



Al plenario se aportó la misiva de despido (Fl. 477 a 480), en la cual se aduce por parte de la sociedad empleadora:

“1. Desde el día 16 de febrero de 2015 y hasta el 2 de marzo hogaño, usted como trabajador se ausentó totalmente de las labores y funciones asignadas, conforme al contrato de trabajo suscrito con esta empresa”

“2. El 02 de marzo de 2015, en diligencia de descargos en la que se le garantizó debido proceso, mencionó usted la circunstancia por la cual dejó de asistir al cumplimiento de sus labores cotidianas, argumentadas una vez formulada la pregunta “PREGUNTA: indique quien le dio autorización para que pudiera disfrutar de esos días de vacaciones que usted argumenta. RESPONDIÓ: usted señor GERMÁN GUSTAVO SALAZAR SOTO, y del cual reposa prueba en el mensaje de texto, donde textualmente dice “no hay ningún problema solo requiero entregue su computador y celular en la oficina” y del cual si se requiere aportaré la prueba respectiva.

“3. Contradiendo su dicho la oficina de Gerencia verifica el contenido del mensaje de texto señalado por el señor JONATHAN FERNEY ARISTIZÁBAL ROJAS, encontrando que efectivamente el texto existe con fecha 16 de febrero de 2015 a las 8:31 a.m. y del cual se transcribe así:

“Buenos días en correo anterior se le explicó claramente que debía presentarse a hacer entrega de sus herramientas y tareas de trabajo pendientes, a la fecha aún no lo hace, por lo que reitero que dicha entrega se realice lo antes posible con la finalidad que pueda disfrutar de los días de vacaciones solicitados que los mismos serán estudiados y aprobados en el momento que se presente a laborar y realice dicha entrega, favor acorde a lo hablado firmar acta de entrega con Paola Guerrero o Paola Ríos.”

“Así mismo se constató que para el día martes 17 de febrero de 2015 a las 14:23 horas, se le requirió por parte de la Gerencia, igualmente con mensaje de texto en los siguientes términos:

“Jonathan son muchos los pendientes que usted no ha querido entregar y de la mejor manera se lo reitero que lo haga lo antes posible”.

Ahora bien, tal como lo concluyó la a-quo, lo cual no fue objeto de alzada, en la sociedad accionada para la fecha del despido no se tenía implementado un procedimiento interno a efectos de la concesión del período vacacional, y de lo expuesto en la demanda, al demandante deriva la autorización directamente del referido mensaje de texto, al aseverarse en el supuesto fáctico de la demanda:



“[...] fueron concedidas por el Ing. GERMAN SALAZAR, gerente de NEOGLOBAL S.A.S., de lo cual quedó evidencia de correos electrónicos.

“[...] De igual manera, existen mensajes de chat en donde le indican al trabajador [...] textualmente sobre el día de reintegro de vacaciones “sí, pero necesito los celulares y el portátil” a lo cual respondió “ok”.

Ahora bien, se evidencia que durante el día viernes 13 de febrero de 2015, se verificó un cruce de correos electrónicos (Fls. 54 a 57), en los cuales se ponía de presente al actor un memorando frente a eventuales incumplimientos de obligaciones laborales, ante lo cual el actor pone de presente su inconformidad en el manejo de las vacaciones, a lo cual se le indica a las 5:13 p.m. que debe *“manifestar en qué momento se los quiere tomar al igual que los compensatorios”.*

En nuevo correo enviado el a las 6:16 p.m., el actor remite solicitud de vacaciones señalando los días específicos y que su reintegro será el 4 de marzo de 2015; frente a dicha solicitud en correo del 16 de febrero de 2015, a las 8:24 a.m. (Fl. 127), se le comunica:

“Buenos días en correo anterior se le explicó claramente que debía presentarse a hacer entrega de sus herramientas y tareas de trabajo pendientes, a la fecha aún no lo hace, por lo que reitero que dicha entrega se realice lo antes posible con la finalidad que pueda disfrutar de los días de vacaciones solicitados, que los mismos serán estudiados y aprobados en el momento que se presente a laborar y realice dicha entrega”.

De tal manera, que es fehaciente que no le fueron concedidas las vacaciones en los correos que precedieron a la solicitud ni en la respuesta emitida frente a la especificación de los días. Por el contrario, es claro que se le informó que debía presentarse a su lugar de trabajo a hacer entrega de herramientas de trabajo y actividades pendientes, a efectos de analizar si se procedería a conferir o no el período vacacional.

En ese orden de idas, por pasiva se acreditó la conducta endilgada al trabajador en la misiva de despido, aunado a ello que se garantizó el derecho de defensa al ser escuchado en descargos, motivo por el cual le asistió razón a la a-quo al absolver a la accionada de esta pretensión.



Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por cuanto no se causaron.

DECISIÓN

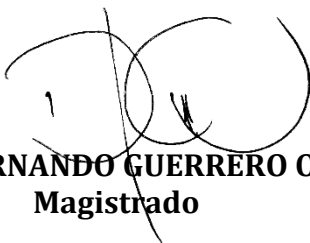
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

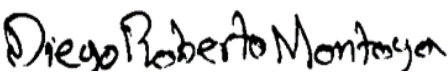
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de julio de 2020, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

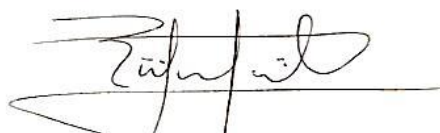
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 39 2017 00341 01
Demandante: FREDIS ENRIQUE OLIVO GÁMEZ
Demandado: PATRIMONIO AUTÓNOMO DE
REMANENTES DE CAPRECOM
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor FREDIS ENRIQUE OLIVO GÁMEZ formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare que medió un contrato de trabajo con CAPRECOM E.I.C.E. – EN LIQUIDACIÓN, siendo asumidas las cargas prestacionales por el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM, con vigencia entre el 20 de septiembre de 2001 y el 30 de abril de 2016; que se incumplió con los acuerdos convencionales de no liquidación de la entidad contemplados en los años 2003 y 2013 según acuerdos extra convencionales, por lo cual debe percibir los derechos convencionales durante los años 2003 a 2015 y 2016.

En consecuencia, se condene a las accionadas al pago de la diferencia proveniente del reajuste de sueldos y prestaciones sociales desde el 12 de junio de 2003 hasta el año 2015, fecha de supresión de CAPRECOM E.I.C.E., y con posterioridad hasta el 30 de abril de 2016, fecha de desvinculación.



La prima de junio prevista en el artículo 49 de la Convención Colectiva de Trabajo; prima de navidad consagrada en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo; la bonificación de recreación estipulada en el artículo 64 de la Convención Colectiva de Trabajo; bonificación por servicios prestados prevista en el artículo 55 de la Convención Colectiva de Trabajo; quinquenio consagrado en el artículo 67 de la Convención Colectiva de Trabajo; descanso especial o adicional pactado en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo; recreación por vacaciones estipulada en el artículo 64 de la Convención Colectiva de Trabajo; aportes educativos de los hijos pactados en el artículo 39, literal a) de la Convención Colectiva de Trabajo y el Laudo Arbitral de 1999; plan de atención complementario actualizado en su conservación y desarrollo de derechos en salud, previsto en el artículo 28 literal a) de la Convención Colectiva de Trabajo; ruta de buses consagrados en el artículo 47 de la Convención Colectiva de Trabajo y dotaciones previstas en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo; más la indexación y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que el Gobierno Nacional dispuso la supresión y liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM E.I.C.E. mediante Decreto 2519 de 2015; que fue vinculado a dicha entidad mediante contrato de trabajo a término indefinido como trabajador oficial entre el 20 de septiembre de 2001 y el 30 de abril de 2016, desempeñando el empleo de Profesional Universitario I.

Refiere que el SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES “SINTRACAPRECOM” fue reconocido legalmente mediante Resolución No. 0130 de 1970; que en consecuencia de la estabilidad jurídica y administrativa, la empleadora se vio sometida a una serie de factores que determinaron un estado posible y anunciado de liquidación desde el año 2013; que en dicho contexto los trabajadores agremiados aprobaron mediante Acuerdo Extra Convencional del año 2003, ratificado en el año 2013, la suspensión de una serie de derechos



convencionales y laborales, bajo el principio de la corresponsabilidad y por ende en el evento de no cumplir el condicionamiento, se deberían solucionar los beneficios suspendidos.

Que se acordó una política de racionalización de costos empresariales, consistente en el referido acuerdo del 12 de junio de 2003, mediante el cual SINTRACAPRECOM aceptó suspender parcial y temporalmente por un término de diez (10) años, acordándose que *“en caso de no viabilidad de la entidad [...] y se determine por parte del Gobierno su fusión y liquidación, la Convención Colectiva conservará su vigencia y el Acuerdo extra convencional quedará sin aplicación”*.

Refiere que en el año 2013 evaluaron la situación de la entidad, pactando la prórroga por espacio de 5 años; que mediante Decreto 2519 de 2015 se dispuso la supresión de CAPRECOM E.I.C.E., por lo cual los acuerdos extra convencionales perdieron vigencia y aplicación, debiendo ser solucionadas las acreencias laborales a partir del 12 de junio de 2003, inclusive; de otra parte, señala que para la finalización del contrato de trabajo, se acogió al Plan Único de Retiro mediante acta de conciliación del 27 de abril de 2016, lo cual no se configura en una cosa juzgada frente a las acreencias extralegales reclamadas.

Finalmente, refiere que agotó la reclamación administrativa y que se adeudan las acreencias laborales deprecadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADO, operó la *litis contestatio* de manera extemporánea, por lo que se tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 18 de febrero de 2019.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 13 de julio de 2020, absolvió a la accionada de todas las pretensiones incoadas en su contra.



Para tal efecto señaló que en efecto se acreditó que en el año 2003 se pactó la suspensión de algunos beneficios convencionales, señalándose en la prórroga del año 2013, que los mismos se reactivarían si se llegara a disponer la liquidación de CAPRECOM E.I.C.E., lo cual aconteció mediante Decreto 2519 de 2015, por ende solo desde dicha fecha aplica la referida reactivación, y no desde el año 2003 como se pretende por activa, toda vez que no se pactó dicha aplicación de manera retroactiva; de otra parte que frente a los beneficios convencionales causados entre los años 2015 y 2016, fecha de retiro, se realizó una conciliación, la que hace tránsito a cosa juzgada, por lo cual absolvió de dichos pedimentos.

De otra parte, que no se avizora una trasgresión a la movilidad salarial pactada en el acuerdo extralegal, máxime que no es dable conferir un incremento salarial cuando se devenga una suma superior al mínimo legal mensual vigente.

Finalmente, en lo atinente a las dotaciones que las mismas carecen de sentido tras la finalización del contrato de trabajo, sin que en el plenario se haya reclamado su compensación a través de perjuicios indemnizatorios.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Por activa se formuló recurso de apelación señalando que se desconoció que en los acuerdos extra convencionales desconocen y desmejoran lo pactado en la Convención Colectiva de Trabajo, por lo cual son ineficaces y deben tenerse como inexistentes, según criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, debiéndose reconocer en su integridad los derechos suspendidos.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala determinará si la demandada debe reconocer y pagar todos los beneficios convencionales que estuvieron suspendidos mediante Acuerdo Extra Convencional del 12 de junio del año 2003, de manera retroactiva.

a. Del caso en concreto:

Para desatar la controversia que nos ocupa, se debe señalar como primera media que no existe discusión en cuanto a la existencia del contrato de trabajo y sus extremos laborales entre el 20 de septiembre de 2001 y el 30 de abril de 2016.

De igual manera, no fue objeto de discusión que el accionante era beneficiario de los beneficios contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo, y que fueron objeto de suspensión mediante los Acuerdos Extra Convencionales.

Ahora bien, del análisis de la demanda y su reforma, se tiene que las pretensiones se destinaron al pago de diversos beneficios convencionales que habían sido suspendidos por los Acuerdos Extra Convencionales, suscritos en los años 2003 y 2013.

Refiere el accionante que por pasiva no se dio cumplimiento a lo pactado en el Acuerdo Extra Convencional suscrito el 12 de junio de 2003, entre la empresa demandada y el sindicato SINTRACAPRECOM, así como lo regulado en su respectiva prórroga, en tanto no se reactivaron los beneficios que se suspendieron, ello pese a que estaban sujetos a la condición que CAPRECOM E.I.C.E. no sea suprimida por el Gobierno Nacional, lo cual acaeció en el año 2015.



Ahora bien, descendiendo al Acta del Acuerdo Extra Convencional, del 12 de junio de 2003, encontramos que, en los antecedentes para llegar a dicho arreglo, se tuvo en cuenta que los costos fijos de CAPRECOM E.I.C.E. superaban ampliamente la capacidad de ingresos y las necesidades de la empresa, lo que imposibilitaba el equilibrio financiero y la viabilidad de sus negocios, por lo que, para la recuperación de las pérdidas acumuladas durante varios años, se hacía necesario, poner en marcha un plan de contingencia.

Por ello, analizaron la Convención Colectiva de Trabajo vigente y el impacto que causaba en las finanzas, de tal manera que concluyeron que debían racionalizar costos, entre ellos aceptaron suspender parcial y temporalmente por un término inicial de diez (10) años la consecución de diversos beneficios, entre ellos, los deprecados por activa.

Y dentro de los compromisos, el cual se considera incumplido por la actora, se obligaron a lo siguiente:

“8.- Las partes acuerdan que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del acuerdo extra convencional, y se determine por parte del gobierno su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extra convencional quedará sin aplicación...”

Dicho Acuerdo Extra Convencional fue prorrogado, adicionado e incluso se reactivaron unos beneficios a partir del 7 de junio de 2013, por el término de cinco (5) años. Nuevamente, en dicho Acuerdo en el Parágrafo, acordaron que en caso de no viabilidad de la entidad en los términos señalados en el Acuerdo Extra Convencional del 12 de junio de 2003 y se determine por parte del Gobierno su fusión o liquidación, la Convención Colectiva de Trabajo conservará su vigencia y el Acuerdo Extra Convencional quedaría sin aplicación.

Deduciendo esta Colegiatura, que posteriormente el 28 de diciembre de 2015, según Decreto 2519 de 2015, se suprimió la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM E.I.C.E., siendo lógico afirmar que el tantas veces mencionado Acuerdo quedaría sin aplicación desde dicha data, no siendo dable interpretar o dar el alcance interpretativo expuesto en la



demanda, pues del contenido de los Acuerdos Extra Convencionales, en manera alguna se evidencia que se haya pactado que la reactivación deba ser retroactiva, es decir, que cuando se reanudaran nuevamente el pago de los beneficios convencionales, conduciría a que la empresa reconociera y pagara de manera retroactiva todos aquellos que estuvieron suspendidos.

En efecto, la suspensión de los beneficios convencionales implicaba que aquellos dejaban de causarse y constituirse en una obligación patronal, mientras no se cumpliera la condición para su reactivación, la cual sólo vino a cumplirse aproximadamente doce años con posterioridad al Acuerdo Extra Convencional, sin que, se reitera, en ningún acápite de los acuerdos, se haya dispuesto que la reactivación sea retroactiva, por el contrario, se acordó la reactivación de forma pura y simple, lo que implica que el pago los beneficios recobraban con vigencia solo con posterioridad a la condición resolutoria de la suspensión.

En ese orden de ideas, no existe ningún medio probatorio que acredite que la intención de las partes haya sido suspender los beneficios para eventualmente reactivarlos de manera retroactiva, por el contrario, de los antecedentes expuestos en los acuerdos, su finalidad era reducir los costos laborales a fin de dar viabilidad económica a la empresa mientras se superaba la crisis financiera, por lo cual no sería entendible que aún frente a un hecho sobreviniente como la supresión o liquidación de la empresa, se genere en virtud de la reactivación, una carga laboral retroactiva, por lo que debía existir pacto expreso sobre tal aspecto, lo cual no se evidencia en los Acuerdos.

En ese orden de ideas, la reanudación de aquellos beneficios que aún continuaban suspendidos, pueden reclamarse desde el 28 de diciembre de 2015 y hasta el término de la relación del contrato de trabajo de la ex trabajadora y no en una data antes, en tanto se reitera, estaban suspendidos, sin que se contemplara en ninguno de sus compromisos o en la prórroga que se realizó posteriormente, que en el evento que se liquidara la empresa estos se reconocerían de forma retroactiva.



Finalmente, debe acotarse que aduce el recurrente la ineficacia de los Acuerdos Extra Convencionales, por cuanto desconocen los derechos previamente reconocidos en la Convención Colectiva de Trabajo, que por ende se traducen en mínimos e irrenunciables.

Aspecto, que no fue objeto de discusión en el debate probatorio, en tanto se alegó la reactivación de los beneficios convencionales en virtud de la interpretación de los Acuerdos Extra convencionales, mas en manera alguna se adujo que los mismos carecían de eficacia, por lo cual no es dable determinar tal situación en virtud del principio de la congruencia. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL131-2021, Radicación No. 73005 del 26 de enero de 2021, señaló:

“Esta Corporación ha conceptuado que la congruencia de la sentencia judicial hace referencia a la relación que debe mediar entre la providencia y los sujetos, el objeto y la causa del proceso, pues en últimas el juez debe fallar entre los límites de lo pedido y lo controvertido (CSJ SL17741-2015), pero ello no obsta para que interprete la demanda, es más, constituye su deber dado que está en la obligación de referirse «a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales» (art. 55, L. 270/1996), de modo que su decisión involucre las peticiones de la demanda en armonía con los hechos que le sirven de fundamento.

Finalmente, teniendo en cuenta que no fue objeto de reproche en la alzada los alcances del acuerdo conciliatorio frente a las acreencias causadas con posterioridad a la supresión de CAPRECOM E.I.C.E. y la terminación del contrato laboral, así como la absolución por concepto del reajuste salarial y dotaciones, la sentencia de primer grado será confirmada en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

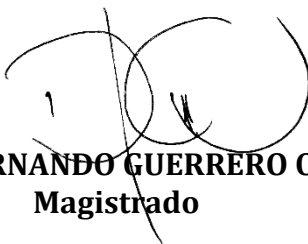
RESUELVE:



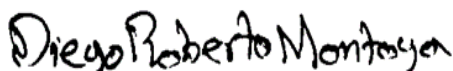
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 **12201600472 02**
Demandante: MIGUEL ALBERTO MELO GONZALEZ
Demandado: BANCO DE BOGOTÁ S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso interpuesto por la demandada en contra de la sentencia del 7 de septiembre del 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MIGUEL ALBERTO MELO GONZÁLEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra del BANCO DE BOGOTÁ S.A., con el objeto de que se declare que estando al servicio de la demandada y como consecuencia del grave peligro en que lo expuso el 21 de mayo del 2010, fue víctima de graves intimidaciones y amenazas de muerte; que la pasiva lo puso en grave peligro al exigirle realizar trámites inherentes al sistema de seguridad social, para tratar de poner en peligro a un presunto delincuente, con funciones que no eran inherentes a su cargo, sin tomar las menores medidas de seguridad.

Se declare que como consecuencia de las amenazas de muerte e intimidaciones fue diagnosticado con un trastorno de estrés postraumático, con una disminución de su capacidad laboral del 27.55%, por lo que la demandada le debe cancelar la indemnización total y ordinaria de perjuicios, que comprende el lucro cesante consolidado y futuro, así como los perjuicios morales y físicos, más los perjuicios morales causados a su hija menor de edad; finalmente, que



las enfermedades mentales diagnosticadas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez son de responsabilidad directa de la demandada.

En consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago de la indemnización ordinaria y plena de perjuicios materiales prevista en el artículo 216 del C.S.T., incluyendo el lucro cesante consolidado y futuro en una suma igual a 500 SMLM; el pago de los daños fisiológicos y morales que ascienden a 200 SMLM, así como un monto igual por el mismo concepto para su hija *Paula Valentina Melo*; al pago proporcional a título de sanción moratoria en la suma de \$50.533 diarios desde el 9 de septiembre del 2010, hasta cuando sea cancelada la indemnización; la indexación de las sumas adeudadas y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que fue vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido el 5 de febrero de 1996, el cual finiquitó el 8 de septiembre del 2010; relata que inicialmente fue contratado como mensajero y posteriormente fue ascendido al cargo de Asesor Comercial.

Afirma que el 18 de marzo del 2010 fue trasladado como Asesor Comercial de la Oficina de Centro Mayor, donde tuvo que atender al cliente "*Héctor León Salinas Álvarez*" el día 14 de mayo del 2010, evidenciando que varios documentos presentados eran fraudulentos, lo cual comunicó al Departamento de Seguridad de la Demandada, quien delegó al señor *Leonardo Castro* para el manejo de dicha situación.

El señor *Leonardo Castro* realizó una reunión en la cual les informó las funciones a desarrollar para obtener la captura, en especial al hoy demandante, quien manifestó su preocupación por tener que atender dicha situación que se cataloga como peligrosa, la cual además no hacía parte de sus funciones; sin embargo, el funcionario se comprometió a brindarle la protección y acompañamiento necesario con el fin de garantizar su seguridad.

El día 20 de mayo del 2010, es obligado a atender nuevamente al señor *Héctor León Salinas Álvarez* y citarlo para el día 21 de mayo de la misma anualidad, con el fin de hacer los respectivos trámites para la entrega de los productos presuntamente aprobados. No obstante, el Jefe de Servicios del Banco



abandonó su puesto de trabajo, y cuando el demandante activó la alarma de seguridad el Jefe de Servicios del Banco indicó que todo estaba bien, situación que llevó al demandante a contactar a agentes de la Policía Nacional, momento en el cual fue amenazado de muerte.

Indica que ese mismo día recibió varias amenazas por parte de personas relacionadas con el señor antes referido; el 24 de mayo del 2010, ante las reiteradas amenazas fue trasladado a la Oficina del Centro Comercial Alta Vista del Banco de Bogotá, en donde nuevamente es víctima de amenazas contra su integridad y la de su familia; por tanto, solicita un nuevo traslado a un lugar donde no deba atender al público, frente a lo cual el Jefe de Seguridad del Banco no atendió su requerimiento.

Que el 9 de julio del 2010 radicó una nueva comunicación de traslado y el 13 de julio allega a la Fiscalía General de la Nación un relato de lo sucedido, ante lo cual, el 14 de julio de esa misma anualidad le son concedidas las vacaciones; sin embargo, durante sus vacaciones continuó recibiendo amenazas, por lo que tuvo problemas de insomnio, falta de apetito, ansiedad y depresión, por lo que debió recibir tratamiento psicológico.

Antes de reincorporarse a sus vacaciones fue incapacitado por 20 días, situación que dio lugar a una persecución laboral en su contra, por lo que no se gestiona un traslado que le habían prometido a La Granja y debió reintegrarse a la Oficina de Alta Vista, en donde también había recibido amenazas.

El 1º de septiembre del 2010, la EPS lo remite por psiquiatría y el 8 de septiembre del mismo año, el Banco decide dar por terminado su contrato de trabajo sin justa causa, procediendo a cancelarle la indemnización por despido injusto.

El 12 de mayo del 2001 la EPS FAMISANAR lo calificó con un trastorno de estrés postraumático de origen profesional; posteriormente, el 12 de marzo del 2013, la Junta de Seguros Alfa – ARL determinó una pérdida de capacidad laboral del 27.5% de origen laboral y el 23 de octubre del 2013 la Junta Regional de Calificación de Invalidez realizó un el dictamen de pérdida de capacidad laboral calificándolo con un Trastorno de Estrés Postraumático con un PCL del 27,55%.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El Banco de BOGOTÁ S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda en la medida en que no resulta dable declarar que con ocasión al ejercicio de funciones propias del cargo desempeñado por el demandante se haya puesto en peligro su seguridad, máxime que de ser así, lo mismo se predicaría de todos los empleados del Banco que se encargan de la atención al público; de otra parte, que el 10 de mayo del 2010 el demandante contó con acompañamiento del Banco y la Policía Nacional.

Formula como excepción previa la falta de competencia respecto de las pretensiones de *Paula Valentina Melo Vega* y prescripción. Como de fondo, las de cosa juzgada, inexistencia de las obligaciones, mala fe del demandante, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, pago, enriquecimiento sin causa por parte del demandante, compensación, improcedencia de la indemnización plena de perjuicios, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de septiembre del 2020 condenó al Banco de Bogotá S.A. a cancelar al demandante: \$88.594.125,67 por concepto de lucro cesante consolidado; \$94.600.135,66 por concepto de lucro cesante futuro; \$20.000.000,00 por concepto de daño moral; \$20.000.000,00 por concepto de daño a la vida en relación; absolviendo a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión indicó que el demandante prestó sus servicios mediante un contrato laboral entre el 5 de febrero de 1996 y el 8 de septiembre de 2010, devengando como último salario la suma de \$1.117.248, contrato que culminó de mutuo acuerdo contenido en la conciliación celebrada el 14 de septiembre del año 2010 ante el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, sin que se haya deprecado su nulidad; no obstante, la misma no hace tránsito a cosa juzgada respecto de la indemnización plena de perjuicios, al no especificado así en el acta respectiva, la cual solo incluye por ende la indemnización por terminación del contrato y la moratoria.



Una vez determinado lo anterior, consideró que el daño se acredita con el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 23 de octubre del año 2013, en el cual se establece una pérdida de la capacidad laboral por estrés postraumático, el que ha sido tratado desde el año 2012 e incluso se remonta al año 2010, lo cual también se ha evaluado por parte de Famisanar EPS, concluyendo que se origina con posterioridad a un evento traumático relacionado con la actividad laboral, por lo cual, la patología es de origen profesional.

De otra parte, que el empleador no adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger los riesgos a la salud y a la integridad de los trabajadores, incluso los riesgos, como al que estuvo expuesto, no fueron valorados o tasados para su mitigación, por lo cual se deriva la culpa patronal. Finalmente, advierte un nexo causal, por lo tanto, pese a que existieron las amenazas no se adoptaron las medidas correspondientes, acreditándose así los elementos de la responsabilidad subjetiva del empleador.

En ese orden de ideas, accedió a las pretensiones de la demanda, absolviendo respecto de las pretensiones de la hija del actor, *Paula Valentina Melo Vega*, al no acreditarse el daño moral deprecado.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica (i) que en el acta de conciliación se estableció que la misma comprendía las “*indemnizaciones laborales*”, lo que incluye las reguladas en el ordenamiento jurídico laboral, entre ellas, la indemnización plena de perjuicios regulada en el artículo 216 del C.S.T.; (ii) que no se acreditó la culpa patronal, en tanto el testigo *Leonardo Castro* dio cuenta que si se solicitó la presencia de la Policía Nacional, aunado a ello que el actor confesó en el interrogatorio de parte que no existía prueba de las amenazas que dice fue víctima, así como que el día de los hechos si tuvo acompañamiento.

(iii) Que no es acertada la valoración probatoria del testimonio del señor Leonardo Castro, quien en manera alguna dio cuenta de la existencia de las amenazas, ni de la documental atinente una supuesta comunicación que se le envió a Angela María Márquez Osorio, la cual no contiene firma ni sello de



recibido, y por ende tampoco acredita el daño alegado, lo cual además, también se predica del informe de investigación de Sixto Vargas; (iv) que la fecha de estructuración dictaminada es posterior a la fecha de terminación del contrato de trabajo, por lo cual la disminución de la capacidad laboral, no le resulta imputable al empleador; (v) finalmente, que no se advierte corrección en la manera en que se tasaron los perjuicios materiales, y no se acreditaron daños morales ni a la vida de relación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse como problema jurídico si en el presente caso existe cosa juzgada en virtud del Acta de Conciliación suscrita por las partes. En caso de no ser así, determinar si en el *sub-lite* el demandante tiene derecho a la indemnización plena de perjuicios reclamada, y en caso afirmativo, si existió una correcta liquidación de los mismos.

c. De la relación Laboral:

Sobre el particular basta indicar que en el *sub-examine* no existe punto de debate en cuanto a que entre el señor *Miguel Alberto Melo González* y el *Banco de Bogotá S.A.*, existió un vínculo laboral que se extendió del 5 de febrero de 1996 al 8 de septiembre del 2010, regido por un contrato de trabajo a término indefinido, con ocasión al cual desarrolló como último cargo el de Asesor Ventas y Servicios.

Lo anterior por cuanto la pasiva en su escrito de contestación jamás debatió el vínculo laboral, ni sus extremos o el cargo devengado por el demandante, a



más de encontrar sustento probatorio en las documentales obrantes a folios 34 a 38.

d. De los efectos del Acta de Conciliación Suscrita por las Partes

En materia laboral sabido es que por mandato expreso del artículo 53 de nuestra Carta Política, aquellos derechos de carácter laboral que sean por su naturaleza ciertos e indiscutibles no podrán ser objeto de conciliación, como quiera que son derechos de orden público e irrenunciables (Art. 14 del C.S.T). Sin embargo, aquellos que no se enmarquen dentro del referido grupo, bien pueden ser conciliados por las partes.

Bajo esta misma línea, encontramos que las conciliaciones, surjan dentro del proceso o por fuera de este, prestan mérito judicial y hacen tránsito a cosa juzgada, acorde lo dispuesto por el artículo 54 del Decreto 1818 de 1998, concordante con la Ley 640 del 2001, características que han sido plenamente reconocidas por nuestra Corporación de cierre, entre otras en sentencia SL-3071 del 2020, en la cual se indicó:

“Por último, la conciliación, como lo afirma la sociedad recurrente, se asemeja a una sentencia judicial con efectos de cosa juzgada y, por tanto, es inmutable, empero, ello solo será así siempre que su objeto y causa sean lícitos, no se desconozcan derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador y, en general, no se transgreda la Constitución y la ley.”

Bajo esta medida, basta recordar que un derecho será cierto cuando quiera que no exista discusión alguna respecto a los fundamentos de facto que dan lugar a su existencia y sea diáfano que no se presenta ningún factor que impida su exigibilidad; e igualmente, será indiscutible cuando no exista certeza sobre su causación. Así pues, tenemos que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia con Rad. 32051 del 17 de febrero del 2009, expresó:

[...] el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le



atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales.”

Luego, siempre que se trate de derechos inciertos y discutibles, no existe impedimento legal alguno para que las partes los concilien, caso en el cual, la fórmula conciliatoria hará tránsito a cosa juzgada e impedirá que las partes puedan debatir en un conflicto judicial los mismos.

e. Del caso en concreto.

En el caso que hoy es puesto a consideración de la Sala, pese a que el demandante dentro de los supuestos de facto de la demanda narró que la relación laboral feneció el 8 de septiembre del 2010, por cuanto el Gerente le informó que la empresa había decidido dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, proponiéndole que acepte una liquidación definitiva por valor de \$18.000.000. Lo cierto es que el propio demandante allegó dentro del acervo probatorio un Acta de Concertación suscrita por las partes del 8 de septiembre del 2010 en la cual las partes deciden (Fl 34):

“Dar por terminado el contrato de trabajo que vínculo a las partes, por MUTUO ACUERDO IRREVOCABLE, a partir de la finalización de la jornada de trabajo del día 08 de septiembre del 2010.”

Ese mismo día, las partes firman otro documento con la misma denominación en el cual el Banco se compromete a cancelar por una única vez una bonificación extraordinaria en cuantía de \$18.000.000, la cual se haría exigible luego de suscribir la respectiva acta de conciliación (Fl 33).

La referida conciliación, fue suscrita el día 14 de septiembre del 2010, ante el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, oportunidad en la cual las partes establecieron:

*“Celebrada esta conciliación en la forma expuesta, el señor MIGUEL ALBERTO MELO GONZALEZ declara que por virtud del presente acuerdo conciliatorio la citada Entidad ha quedado íntegramente a paz y salgo con él por todas y cada una de las reclamaciones especificadas en el ordinal 2 de esta Acta, así como por los descuentos efectuados a su liquidación final, los cuales acepta y autoriza en forma expresa **y, en***



general por todo concepto de salarios, prestaciones sociales e **indemnizaciones laborales originados en el contrato de trabajo que vinculó a las partes**, contrato que ha quedado definitivamente liquidado y cancelado sin lugar a posterior reclamo de ninguna especie” (Subrayado fuera de texto)

Acuerdo conciliatorio que a juicio del *a-quo*, no puede entenderse que comprenda la indemnización plena de perjuicios hoy reclamada. Argumento mismo, del cual discrepa la pasiva en su alzada al estimar que el concepto “*indemnizaciones laborales*”, igualmente comprende la indemnización plena de perjuicios que hoy pretende alcanzar el libelista con fundamento en el artículo 216 del C.S.T.

Frente a tal reparo, para esta Corporación en efecto le asiste la razón al recurrente, pues de la afirmación comprendida en el aparte del acta de conciliación previamente transcrita, no se puede llegar a una exegesis distinta, en tanto la acepción “*indemnizaciones laborales*”, sumadas a la expresión “*originadas en el contrato laboral que existió entre las partes*”, no puede dar lugar a un entendimiento distinto a que se trata de todas las indemnizaciones que establece el C.S.T y entre estas, claramente se encuentra la indemnización prevista en el artículo 216 del referido estatuto.

Así las cosas, como quiera que nos encontramos frente a un derecho incierto e indiscutible, dado que existe un evidente debate sobre la configuración de los supuestos de hecho y la causación del referido derecho petitionado, pues no existe certeza alguna sobre su configuración, mucho menos para la data en la cual se suscribió el acta transaccional, en la medida en que para entonces ni siquiera existían los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, claro resulta que las partes tenían plena potestad para conciliar el mentado derecho y al haber quedado zanjado cualquier diferendo respecto al mismo, en la precitada conciliación, deviene lógico colegir que nos encontramos frente a una cosa juzgada.

Maxime si tenemos en cuenta que como acertadamente lo dijo el fallador de primera instancia, ni dentro de los pedimentos de la demanda, los hechos relatados en la misma o dentro del curso del proceso, el libelista jamás llevó a debatir la validez de la referida acta de conciliación o que haya sido constreñido a la suscripción de la misma, por manera que tal punto ni siquiera fue objeto de debate en el curso del presente litigio.



Sobre el respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4967-2019, Radicación No. 67312, en un caso similar, expuso:

“La Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali a través de sentencia del 30 de septiembre de 2013, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, revocó la providencia de primer grado, y en su lugar declaró probada la excepción de cosa juzgada, y la absolvió de las pretensiones del libelo introductorio; y condenó a los demandantes a pagar las costas del proceso.

“Señaló que se configuró la excepción de cosa juzgada, toda vez que en la conciliación realizada se manifestó que la suma de dinero entregada al trabajador, se imputaba a cualquier derecho incierto, y para conciliar todo lo que pudiera derivarse directa o indirectamente del contrato de trabajo, incluyéndose dentro de la propuesta cualquier indemnización a que hubiere lugar, originada en la prestación del servicio, «[...] por lo que si bien es cierto en la conciliación nada se dijo sobre la indemnización plena de perjuicios establecida en el art. 216 del CST y SS, la cual se debe anotar sólo procede cuando se acredite con suficiencia la culpa patronal, que requiere de un despliegue probatorio dentro de un proceso ordinario laboral, como el presente, con el fin de que el operador Judicial procesa (sic) a su declaratoria, situación está (sic) que lo califica como un derecho incierto y sometido a discusión».

Supuesto frente al cual esa H. Corporación señaló en sus consideraciones:

“Así mismo debe decirse, que la cosa juzgada implica la existencia de tres identidades, a saber, las partes, el objeto y la causa, como lo consagra el art. 332 del CPC, de aplicación al procedimiento del trabajo y de la seguridad social, por la integración normativa que autoriza el art. 145 CPTSS.

“En sentir de los recurrentes, en el presente asunto no hubo identidad de objeto, en la medida en que en la conciliación celebrada entre el señor Córdoba Calambas y Postobón no se hizo pronunciamiento alguno sobre la pérdida de capacidad laboral del primero.

“Al respecto una vez examinada el acta que da cuenta de la conciliación celebrada entre aquellos el 6 de junio de 2008 ante el Ministerio de la Protección Social (f.º 136 a 138 del cuaderno principal), prueba acusada como indebidamente apreciada, se tiene, que si bien es cierto que en aquella no se mencionó la referida pérdida de capacidad laboral del trabajador, también lo es, que en su cláusula tercera se acordó el pago de la suma de \$60.000.000 imputable a cualquier derecho incierto, y para conciliar todo lo que pudiere corresponderle por concepto de indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo; en consecuencia, como la indemnización plena de perjuicios por la culpa patronal prevista en el art. 216 del CST, tiene la naturaleza de un derecho incierto y discutible, dada la necesidad para su procedencia, de la acreditación de la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, allí quedó incluida en forma inexorable.

Corolario de lo ya dicho, habrá de ser revocada la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar declarar probada la excepción de cosa



juzgada y con arreglo a la misma, absolver a la convocada a juicio de todas y cada una de las pretensiones que fueren incoadas en su contra.

Lineamientos acorde a los cuales, la Sala se releva del estudio de los demás medios exceptivos y argumentos planteados en la alzada.

De cara a lo enunciado en líneas precedente se revocará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera lo serán a cargo del demandante.

V. DECISIÓN:

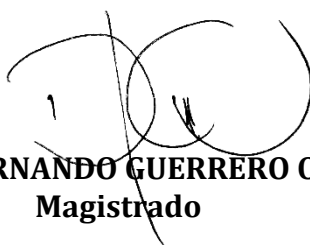
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

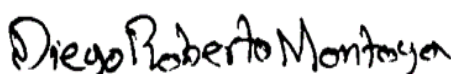
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de septiembre del 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, para en su lugar declarar probada la excepción de cosa juzgada y absolver a la encartada de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera lo serán a cargo del demandante.

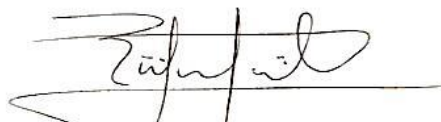
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 09 2016 00271 01
Demandante: JORGE ENRIQUE PASSO BUSTOS
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar a estudiar la sentencia proferida el 21 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Jorge Enrique Passo Bustos*, formuló demanda Ordinaria en contra de *Colpensiones*, con la finalidad que se declare que es una persona en situación de discapacidad, por lo que es beneficiario al pago de una pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración que se acredite en el proceso.

Por consiguiente, solicita se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral otorgado por peritos desde el momento de la fecha de estructuración de la enfermedad, junto con la indexación, intereses moratorios, y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 12 de abril de 1958, siendo diagnosticado desde el año 2012 con las patologías de Glaucoma



Primario de Ángulo Abierto, Ceguera del Ojo Derecho e Hipertensión Esencia Primaria.

Que inició a trabajar para la empresa Sertempo desde el año 2007 en el cargo de Oficios Varios, siendo reubicado por cuestiones de salud, por lo que le fueron disminuidas la funciones. Seguidamente, expuso que fue valorado por Medicina Laboral de Coomeva EPS, quien emitió concepto de rehabilitación favorable para Glaucoma ojo único y ángulo abierto.

Expuso que mediante Dictamen del mes de marzo de 2014, el área de Medicina Laboral de *Colpensiones* le calificó una pérdida de capacidad laboral de origen común del 34.6%, con fecha de estructuración el 4 de marzo de 2014; en sede de apelación la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Vale del Cauca a través de Dictamen del 6 de julio de 2014, le calificó una pérdida de capacidad laboral de origen común del 39.86% y una estructuración el 5 de julio de 2013; la Junta Nacional de Calificación de invalidez en Dictamen del 24 de abril de 2015, confirmó la calificación que ya había proferido la Junta Regional.

Refirió que la demandada mediante Resoluciones GNR309040 de 2015 y GNR 413927 de 2015, negó el derecho de la pensión de invalidez por cuanto no acreditaba el requisito mínimo de deficiencia.

Reformó la demanda, adicionando nuevas pruebas al plenario.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, por cuanto el demandante no cuenta con la pérdida porcentual exigida en la norma para acceder a la prestación. Misma situación expuso en la contestación de la reforma de la demanda.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, e innominada o genérica.

En la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S. llevada a cabo el día 11 de julio de 2017 (Fls. 342 a 343 – incluido Cd de Audio), se dispuso negar la prueba testimonial y el peritaje que se solicitaban por la parte demandante a efectos de determinar el porcentaje de discapacidad para la obtención de la



prestación, por lo que luego de conferido el recurso de apelación en el efecto suspensivo, este Tribunal en decisión del 5 de septiembre de 2017 (Fls. 350 a 351 –Incluido Cd de Audio), dispuso decretar las pruebas negadas por la falladora de instancia, así como integrar en litis consorte necesario a la *Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca* y la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez*.

Con posterioridad, el demandante desistió de las pruebas testimoniales y pericial concedida (Fls. 565).

La Junta Regional de Calificación de Invalidez expuso en su contestación que, atendiendo los parámetros legales, no le asiste derecho alguno sobre las pretensiones alegadas por el actor.

Propuso las excepciones de falta de título y de causa, inexistencia jurídica de las obligaciones demandadas, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, confusión de conceptos, buena fe y la denominada genérica.

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez, adujo que al actor se le calificó atendiendo las normas de la experticia que rigen la materia, por lo que el dictamen proferido se encuentra ajustado a derecho.

Formuló las excepciones de legalidad de la calificación expedida, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, la variación de la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad, inexistencia de la obligación: improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación –competencia del Juez Laboral, buena fe y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 21 de octubre de 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.



Para arribar a dicha conclusión, indicó que de conformidad con los lineamientos regulados en la Ley 860 de 2003, el demandante no acreditó el requisito del 50% de minusvalía, por lo que a pesar de haber acreditado cincuenta semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, no cumplió con el lleno de los requisitos normativos.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., toda vez que la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si al aquí demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez pretendida.

De prosperar lo anterior, habrá de determinarse la fecha de causación de la prestación, y determinar si debe cancelarse la indexación, junto con los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que Colpensiones mediante Resoluciones GNR 309040 del 8 de octubre de 2015, GNR 413927 del 21 de diciembre de 2015, y VPB 11291 del 8 de marzo de 2016 (Fls. 94 a 95, 98 a 100 y 321 a 324), negó la pensión de invalidez perseguida por el demandante, en tanto no acreditó con



el requisito de pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50%.

Del derecho pensional.

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993, establece:

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

A su turno, el artículo 39 de la misma disposición normativa preceptúa, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, dispuso:

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

- 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*
- 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.*

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE** exequible> Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”

Al respecto, a folios 67 a 68, obra copia del Dictamen emitido por *Colpensiones* 201447750JJ del 21 de marzo de 2014, mediante el cual le calificó al actor una pérdida de capacidad de origen común del 34.6%, con fecha de estructuración del 4 de marzo (Fl. 67 a 68).

Con posterioridad, y en razón del inconformismo del demandante, la *Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca*, a través de Dictamen No. 31800614 del 6 de junio de 2014, le definió al actor una pérdida de



capacidad laboral de origen común del 39.86%, y fecha de estructuración del 5 de julio de 2013 (Fls. 73 a 77).

Luego, la *Junta Nacional de Calificación de Invalidez*, en Dictamen No. 2579189 del 24 de abril de 2015, decidió que la pérdida de capacidad laboral del demandante era de origen común en un porcentaje del 39.86%, y una fecha de estructuración a partir del 5 de julio de 2013 (Fl. 85).

Puestas así las cosas, el demandante no acreditó el requisito de la invalidez, por cuanto la misma no ascendió a un 50% o una minusvalía superior en los términos normativos ya reseñados, atendiendo los dictámenes emitidos por las diferentes autoridades expertas en la materia; circunstancia por la cual, es palmario que no le asiste derecho a la prestación perseguida, a pesar de ostentar el requisito de las cincuenta semanas inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración como da cuenta el reporte de semanas de Colpensiones (Fls. 262 a 263).

Vale la pena resaltar, que si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema en diversas decisiones ha expuesto que la minusvalía se puede demostrar con diferentes medios probatorios que puedan llegar a enrostrar la misma, siendo una de ellas la sentencia SL877-2020, Radicación 73738 del 26 de febrero de 2020, en sentencia SL1044-2019, Radicación No. 68074 del 20 de marzo de 2019, determinó que el Juez no puede determinar una pérdida de capacidad laboral sin el apoyo de los conocedores de la materia si en efecto el trabajador se encuentra incapacitado y qué tipo de deficiencia presenta, efectos de establecer de manera certera el porcentaje y la estructuración.

Por otra parte, cabe resaltar que el Manual Único de calificación establecido por el Gobierno Nacional, es el que impone la verificación de aspectos técnicos y científicos determinados que escapan de la órbita de conocimiento del Juez Laboral, por lo que es imperativo acudir a medios técnicos auxiliares de la justicia como es el caso de los dictámenes emitidos por las autoridades competentes; circunstancia por la cual, la absolución decidida en primer grado habrá de confirmarse.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



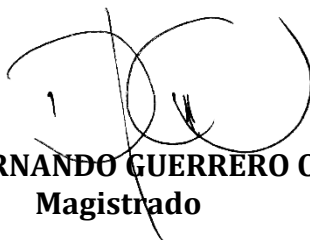
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

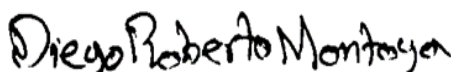
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 21 de octubre de 2020 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

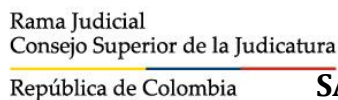


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020





Por consiguiente, se le ordene a la encartada a que proceda mediante acto administrativo al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir del 3 de mayo de 2016, junto con el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, costas procesales, y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En sustento de sus pretensiones, refirió que el señor FERNANDO CASTAÑEDA TRIANA falleció el 23 de mayo de 2016 según se constata del Registro Civil de Defunción, encontrándose pensionado por el antiguo ISS a través de Resolución No. 4731 de enero de 2003.

Que convivió como pareja con el causante en unión marital de hecho, compartiendo el mismo techo de forma permanente e ininterrumpida en la Calle 5ª No. 13-15 Barrio Villa Flor por más de cinco años antes de su fallecimiento.

Adujo igualmente, que como pareja con el causante procrearon dos hijas de nombres OLGA LUCÍA CASTAÑEDA CALDERÓN y GLORIA JEANETH CASTAÑEDA CALDERÓN, quienes en la actualidad son mayores de edad, puntualizando que existe dentro del plenario declaración extra proceso de las señoras MARÍA MARGARITA MARTÍNEZ MORA y MARÍA DEL ROSARIO JARAMILLO DE HERNÁNDEZ, últimas que les consta la convivencia que tuvo con el fallecido.

La señora MARCELA VALENCIA COQUE, luego de ser vinculada a la litis en calidad de tercera *ad excludendum* con el auto admisorio de la demanda (Fl. 26), solicitó en su escrito demandatorio, que se declare que le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente como consecuencia del fallecimiento del señor FERNANDO CASTAÑEDA TRIANA.

Por tal razón, se le condene a COLPENSIONES a pagar la prestación sobre el 100%, junto con el pago de intereses moratorios, costas procesales y lo que se falle de manera *ultra y extra petita*.

Mencionó que el causante falleció el 23 de mayo de 2016, siendo pensionado por COLPENSIONES. Que fue compañera permanente del causante y que



convivieron como pareja desde el día 18 de junio de 1990, contrayendo matrimonio el 28 de abril de 2011.

Exclamó que, con posterioridad, se divorciaron mediante escritura pública 1216 del 9 de mayo de 2015, no obstante, nunca dejaron de convivir, por lo que se configuró nuevamente una unión marital de hecho.

Que el divorcio sucedió, por cuanto ella tuvo que viajar al exterior, más exactamente a los Estados Unidos, dejando de presente que COMPENSAR EPS certificó que era beneficiaria en salud del causante desde el año 2003, así como que el seguro exequial que el fallecido adquirió con MAPFRE da cuenta que ella era beneficiaria del mismo.

Resaltó que era propietaria de un vehículo de carga respecto del cual el causante era el conductor, por lo que el 22 de agosto de 2016 elevó solicitud ante COLPENSIONES para el pago de la sustitución pensional, quien negó el derecho con el argumento de que no existió convivencia como pareja con el señor FERNANDO CASTAÑEDA TRIANA durante los cinco años inmediatamente anteriores al deceso de este.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que existe controversia de la prestación pretendida por la actora como consecuencia del fallecimiento del señor FERNANDO CASTAÑEDA TRIANA, pues de conformidad con las pruebas obrantes dentro del plenario, la señora MARCELA VALENCIA COQUE también persigue la sustitución pensional.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, e innominada o genérica.

La demandante señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA contestó la demanda presentada por la integrada como tercera *ad excludendum* señora MARCELA VALENCIA COQUE, donde indicó que la citó de manera engañosa en



una Notaría a efectos de que firmara un documento que ya estaba preparado, en el que el causante le iba a suministrar una cuota alimentaria para su subsistencia, pero en realidad lo que firmó fue la cesación de efectos civiles del Matrimonio Católico y la cuota alimentaria ofrecida nunca se la desembolsaron.

Destacó que el causante en el año 2009 se fue a vivir con su hijo de nombre MAURICIO CASTAÑEDA GARCÍA en el Barrio de Soacha Compartir, debido a que la señora VALENCIA COQUE todo el tiempo lo presionaba para que desocupara una habitación que le tenía arrendada.

COLPENSIONES contestó la demanda de la tercera *ad excludendum*, con oposición igualmente a las pretensiones, toda vez que la señora no acreditó la convivencia dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020, absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas por las señoras LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA y MARCELA VALENCIA COQUE, declarando probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado formulada por la entidad.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* manifestó en primer lugar, que el estudio de la pensión perseguida debía hacerse atendiendo los requisitos pensionales contenidos en la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que el causante señor FERNANDO CASTAÑEDA TRIANA, falleció el 23 de mayo de 2016, adicional a que se acreditó que COLPENSIONES le reconoció al fallecido una pensión de vejez a través de la Resolución No. 4731 de 2003.



Analizó en primer lugar el derecho de la demandante señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA, indicando que la misma contrajo matrimonio con el causante el día 1 de mayo de 1965, vínculo que se finiquitó el 20 de julio del año 2006 conforme nota marginal del Registro Civil de Matrimonio, donde consta el divorcio realizado ante el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá, por lo que adujo el fallador de instancia que la calidad que ostentaba la actora en la actualidad era la de compañera permanente, de ahí que debiera acreditar el requisito de convivencia con el fallecido de los últimos cinco años a la fecha del deceso.

Que en tal sentido, de las probanzas allegadas a juicio, la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA no logró acreditar la convivencia exigida en el precepto normativo, pues los testigos recaudados no lograron demostrar de plena certeza la mentada convivencia.

Frente al derecho pensional de la señora MARCELA VALENCIA COQUE, interviniente ad excludendum, manifestó que tampoco logró acreditar el requisito de convivencia, en tanto, como quedó visto el causante falleció el 23 de mayo de 2016, y el divorcio con la señora VALENCIA COQUE, se produjo el día 9 de mayo del año 2015 según se confronta con la nota marginal del Registro Civil de Matrimonio, por lo que el tiempo transcurrido entre el divorcio y el fallecimiento fue inferior a un año, lo cual desquicia de plano la acreditación de una convivencia por espacio de cinco años, ni mucho menos una ayuda mutua, máxime si la señora adujo en el interrogatorio de parte rendido que durante este interregno estuvo viviendo en los Estados Unidos, donde además contrajo nupcias con otra persona.

Dejó claro que el tiempo convivido con el causante con anterioridad al matrimonio, no resulta dable aplicarlo para el caso de marras, toda vez que el mismo fue en condición de cónyuge, por lo que, con el acto de divorció cesó y perdió la posibilidad de concurrir como beneficiaria de la prestación al no mantener el vínculo vigente, situación similar que ocurrió con la demandante señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La demandante señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA apeló, arguyendo que el fallador de instancia no tuvo en cuenta la proporción del tiempo que



convivió con el causante y que se llevó a cabo desde el 1 de mayo de 1965 y el 20 de junio de 2006, y como compañera permanente le brindó apoyo con beneficio económico como pareja conforme lo regulan los artículos 141 y 13 de la Ley 797 de 2003.

La interviniente ad excludendum señora MARCELA VALENCIA COQUE, refirió en su alzada que atendiendo la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 35809 del 4 de noviembre de 2009, ha expuesto que el Juzgador debe analizar cada caso en la medida que puede suceder la interrupción de la convivencia como una situación que no restrinja la pérdida del derecho toda vez que pueden existir lapsos de interrupción que no sean necesarios para derrumbar dicha convivencia, misma postura que se ha reiterado en la sentencia con radicados No. 34899 del 28 de octubre de 2009, 34415 del 1 de diciembre 2009 y 39464 del 31 de agosto de 2010.

Que existe en el proceso prueba que el causante la tenía como beneficiaria desde el año 2009, sumado a que atendiendo el criterio jurisprudencial, como pareja existió un auxilio mutuo y acompañamiento espiritual y permanente a pesar de la fuerza de las circunstancias que se dieron para la separación como lo fueron los asuntos laborales e imperativos económicos, de ahí que tenga derecho a la prestación deprecada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si a las señoras LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA y MARCELA VALENCIA COQUE, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional que en vida dejó causada el señor FERNANDO CASTAÑEDA TRIANA.



De resultar prospero del derecho pensional, se determinará la proporción en que les asiste la prestación, así como que se estudiará si haya lugar al pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la respectiva indexación.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que al señor FERNANDO CASTAÑEDA TRIANA, el antiguo ISS le reconoció mediante Resolución No. 004731 de 2003, una pensión de vejez a partir del 1 de agosto de 2002, en cuantía inicial de 590.732, según da cuenta el expediente administrativo allegado en medio magnético (Fl. 183).

Tampoco el hecho que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 250277 del 24 de agosto de 2016, negó el derecho de pensión a las señoras LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA y MARCELA VALENCIA COQUE, así como que en Resolución GNR 358477 del 28 de noviembre de 2016 la entidad le negó el derecho a la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA (Fl. 9 a 11 y 183 del expediente administrativo).

Puestas así las cosas, procede la Sala a resolver el derecho pensional deprecado. Para lo respectivo, a folio 7 obra copia del Registro Civil de Defunción del señor FERNANDO CASTAÑEDA TRIANA, que denota que su deceso sucedió el 23 de mayo de 2016, situación que a su vez conduce a que el derecho deprecado se estudie a la luz de las prerrogativas de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula, que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre éstos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento tenga treinta 30 años o más de edad, y se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.



De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

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

*Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. **Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida**”.*

En sentencia SL3938-2020, Radicación No. 71764 del 14 de octubre de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia hizo un análisis sobre la postura que ha venido manteniendo respecto de los cónyuges, enfatizando que éstos cuando se separan de hecho, ostentan el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, siempre que acrediten convivencia por un lapso no inferior a cinco años en cualquier época, al respecto mencionó:

“Fluye de lo plasmado en precedencia que el Tribunal no pudo incurrir en la transgresión normativa que se le endilga, pues a pesar de que la sociedad conyugal que existió entre Blanca Gómez de Méndez y Gustavo Méndez Gómez fue disuelta y liquidada, lo cierto es que la unión conyugal persistió hasta la muerte de este, en la medida en que no medió divorcio que así lo dispusiera.

No escapa a la Sala que, mediante sentencia CC C-515-2019, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad pura y simple de la expresión «con la cual existe la sociedad conyugal vigente», contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En las consideraciones de esa providencia sostuvo que el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea.

Con todo, tal criterio ubica a la pensión de sobrevivientes, sin más, dentro de los efectos patrimoniales del matrimonio. En cambio, la actual tesis de



esta Corporación entiende que el fundamento de la prestación por muerte, en estos casos, es la vigencia de la unión conyugal, precisamente porque la pensión se ubica dentro de los efectos personales del matrimonio.

Ello viene corroborado con el hecho que lo que da lugar a la prestación es la comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, «la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva (...)» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245, y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605, CSJ SL7299-2015, CSJ SL1399-2018).

Y es que el matrimonio genera unos derechos y obligaciones que no se extinguen con la separación de hecho ni con la disolución de la sociedad conyugal, sino solo con su nulidad, el divorcio, o la muerte de uno de los consortes. Por ejemplo, el deber de socorro y ayuda mutua «en todas las circunstancias de la vida» no desaparece cuando los cónyuges se separan de hecho, como tampoco cuando liquidan la sociedad conyugal, por manera que el matrimonio sigue produciendo efectos personales, independientemente de las decisiones de los cónyuges acerca de la sociedad patrimonial que se genera con su unión.

De otro lado, la jurisprudencia consolidada y pacífica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia optimiza el principio de solidaridad, pues no se olvida del rol del cónyuge supérstite que convivió no menos de 5 años con el causante, en la construcción de la prestación que, a la postre, le fue reconocida al trabajador.”

Por lo anterior, procede la Sala a analizar el derecho prestacional de las señoras LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA y MARCELA VALENCIA COQUE.

Del derecho pensional de la demandante señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA.

Según como se acredita de la cédula de ciudadanía de la demandante y su Registro Civil de Nacimiento (Fls. 15 y 17), ésta nació el 13 de octubre de 1973, de ahí que de entrada pueda pretender el derecho pensional de forma vitalicia pues a la fecha del causante tenía más de 30 años de edad.

Ahora, también se evidencia que la demandante contrajo matrimonio con el causante el día 1 de mayo de 1965 como da fe el Registro Civil de Matrimonio obrante a folio 209, donde además del contenido del mismo se aprecia nota marginal que advierte que se divorciaron el 20 de junio de 2006 ante el Juzgado 20 de Familia de esta Ciudad.

Bajo este escenario, es palmario que al existir una cesación de efectos civiles del matrimonio el 20 de junio de 2006, el derecho pensional perseguido por la



señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA debe estudiarse en calidad de compañera permanente, pues atendiendo los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la normatividad vigente, no podría realizarse un análisis del derecho como cónyuge, en tanto, el acto jurídico que los unió se extinguió en el tiempo, por lo que resulta palmario que la actora deba acreditar sin dubitación alguna el requisito de convivencia de los cinco años inmediatamente anteriores al deceso del señor FERNANDO CASTAÑEDA TRIANA.

Al respecto, en el transcurrir del trámite procesal, la demandante señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA rindió interrogatorio de parte, donde manifestó que su estado civil es soltera, y que el señor FERNANDO CASTAÑEDA TRIANA fue su cónyuge.

Que se casaron por el rito católico en el año de 1965 el cual fue registrado, y ella fue quien acompañó al causante en su enfermedad hasta que falleció, precisando que tuvieron una convivencia hasta el año de 1995. Que desde 1965 hasta 1995 vivió como pareja con el causante inicialmente en la casa de este último, luego vivieron en arriendo en otras viviendas, y cuando el causante estuvo enfermo que tenían que frecuentar varias clínicas, se fueron a vivir a una casa ubicada en el Municipio de Soacha, de propiedad de un hijo del causante.

Refirió que no conoce a la señora MARCELA VALENCIA COQUE, aunado a que la convivencia que tuvo con el causante desde 1965 hasta 1995 siempre fue permanente, así que como pareja procrearon tres hijos de nombres OLGA LUCÍA CASTAÑEDA, GLORIA JANETH CASTAÑEDA y FERNANDO CASTAÑEDA, último quien falleció de diabetes hace 14 años. Que el causante le pidió el divorcio, resaltando que nunca supo con quien se casó con posterioridad.

El testigo señor CARLOS JULIO CASTAÑEDA TRIANA, manifestó que en la actualidad es independiente, siendo cuñado de la demandante LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA por cuánto es hermano del fallecido. Que tuvo conocimiento que antes de que el causante falleciera, la señora VALENCIA COQUE se casó con otra persona en los Estados Unidos.

Que la señora VALENCIA COQUE era propietaria de una casa y una camioneta que había comprado el fallecido pero que fue transferida a la hija de la señora



VALENCIA, resaltando que con posterioridad el causante le comentó que le habían quitado la camioneta, ya que simplemente este se había convertido en un conductor, de ahí que recibía un pago por la conducción.

Que al sepelio del causante no asistió la señora VALENCIA COQUE, pero sí se presentó la madre de esta, a quien se le dijo que se retirara de las exequias ya que su hermano y fallecido vivió una odisea con esa familia. Que él por autorización de los hijos del causante, fue quien hizo los trámites exequiales por intermedio de COLPENSIONES.

Adujo que él y la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA fueron quienes acompañaron al causante en sus últimos 7 meses de vida, por lo que lo llevaban a sus radiografías hasta la fecha del deceso.

El testigo señor MAURICIO CASTAÑEDA, manifestó que es hijo del causante y amigo de la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA, así como que su madre es la señora MARÍA ALCIRA GARCÍA quien falleció. Mencionó que no tuvo conocimiento de la relación que tenía su padre con la señora VALENCIA COQUE, que su padre y causante durante los últimos 7 años vivió en la casa de propiedad del testigo, quien a su vez adujo que los últimos cinco años el fallecido empezó a presentar quebrantos de salud y que estuvo con la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA.

Que para la época del fallecimiento del causante en ningún momento se hizo presente la señora VALENCIA COQUE. Que la relación que tenía con su padre era muy cercana, y fue hasta que se instauró el presente proceso que se enteró que se había casado con la señora VALENCIA COQUE.

Dijo que su casa se compone de tres pisos, el primer piso es totalmente independiente y lo tiene arrendado, en el segundo piso vive él con su familia compuesta por su esposa y sus tres hijas, y el tercer piso trataron de dejarlo independiente para que su padre en los últimos años de vida estuviera cómodo con la señora LUCÍA CALDERÓN, precisando que su padre vivió allí desde el año 2010 hasta su deceso en compañía de la ya referida LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA.

Del interrogatorio de parte de la demandante y los testimonios de los señores CARLOS JULIO CASTAÑEDA TRIANA y MAURICIO CASTAÑEDA, a juicio de la



Sala, no se logró acreditar el requisito de convivencia con el causante por lo menos dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a su deceso.

Lo anterior, por cuanto la demandante en el interrogatorio de parte practicado, si bien enfatizó que la convivencia que tuvo con el causante fue desde el año de 1965 hasta 1995, y a pesar que mencionó que por los padecimientos de salud del causante se fueron a vivir a la casa del hijo de éste último de nombre MAURICIO, no fue clara en resaltar las fechas exactas de convivencia con posterioridad al divorcio sucedido que como ya se dijo se realizó en el año el 20 de junio de 2006, como tampoco las circunstancias de modo, tiempo y lugar de las mismas.

Por otra parte, del testimonio del señor CARLOS JULIO CASTAÑEDA TRIANA, hermano del fallecido, además de indicar que él junto con la señora LUCÍA CALDERÓN fueron los que acompañaron en todos los trámites médicos que debían efectuársele al causante, y que la señora LUCÍA CALDERÓN siempre tuvo un trato constante con el fallecido, nada advirtió de la convivencia pretendida por la actora para la concesión del derecho pensional, máxime si se tiene en cuenta que las preguntas que se le efectuaron por la profesional del derecho, fueron encaminadas siempre a determinar aspectos pero de la interviniente *ad excludendum* señora MARCELA VALENCIA COQUE.

Al unísono, lo expuesto por el testigo MAURICIO CASTAÑEDA, hijo del causante, tampoco resulta de asidero para demostrar la convivencia, pues a pesar de haber manifestado que su padre y la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA convivieron en su casa en los últimos anteriores al deceso del causante, no fue enfático en detallar cómo era la convivencia de la pareja, ni mucho menos el trato de ayuda mutua y socorro que debía persistir, sumado a que la Sala encuentra una contradicción en su declaración como quiera que el señor MAURICIO CASTAÑEDA sostuvo que el trato que tenía con su padre era muy cercano, pero nunca tuvo conocimiento de la relación que el fallecido tuvo con la señora VALENCIA COQUE ni el matrimonio que celebraron.

Por último, se deja asentado que a pesar de que obra dentro del plenario declaraciones extra proceso de las señoras MARÍA MARGARITA MARTÍNEZ MORA y MARÍA DEL ROSARIO JARAMILLO DE HERNÁNDEZ, que realizaran ante la Notaría 53 del Círculo de Bogotá el 11 de junio de 2016 (Fls. 13 a 14), quienes manifestaron bajo la gravedad del juramento que la pareja convivió



de manera ininterrumpida durante más de 7 años desde el 7 de diciembre de 2009 hasta la fecha del deceso del causante, compartiendo techo, lecho y mesa, sus dichos se caen de credibilidad probatoria atendiendo lo anteriormente analizado, más aún si las señoras ya enunciadas fueron llamadas inicialmente como testigos en este proceso, y en el transcurrir del trámite procesal se desistió de sus declaraciones; circunstancia por la cual, puede colegirse que la absolución del derecho pensional de la demandante decidida en primera instancia habrá de confirmarse.

Del derecho pensional de la demandante señora MARCELA VALENCIA COQUE.

Se advierte de entrada, que la señora MARCELA VALENCIA COQUE, al igual que la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA, puede pretender que el derecho pensional perseguido sea vitalicio pues según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía y del Registro Civil de Nacimiento, nació el 10 de octubre de 1968, por lo que a la fecha del deceso del causante tenía más de 30 años de edad.

Se aprecia que la señora MARCELA VALENCIA COQUE contrajo matrimonio con el fallecido señor FERNANDO CASTAÑEDA TRIANA el 29 de abril del año 2011 como da cuenta el Registro Civil de Matrimonio (Fl. 68), en el que a su vez se observa que presenta nota marginal de divorcio entre la pareja ante la Notaría 76 del Círculo de Bogotá el día 9 de mayo de 2015, aspecto que conlleva que al igual a lo sucedido respecto de la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA, para el reconocimiento de la prestación obligatoriamente deba acreditarse la convivencia con el causante durante cinco años inmediatamente anteriores a su deceso, ya que al haber existido una cesación de efectos civiles, su estatus entra a ser como compañero permanente.

La señora MARCELA VALENCIA COQUE expuso en el interrogatorio de parte rendido, que el señor FERNANDO CASTAÑEDA CASTRO fue su esposo durante 26 años y que, contrajeron nupcias en el mes de abril del año 2011, aclarando que la convivencia inició desde el año de 1990, sin que como pareja hubiesen procreado hijos.

Expuso que distingue a la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA pues supo por boca del causante que esta había sido su cónyuge, la cual



aproximadamente en el año 2009 lo demandó por alimentos, por lo que ahí fue cuando el fallecido señor CASTAÑEDA CASTRO entabló proceso de divorcio con la finalidad de que le quitaran la demanda de alimentos, y luego en algunas ocasiones vio a la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA en la casa de sus hijos.

Que se divorció del causante en el mes de mayo del año 2015 de común acuerdo, pero igual la convivencia se mantuvo, recalcando que no vive en Colombia desde el 8 de julio del año 2015. Indicó que conoció al fallecido en el año de 1988 en la empresa donde trabajaban para esa época, y la relación sentimental como pareja tuvo inicios en el año de 1990. Expuso que siempre dependió económicamente de su esposo, precisando que el día en que la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA y el causante realizaron la audiencia de divorcio ella estuvo presente.

Por último, dijo que se divorció con el causante por cuanto lo decidieron como pareja, a efectos de conseguir papeles para poder vivir en los Estados Unidos, puntualizando que en la actualidad no tiene ninguna relación afectiva vigente.

La señora JULIA ESTUDILLO CLAVIJO, manifestó que es pensionada y que no conoce a la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA, pero que sí conoce a la señora MARCELA VALENCIA COQUE hace más de 30 años.

Que la señora MARCELA VALENCIA COQUE vivía con el causante desde 1990, y se conocieron porque trabajaban juntos en la misma empresa, viviendo desde el año de 1999 en la casa de la madre del causante. Que conoció al causante a través de MARCELA VALENCIA COQUE pues eran prácticamente parientes, de ahí que hayan convivido techo y mesa.

Dijo que el causante manejó taxi y la señora MARCELA no trabajaba, arguyendo que el señor FERNANDO CASTAÑO TRIANA falleció aproximadamente en el año 2016, así como que la señora MARCELA VALENCIA se fue en el año 2011 a los Estados Unidos a visitar a su hija y nietos y ya no pudo regresar a Colombia, dejando de presente que desde el año 2011 hasta el 2016 muy rara vez la señora MARCELA VALENCIA COQUE tuvo trato con el fallecido.



La testigo HELENA CAROLINA MORENO PARADA, mencionó que es psicóloga, que no conoce a la señora LUCÍA CALDERÓN DE CASTAÑEDA y que es cuñada de la señora MARCELA VALENCIA COQUE.

Dijo que vive a dos cuadras de la señora MARCELA VALENCIA COQUE desde hace 23 años, y desde que llegó a la urbanización recuerda que el fallecido era pareja de la señora MARCELA VALENCIA. Que hace seis años que se encuentra vinculada afectivamente a la familia, por lo que conoció el proceso de pareja.

Aclaró que en el año de 1999 llegó a la urbanización, desde el 2002, de ahí que tenga conocimiento de la relación de pareja entre el causante y la señora MARCELA VALENCIA COQUE. No tiene conocimiento cómo se conoció la pareja, que el causante falleció en el año de 2016, así como que era el causante quien asumía los gastos del hogar ya que él era quien trabajaba mientras la señora MARCELA VALENCIA permanecía en el hogar, ya que tenían un vehículo con el que hacían acarreos.

Que la pareja convivió hasta el momento en que la señora MARCELA VALENCIA COQUE tuvo que viajar a los Estados Unidos que fue aproximadamente un año antes de que el causante falleciera, y tiene recuerdos de que el matrimonio entre la pareja sucedió aproximadamente en el año 2015.

De las pruebas referidas, de entrada se advierte que la señora MARCELA VALENCIA COQUE como compañera permanente tampoco logró acreditar el requisito de convivencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante.

Ello, por cuanto como lo sostuvo la misma señora MARCELA VALENCIA en el interrogatorio de parte, se fue de Colombia para los Estados Unidos el 8 de julio de 2015, y la fecha del deceso del causante sucedió el día 23 de mayo de mayo de 2016, es decir, por lo menos durante los últimos diez meses y medio antes de la muerte, la convivencia fue interrumpida.

Ahora, en este punto, y contrario a lo alegado por la apelante, no resulta de acierto su argumento en indicar que conforme a postulados jurisprudenciales, el hecho que pueda suceder la interrupción de la convivencia no puede atenderse como una restricción a la pérdida del derecho toda vez que pueden existir lapsos de interrupción que no sean necesarios para derrumbar dicha



convivencia, sumado a que como pareja existió un auxilio mutuo y acompañamiento espiritual y permanente, puntualiza la Sala que dentro del presente asunto no se dan tales supuestos.

Esto, en virtud a que, a pesar de la señora VALENCIA COQUE sostuvo en su interrogatorio de parte que después de viajar a los Estados Unidos tuvo un trato constante con el fallecido, ese aspecto no logró acreditarse, máxime si las testigos JULIA ESTUDILLO CLAVIJO y HELENA CAROLINA MORENO PRADA en nada advirtieron sucesos con posterioridad a la salida del país de la señora VALENCIA, incluso, la señora JULIA ESTUDILLO enfatizó que prácticamente la pareja casi nunca tuvo trato cuando VALENCIA COQUE salió del país.

De otro lado, como lo sostuvo el apelante en su recurso, a pesar de que existe prueba dentro del plenario que en efecto advierte que el causante adquirió una póliza exequial con MAPFRE SEGUROS el 18 de agosto de 2004 (Flls. 76 a 77), y no en el año 2009 como se expuso en la alzada, esa connotación en nada derrumba el argumento que por los menos diez meses y medio antes del deceso del señor FERNANDO CASTAÑEDA TRIANA, se haya demostrado la convivencia como pareja, máxime si no existe prueba fehaciente que enrostre que a pesar de la salida del país de la señora VALENCIA COQUE existió una ayuda mutua de socorro asimilables a una unión a pesar de la distancia, por lo que la decisión de absolución de la prestación por este aspecto también se confirmará.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, de



conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

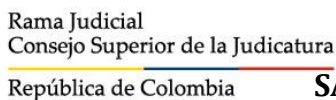
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 21 2017 00749 01

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

Ordinario Laboral	1100131050 21 2017 00349 01
Demandante:	ELSA FARIETA ROCHA
Demandado:	FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del PAR CAPRECOM LIQUIDADO
Magistrado Ponente:	DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 8 de julio de 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1DE LA DEMANDA:

La señora ELSA FARIETA ROCHA, formuló demanda ordinaria en contra de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como Administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADO, con la finalidad que se declare la legalidad de los derechos convencionales reclamados.

Por tal razón, se le condene a la fiduciaria encartada, quien también fungió como liquidadora de la antigua CAPRECOM E.I.C.E., al pago de los referidos derechos convencionales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que mediante Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015, se dispuso la supresión y liquidación de CAPRECOM E.I.C.E., por lo que, a partir del mes de febrero de 2016, se emplazó a todos los que se consideraran acreedores de dicha entidad.



Refirió que la Convención Colectiva de Trabajo vigente, es la suscrita entre CAPRECOM E.I.C.E. y SINTRACAPRECOM en el año de 1996, cuyos derechos convencionales fueron suspendidos por el acuerdo convencional suscrito nuevamente entre ambas partes el 12 de junio de 2003.

Seguidamente, resaltó que el 7 de junio de 2013, CAPRECOM E.I.C.E y SINTRACAPRECOM suscribieron un acuerdo, que extendió en cinco años más el acuerdo extra convencional del 12 de junio de 2003, estipulándose en su Parágrafo que *“las partes acuerdan que en el caso de la no viabilización de la entidad en los términos señalados en el Acuerdo Extraconvencional del 12 de junio de 2003 y se determine por parte del Gobierno su fusión o liquidación, la Convención Colectiva conservará su vigencia y el Acuerdo Extraconvencional quedará sin aplicación”*.

Que con fundamento en que CAPRECOM E.I.C.E. entró en liquidación de conformidad con el Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015, se cumplió la condición de reactivación de los derechos convencionales, los cuales estuvieron congelados por acuerdos convencionales desde el año 2003, de ahí que la Convención Colectiva de Trabajo y demás modificaciones suscritas en el tiempo, se encuentren vigentes en la actualidad.

A pesar de ello, el liquidador de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., negó las acreencias pretendidas, argumentando que no hubo vigencia de los derechos convencionales entre el año 2003 y diciembre de 2015, y fundamentándose en criterios tales como la prescripción de las reclamaciones, irretroactividad de los derechos convencionales a partir del año 2003, entrada en liquidación de la entidad a partir del 28 de diciembre de 2015, así como que los derechos reclamados eran inciertos y discutibles.

Por último, expuso que era afiliada de la organización sindical titular de la Convención Colectiva de Trabajo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO, se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el



entendido que los acuerdos que los trabajadores efectuaron con la entidad con relación a ciertos derechos y/o beneficios convencionales, si bien fueron suspendidos por un tiempo y luego prorrogados, no tienen vocación de prosperidad, toda vez que no se puede desconocer la voluntad de los beneficiarios y/o trabajadores que suscribieron el acuerdo extra convencional que tiene fuerza de carácter legal, aunado a que tales derechos han prescrito en el transcurrir del tiempo.

Formuló las excepciones denominadas prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de los acuerdos extra convencionales suscritos con SINTRACAPRECOM, presunción de legalidad de los actos administrativos, cosa juzgada, e innominada.

Cabe advertir, que en el transcurrir del trámite procesal, más exactamente en la etapa de saneamiento de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. llevada a cabo el 27 de enero de 2020 (Fls. 146 a 147 – Incluido el CD de audio), se aclaró que los derechos de carácter convencional pretendidos por el demandante giran en torno al pago de: 1) pago por días de descanso especial, 2) ajuste de sueldo, 3) reajuste de prima de navidad, 4) reajuste de bonificación por servicios prestados, 5) reajuste de prima semestral, 6) reajuste de prima de vacaciones, 7) reajuste de cesantías, 8) pago complementario de salud, 9) pago de auxilio educativo, 10) pago de dotación, 11) pago de ajuste de quinquenio y, 12) pago de incapacidades, emolumentos solicitados por el periodo comprendido entre el mes de junio de 2003 y la fecha de terminación laboral que lo fue en el año 2016, como consecuencia de la liquidación de CAPRECOM E.I.C.E.

Lo anterior por cuanto, en inicio el presente asunto fue instaurado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de una acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que le correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el que mediante proveído del 12 de mayo de 2017 declaró oficiosamente la excepción de falta de jurisdicción, en tanto la actora mantuvo una relación laboral en calidad de trabajadora oficial, lo que condujo a que la situación debiera ser conocida por la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades Laboral y de la Seguridad Social (Fls. 97 a 98).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de julio de 2020, declaró que entre la demandante y la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM E.I.C.E., existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 1977 y el 27 de enero de 2017; declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y existencia de los acuerdos extra convencionales formuladas por la encartada, absolviéndola de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar, que según se desprende de las probanzas allegadas al plenario, la actora laboró al servicio de la extinta CAPRECOM por el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 1997 y el 27 de enero de 2017 como trabajadora oficial, siendo su último cargo el de Técnico Auxiliar.

Respecto de los beneficios convencionales pretendidos, refirió que el artículo 2º de la Convención Colectiva de 1997-1998 y la Convención 2012-2013, eran aplicables a todos los trabajadores oficiales de CAPRECOM E.I.C.E, incluida la actora por ostentar tal calidad.

Igualmente, mencionó que CAPRECOM E.I.C.E. y SINTRACAPRECOM suscribieron Acta Extra Convencional del 12 de junio de 2003 por medio de la cual acordaron, entre otras condiciones, suspender parcial y temporalmente por el término de diez (10) años las cláusulas convencionales referentes a la dotación extralegal de que trata el artículo 41, descanso especial adicional del artículo 26, la bonificación por recreación de que trata el artículo 64 y los aportes educativos del artículo 39. Que de igual manera, se acordó que en el caso de que fuese decretado un aumento salarial por el Gobierno Nacional solo se incrementaría para el año 2003 a los funcionarios que devengaran \$750.000, y que solo a partir de la fecha de expedición del Decreto en los años sub siguientes conforme al IPC establecido por el Gobierno, así como que se estableció que la administración se comprometía a desarrollar los 12 proyectos que sustentaron la viabilidad financiera, técnica y operativa de la empresa.

Que con posterioridad, con la Convención Colectiva de Trabajo suscrita para los años 2012 y 2013, se estipularon nuevas cláusulas respecto al incremento salarial regulado en el artículo 45, y establecieron los beneficios



convencionales de quinquenio del artículo 67, la bonificación por servicios prestados del artículo 55, la prima de junio en el artículo 49, la prima de navidad en el artículo 50 y el reconocimiento de incapacidades por enfermedad común del artículo 37.

Sostuvo adicionalmente, que el 7 de junio del año 2013, se suscribió nuevamente Acta de acuerdo Extra Convencional, a través de la cual se amplió por 5 años el acuerdo celebrado el 12 de junio de 2003, y adicionalmente se acordó que a partir del 1º de junio de 2013 existiría un incremento salarial para los trabajadores oficiales de nivel tecnólogo y de los trabajadores oficiales de nivel profesional, dejándose sin efecto la suspensión acordada en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo correspondiente al descanso especial adicional, y en consecuencia, su reactivación a partir del año 2013; reafirmó la plena vigencia del artículo 64 de la Convención Colectiva de Trabajo en el sentido que CAPRECOM E.I.C.E. pagaría a los trabajadores el concepto de bonificación especial de recreación con ocasión de disfrute de las vacaciones, el estudio de una prima de productividad para los trabajadores oficiales, así como que en su Parágrafo se determinó que en el caso de la no viabilización de la entidad en los términos señalados en el Acuerdo extra convencional del 12 de junio de 2013, y se determine por parte del Gobierno su fusión o liquidación, la Convención conservaría su vigencia y el Acuerdo Extra Convencional quedaría sin aplicación.

Que en tal sentido, respecto al reajuste de sueldos regulado en el literal l) del Acuerdo de 2003, se probó dentro del plenario que a la demandante se le efectuó el pago por estos conceptos para los años 2002 y sub siguientes, así como el incremento dispuesto en el Acuerdo de 2013. Dejó asentado que los emolumentos correspondientes al reconocimiento de incapacidades por enfermedad común, prima de junio, prima de navidad, bonificación por servicios prestados y el quinquenio no fueron suspendidos por el Acuerdo de junio de 2003, aunado a que obran certificaciones donde se consignó que la actora tenía derecho a la bonificación por esos servicios prestados para los meses de septiembre de cada año laborado, los cuales se acreditaron como pagados según se verifica de la liquidación definitiva del contrato, además de la constancia de pago de los conceptos de prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima semestral, prima de vacaciones por reajuste de cesantías, reajuste de quinquenio, pago de incapacidades y reajuste de cesantías.



Que frente a los beneficios que fueron suspendidos por el Acuerdo Extra Convencional de 2003 y extendidos por el Acuerdo del año 2013, esto es pago complementario por salud, dotación, descanso especial adicional, bonificación por recreación, no compartió el argumento de la actora en el sentido que al haberse liquidado CAPRECOM automáticamente se reactivaban los beneficios que habían sido suspendidos mediante las Actas de los Acuerdos Extra Convencionales del 12 de junio de 2003 y el 7 de junio de 2013, ya que fue un acuerdo entre el sindicato y el empleador suspender tales beneficios sin que se pueda ahora pretender desconocer la voluntad que imperó en los mismos, pues el sentido de la cláusula en ningún sentido fue realizar el pago de tales beneficios de manera retroactiva al momento de su reactivación, máxime si no constituían derechos mínimos de la trabajadora, interpretación que sostiene atendiendo los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En tal sentido, dijo la *a-quo* que en lo atinente a la dotación del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, si bien la actora tenía derecho, y que fue suspendida y reanudada desde el 28 de diciembre de 2015, a pesar de ello, no resulta próspera por cuanto no hay lugar a la compensación de su pago ya que la finalidad es que se utilice para las labores contratadas. En lo concerniente a la bonificación por recreación del artículo 64, no fulminó condena por cuanto atendiendo el artículo convencional que la contiene, no se observa pago de vacaciones luego del 28 de noviembre de 2015.

En lo que atañe al plan complementario de salud regulado en el artículo 28, dijo no se probó por la demandante la manera en que se pagaba, por lo que absolvió a la encartada. Por último, con ocasión a los aportes educativos establecidos en el artículo 39, dijo que los mismos se solicitaron por el periodo correspondiente a los años 2010 y 2013 cuando la actora cumplió su especialización, de ahí que no tuviera derecho ya que se suspendieron con el Acuerdo extra convencional del año 2013 y tan solo se reactivaron hasta el mes de diciembre de 2015.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Expuso que, si bien se acredita el pago de los emolumentos a partir de la fecha de reactivación de



la Convención Colectiva de Trabajo, dicha reactivación debe suscitarse desde el pasado, toda vez que al existir un acuerdo de voluntades fundamentado que en aras de la continuidad de la razón social de CAPRECOM E.I.C.E., fue que la organización sindical aceptó la suspensión, es decir, que la voluntad está circunscrita al mantenimiento o existencia de la entidad, de ahí que se haya establecido que si la continuidad no se permitía por parte del Estado, este precepto daba lugar a la reactivación de los derechos convencionales en su integridad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala determinará si la demandada debe reconocer y pagar todos los beneficios convencionales alegados, así como los reajustes salariales y prestacionales, en virtud de la reactivación de la Convención Colectiva de Trabajo con ocasión de la liquidación de CAPRECOM E.I.C.E.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre la demandante y la extinta CAPRECOM E.I.C.E. existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 1997 y el 27 de enero de 2017 en calidad de trabajadora oficial, siendo su último cargo el de Técnico Auxiliar, prueba de ello lo es la copia del contrato de trabajo, certificación laboral y la liquidación final de prestaciones sociales como da cuenta el Cd contentivo a folio 136 del plenario y que estuvo afiliada al sindicato, por lo tanto era beneficiaria de las convenciones colectivas suscritas entre la organización sindical SINTRACAPRECOM y la extinta CAPRECOM E.I.C.E., así lo declaró la Juez de instancia y no es motivo de inconformidad en esta etapa.



Ahora, corresponde en esta instancia resolver el asunto que se propuso en el líbelo genitor del proceso, para lo cual se considera que la demandante aportó copia del Acuerdo Extraconvencional del 12 de junio de 2003, firmado entre la empresa demandada y el sindicato SINTRACAPRECOM y su respectiva prórroga.

En este orden de ideas, encontramos que la demandante alega que ciertamente dentro del Acuerdo Extraconvencional en mención se suspendieron unos beneficios convencionales por diez (10) años; no obstante, que la empresa incumplió dicho pacto dado que al final la misma fue liquidada.

Descendiendo al Acta del Acuerdo Extraconvencional, del 12 de junio de 2003 obrante en el Cd aportado por la pasiva a folio 136, encontramos que en los antecedentes para llegar a dicho arreglo, tuvieron en cuenta que los costos fijos de CAPRECOM E.I.C.E. superaban ampliamente la capacidad de ingresos y las necesidades de la empresa que imposibilitaban el equilibrio financiero y la viabilidad de sus negocios, por lo que para la recuperación de las pérdidas acumuladas durante varios años, se hacía necesario, poner en marcha un plan de contingencia.

Por ello, analizaron la Convención Colectiva de Trabajo vigente y el impacto que causaba en las finanzas, de tal manera que concluyeron que debían racionalizar costos, entre ellos aceptaron suspender parcial y temporalmente por un término inicial de diez (10) años la consecución de algunos beneficios.

Y dentro de los compromisos, el cual considera incumplido la actora, se obligaron a lo siguiente:

“...8.- Las partes acuerdan que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del acuerdo extraconvencional, y se determine por parte del gobierno su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extraconvencional quedará sin aplicación...”

Dicho Acuerdo Extra Convencional fue prorrogado, adicionado e incluso se reactivaron unos beneficios a partir del 12 de junio de 2013, por el término de cinco (5) años. Nuevamente, en dicho Acuerdo en el parágrafo del literal f), acordaron que en caso de no viabilidad de la entidad en los términos señalados en el Acuerdo Extra Convencional del 12 de junio de 2003 y se determine por



parte del Gobierno su fusión o liquidación, la Convención Colectiva de Trabajo conservará su vigencia y el Acuerdo Extraconvencional quedaría sin aplicación.

Deduciendo esta Colegiatura de ante mano, que posteriormente el 28 de diciembre de 2015, según Decreto 2519 de 2015, se suprimió la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM E.I.C.E., siendo lógico afirmar que el tantas veces mencionado Acuerdo quedaría sin aplicación, no siendo dable interpretar o dar el alcance, tal y como lo pretende la actora, por lo cual le asiste razón al sentenciador de instancia cuando alude que en dicho convenio no se comprometieron a que el día que este quedara sin aplicación o que se reanudara nuevamente el pago de los beneficios convencionales, conduciría a que la empresa reconociera y pagara de manera retroactiva todos aquellos que estuvieron suspendidos.

Por el contrario, de la misma exégesis de este compromiso, se puede colegir que no hay lugar a conceder las pretensiones de la demanda. Lo cierto, es que, en efecto, a pesar de los esfuerzos entre el Sindicato y la empresa para que la empresa no fuera liquidada, lograron mantenerla a salvo desde el 2003 hasta el 2015, cuando se ordenó la supresión definitiva de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones.

Al punto, la reanudación de aquellos beneficios que aún continuaban suspendidos, pueden reclamarse desde el 28 de diciembre de 2015 y hasta el término de la relación del contrato de trabajo de la ex trabajadora y no en una data antes porque se reitera, estaban suspendidos, sin que se contemplara en ninguno de sus compromisos o en la prórroga que se realizó posteriormente, que en el evento que se liquidara la empresa, estos se reconocerían, simplemente la advertencia fue en ese caso, que el Acuerdo quedaría sin aplicación y la Convención Colectiva de Trabajo conservaría su vigencia.

De otro lado, resulta lógico razonar que desde el 2003 la extinta empresa, ya se encontraba en un estado de una posible liquidación, ahora la suspensión de los mismos fue uno de los procesos, que coadyuvaron a que la liquidación de la misma no se diera con antelación y durante todo ese tiempo hasta el 2015, que fue liquidada, los trabajadores, continuaron disfrutando de algunos beneficios, inclusive en el Acta Extraconvencional de 2013, algunos fueron reactivados, tales como el descanso especial o adicional y se dispusieron otros



como bonificaciones, incremento salarial, bonificación especial de recreación y dispusieron estudiar el reglamento para el reconocimiento de una prima de productividad.

Por lo anterior, no encuentra esta Sala otra prueba que permita deducir que las partes acordaron que en caso de liquidación de la empresa se reconocerían y pagarían los beneficios convencionales suspendidos de manera retroactiva, sino por el contrario que quedaría sin aplicación para los que se causaren en el futuro, convenio que las partes consintieron de manera libre, por lo que debe confirmarse la sentencia en este aspecto.

Ahora bien, deja de presente la Sala que los beneficios extralegales que fueron negados en primer grado tan solo se apelaron por la demandante bajo el entendido que eran procedentes de manera retroactiva, más no por encontrar reproche en el hecho de que la falladora hubiese determinado que los que no eran objeto de suspensión, tales como el reajuste de sueldos, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima semestral, prima de vacaciones por reajuste de cesantías, reajuste de quinquenio, pago de incapacidades y reajuste de cesantías, fueron pagados por la encartada, por lo que esta decisión también se mantendrá incólume por este puntualísimo aspecto.

Tampoco encontró inconformidad en el hecho que se haya determinado que del caudal probatorio se logró acreditar con posterioridad al 28 de diciembre de 2015 el pago de los derechos convencionales inicialmente suspendidos en los Acuerdos Extra Convencionales como lo fueron las dotaciones, bonificación por recreación, plan complementario de salud, aportes educativos; circunstancia por la cual, la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

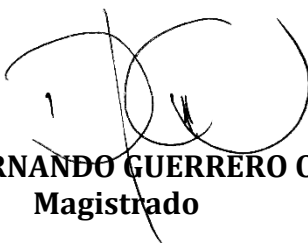


RESUELVE:

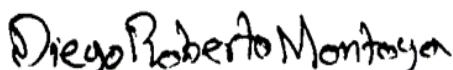
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 8 de julio de 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 16 2017 00740 01
Demandante: HAMINTON MAURICIO CEDEÑO LÓPEZ
Demandado: COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
 PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HAMINTON MAURICIO CEDEÑO LÓPEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., con la finalidad que se declare la existencia de una relación laboral sin solución de continuidad desde el 10 de agosto de 2012 hasta el 12 de febrero de 2016, siéndole aplicable en todas sus partes, la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la encartada y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. – SINTRAVALORES.

Asimismo, que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y, en consecuencia, se declare ineficaz la cláusula contractual que estipula el término del contrato para ser reemplazada por la de término indefinido, de ahí que tenga derecho al reconocimiento y pago de los



emolumentos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo desde el inicio de la relación laboral hasta el día de su despido.

Por consiguiente, se condene a la pasiva al pago de las primas semestrales de los meses de junio y diciembre establecidas en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, primas de vacaciones del artículo 27 Convencional, reliquidación de las cesantías teniendo en cuenta los emolumentos salariales convencionales que no fuero pagos y que son constitutivos de factor salarial, sanción por despido sin justa causa regulada en el artículo 64 del C.S.T., indemnización extralegal contenida en el artículo 7 en virtud del despido sin justa causa, sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que prestó sus servicios a la encartada mediante unos terceros denominados SERDEMPO S.A.S y luego mediante EMPOSER LTDA., empresas todas de un mismo grupo empresarial llamado GRUPO THOMAS GREG & SONS, y entre ellas se ha suscrito un contrato para el suministro de personal de EMPOSER LTDA. a la compañía que se demanda.

Que en tal sentido, SERDEMPO S.A.S, es una Empresa de Servicios Temporales que lo envió en misión con destino de la demandada desde el 10 de febrero de 2012 hasta el 13 de enero de 2013, y luego la pasiva lo contrató de nuevo en misión a través de la empresa EMPOSER LTDA. desde el 14 de enero de 2013 hasta el 12 de febrero de 2016.

Que siempre se desempeñó en el cargo de Escolta Conductor ATM al servicio de la demandada, actividad que consistía en escoltar los valores de propiedad de las diferentes entidades a las que la pasiva les prestaba sus servicios de transporte en provisión de dinero en efectivo en la ciudad de Bogotá, siendo la misma quien lo capacitó, supervisó, le impulsó los horarios y subordinó.

Resaltó que fue despedido por la demandada sin justa causa el 12 de febrero de 2016; que entre la encartada y el sindicato SINTRAVALORES se encuentra vigente una Convención Colectiva de Trabajo que aplica sin distinción a todos



los trabajadores de la compañía conforme lo disponen los artículos 3 y 5 Convencionales, sumado a que en su cláusula quinta se preceptuó que no se podría contratar personal con otras compañías para el desempeño de labores propias del objeto social.

Por último, adujo que la convención regula que los trabajadores que se hubiesen vinculado al servicio de la demandada por intermedio de SERDEMPO S.A.S., después de cuatro meses serían trabajadores, por lo que es beneficiario de todas las pretensiones solicitadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el demandante jamás le prestó servicios, puesto que nunca se suscribió algún contrato de trabajo ni se configuraron los elementos para que se pudiera establecer tal vínculo; por el contrario, es evidente que la relación laboral alegada la sostuvo el actor con las empresas SERDEMPO S.A.S. y EMPOSER LTDA., empresas que no pertenecen al denominado grupo empresarial denominado THOMAS GREG & SONS.

Formuló las excepciones denominadas compensación, prescripción y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, por lo que declaró probada la excepción denominada inexistencia de la obligación.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que del conjunto de pruebas arrojadas al plenario, se logró evidenciar que el demandante obró como empleado a otras entidades distintas a la demandada en calidad de empleadoras, pues con EMPOSER LTDA. tuvo un contrato de trabajo desde el 14 de enero de 2013 hasta el 12 de febrero de 2016, y con SERDEMPO S.A.S. un contrato desde el 10 de agosto de 2012 hasta el mes de enero de 2013, última donde hubo una terminación inicial el 3 de agosto de 2012, y otro que terminó el 5 de diciembre de 2012.



Seguidamente, concluyó que el actor no logró demostrar un contrato de trabajo con la demandada, ya que EMPOSER LTDA. es una persona jurídica independiente de la demandada, como así se demuestra de su certificado de existencia y representación legal, y no constituye una empresa de servicios temporales como así lo argumentó el demandante, pues su objeto social es la prestación remunerada de los servicios de vigilancia y seguridad privada con o sin armas, misma situación que sucede con SERDEMPO S.A.S., toda vez que, a pesar de ser una empresa de servicios temporales, no se observa que en el presente asunto se hubiese demostrado una contratación que se desvíe de las exigencias de la ley como lo es el término de contratación para este tipo de empresas a efectos de enviar a terceros personal en misión.

Expuso igualmente, que contrario a lo argumentado por el demandante, la demandada, EMPOSER LTDA. y SERDEMPO S.A.S no hacen parte de un mismo grupo empresarial, y que si bien hay demostración que la encartada participó en la creación de las empresas, no aparece ninguna consagración del grupo empresarial propiamente dicho, adicional a que el testimonio rendido por el señor DANIEL JOSÉ NAVARRO SOTELO y demás pruebas, no se advirtió una prestación personal del servicio directa con la pasiva, situación por la que no hay lugar al estudio de las pretensiones derivadas de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la demandada con el sindicato SINTRAVALORES.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante, inconforme con la decisión la apeló. Mencionó que dentro del plenario existen pruebas suficientes que advierten que en efecto sí se prestó el servicio directo a la demandada, principal prueba de ello lo es la contestación de la demanda, la cual aduce que en efecto tal servicio fue prestado a través de otras empresas por intermedio de contratos de colaboración, ya que la encartada no podía prestar directamente el servicio de escolta y vigilancia.

Que SERDEMPO S.A.S. al ser una compañía que suministra personal, la demandada fue quien debió demostrar que tal contratación se efectuó en los términos que establece el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.



De otra parte, argumento que aceptar que EMPOSER LTDA., catalogada como una empresa de vigilancia, podía prestarle servicios de vigilancia a otra empresa de igual objeto social como lo era la demandada, no resulta de asidero, en tanto, no es permitido por la legislación cuando existe una Convención Colectiva de Trabajo y unos trabajadores de la demandada que ganan más salario respecto de los que van a llegar en colaboración, máxime si el testimonio del señor DANIEL JOSÉ NAVARRO SOTELO dio cuenta que el demandante cumplía labores propias del objeto social de la demandada.

Que la misma demandada emitió un documento que obra dentro del plenario, donde indica a sus clientes que como demandante es trabajador subordinado, tanto así, que se le pueden entregar valores, sin que esta documental hubiese sido valorada por el *a-quo*, así como que la demandada siempre era la que ponía todos los elementos para la prestación personal del servicio, como lo eran las armas, los uniformes, los carros de valores, entre otras cosas más, por lo que es evidente que lo pretendido por la demandada es contratar personal no sindicalizados con el fin de que no acceda a los beneficios convencionales.

En lo que atañe al estudio de la Convención Colectiva de Trabajo, reseñó que le es aplicable ya que al momento en que ingresó a laborar, existía una convención vigente que le prohibía a la demandada, contratar personas distintas a las que no se contrataran directamente con la empresa y un contrato de trabajo a término indefinido, por lo que su contrato de trabajo transgrede la convención.

Por último, argumentó que EMPOSER LTDA. es una empresa del GRUPO THOMAS GREG & SONS, por lo que para el momento en se firmó el contrato, PROSEGUR se llamaba THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES S.A., luego se da un indicio que era una empresa que usaba el mismo nombre, que se colaboraban en tales aspectos, a fin de evadir acreencias laborales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, se analizará si entre el demandante y la demandada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., existió un verdadero contrato de trabajo, ello en atención de los contratos de trabajo suscritos con SERDEMPO S.A.S. y EMPOSER Ltda.

De prosperar la relación laboral con la demandada, se auscultará si es procedente el reconocimiento y pago de las pretensiones condenatorias estimadas por el demandante señor HAMINTON MAURICIO CEDEÑO LÓPEZ.

c. Del caso en concreto:

Para lo respectivo, cabe advertir que lo alegado por el demandante en inicio, es que se declare la existencia de una relación laboral con la demandada por el periodo comprendido entre el 10 de agosto de 2012 y el 12 de febrero de 2016, puesto que siempre fue enviado en misión por intermedio de SERDEMPO S.A.S. y EMPOSER LTDA.

Se debe acotar que la acción se dirigió contra quien estima la parte demandante, fungió como verdadero empleador. Sobre tal aspecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL19830-2017, Radicación No. 50377, del 8 de noviembre de 2017, señaló:

“En el proceso que persiga declarar la existencia de la obligación laboral no se requiere vincular – nada se opone a que voluntariamente se haga- a un deudor solidario, por cuanto el objeto es definir el contenido de las obligaciones de una relación jurídica de la que no es parte, y por lo mismo, no hay lugar a excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación conducentes a impedir su existencia.

“[...]

“Se ha de advertir que la solidaridad que se reclama en el sub examine tiene por fuente la ley, premisa que no desvanece la circunstancia de que el contenido de tal obligación haya sido precisado por una sentencia



judicial, de la manera que se pretende cuando se alega que con ello lo que se violaría el principio de que las sentencias tienen efectos inter partes; ciertamente lo que obra es el imperio de la ley. (negrillas de la Sala).

“En atención a lo anterior, erró el Tribunal cuando reprochó al demandante, el no haber llamado a juicio a las empresas de servicios temporales, dado que, sin estas, válidamente podía haber verificado la existencia del contrato de trabajo con el obligado principal, pues en este proceso, no se trató de definir sobre la responsabilidad solidaria de esas compañías, situación que, además, lo conllevaron a vulnerar las disposiciones denunciadas.

Una vez señalado lo anterior, sea precia que obra copia de la certificación emitida por SERDEMPPO S.A.S. el 27 de septiembre de 2012, que da cuenta que el demandante laboró a partir del 10 de agosto de 2012 a través de un contrato de trabajo a término fijo para desempeñar el cargo de Escolta ATM (Fl. 32), al igual que obra copia de dos cartas emitidas por SERDEMPPO S.A.S. con destino al actor de calendas 1º de julio y 1º de noviembre de 2012, con constancia de recibido por este último, que enrostran una extensión de la relación laboral inicialmente hasta el 3 de agosto y luego hasta el 5 de diciembre de 2012 (Fls. 242 a 242).

En lo que concierne a EMPOSER LTDA., obra copia del contrato de trabajo a término fijo que suscribiera el demandante, con fecha de iniciación a partir del 14 de enero de 2013 para desempeñar el cargo de Escolta ATM por un término cinco meses (Fls. 206 a 208), copia de la carta de terminación del mismo adiada del 12 de febrero de 2016 que demuestra que fue hasta esta data que culminó la relación laboral por parte de la empresa (Fl. 213), y la certificación emitida por la empresa el 19 de febrero de 2016 (Fls. 33 y 217).

Así las cosas, procede la Sala a establecer si en virtud del principio de primacía de la realidad, fungió como verdadera empleadora la sociedad PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.

De la relación jurídica sustancia con Empresas de Servicios Temporales:

En lo que tiene que ver con las empresas de servicios temporales, con la expedición de la Ley 50 de 1990 se estableció, de una parte, que las mismas pueden contratar con terceros para colaborar en forma temporal con el desarrollo de sus actividades, y de otra, que dicha colaboración debe estar sujeta a las siguientes situaciones generales: 1) la tradicional del artículo 6º



del C.S.T, esta es, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono; 2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad, y 3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 77 de la mencionada Ley 50 de 1990.

A su vez, el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, define las Empresas de Servicios Temporales como aquellas que contratan servicios con terceros que son beneficiarios, de una labor prestada por personas naturales contratadas en forma directa. El artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, define las Empresas de Servicios Temporales como aquellas empresas que contratan servicios con terceros, para ser beneficiarias de una labor prestada por personas naturales contratadas de manera directa por la Empresa de Servicios Temporales.

En relación con este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con Radicación No. 25717 del 22 de febrero de 2006, SL5696-2014, Radicación No. 41777 del 7 de mayo de 2014, y recientemente en las sentencias SL960 de 2020, Radicación No. 77376 del 18 de marzo de 2020 y SL66-2020, Radicación No. 66300 del 10 de marzo de 2020, analizó que frente a los eventos de contratación fraudulenta, y en los casos en que se desconozca el plazo máximo permitido para la vinculación de los trabajadores en misión, de acuerdo a los artículos 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales deben ser catalogadas como un empleador aparente y un intermediario que oculta su calidad, y por tal motivo, se debe tener como verdadero empleador a la empresa usuaria que se benefició de tal intermediación.

De manera que, si el Juzgador de instancia encuentra demostrado un marco temporario que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria en el desarrollo de las actividades de la empresa, o encuentra demostrado que se ha transgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el mencionado artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es imperioso que atienda a esa precisa realidad, incluso pasando por alto la presencia de actos, que vistos de manera individual y solo en su



contenido meramente formal, se exhiben con la apariencia de licitud, como son por ejemplo los contratos individuales, la liquidación de prestaciones sociales, o las comunicaciones de terminación del contrato.

Descendiendo al caso de marras, vale la pena precisar que, si bien no existe prueba que evidencie la forma en que el actor desempeñó sus actividades en dependencias de la demandada, si lo fue en virtud del contrato con la Empresa de Servicios Temporales SERDEMPO S.A.S., pues de la contestación de la demanda allegada por la pasiva se logra colegir que tal situación sucedió, toda vez que así lo argumentó la encartada al indicar que era SERDEMPO S.A.S. el verdadero empleador.

Así las cosas, atendiendo los parámetros jurisprudenciales emanados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, es palmario que dentro del presente asunto se dan los presupuestos para concluir que la contratación dada a través de la empresa de servicios temporales fue realizada dentro de uno de los pilares legales contenidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, como lo es el hecho de que no se excedió la temporalidad del año, ya que como se refirió, la contratación que se hizo entre la empresa temporal y el actor fue por el periodo comprendido entre el 10 de agosto y el 5 de diciembre de 2012, contrato que fue debidamente liquidado y no se avizora una trasgresión a las normativas que regulan la contratación con Empresas de Servicios Temporales, cumpliendo además el término permitido por la ley, por lo que tal contratación no se puede atender para que el actor resulte como trabajador de la demanda.

De la relación jurídica sustancia con Contratista Independientes:

Es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.



Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

El reproche del apelante gira en torno a que se presentó una tercerización por parte de la demandada a fin de contratar personal, como fue su caso, con la empresa EMPOSER LTDA.

Dentro del plenario, obra a folios 18 a 37, un documento emitido por la encartada denominado *“CONDICIONES PARA RECIBIR Y/O ENTREGAR VALORES”*, donde en uno de sus apartes expresa la encartada: *“En este documento, se encuentran las fotografías, datos básicos de identificación y firmas del personal autorizado por Prosegur para recibir o entregar valores en sus instalaciones y datos de identificación de los vehículos blindados”*, en el que a su vez se relaciona al aquí demandante con la respectiva fotografía como uno de los sujetos del personal autorizado.

A folio 156, obra carné emitido por PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. en el que identifica al demandante como Escolta; a folios 221 a 222 y 223 a 224 obra un informe de novedades y un acta de descargos del 9 de febrero de 2016, mediante los cuales EMPOSER LTDA. le practicó descargos al actor como consecuencia de la falta de cumplimiento de sus labores dentro de las instalaciones de la encartada, y a folio 213 yace la carta de terminación del contrato de trabajo por parte de EMPOSER LTDA. bajo el entendido que el demandante había ocasionado daños a la barra de contención de ingreso de las instalaciones de la pasiva.



Aunado a lo anterior, el testigo DANIEL JOSÉ NAVARRO SOTELO, a pesar que no fue congruente respecto de las fechas de ingreso y retiro de la relación laboral de demandante, fue enfático en destacar que el actor siempre prestó servicios directamente a la demandada como conductor para el área de provisionamiento de cajeros, pues él como testigo trabajó desde el año 2009 hasta el año 2018 en el cargo de Escolta VIP en la sede de las Américas de esta Ciudad con el actor, de ahí que se pueda dar credibilidad a su declaración.

Del conjunto probatorio analizado en precedencia, se puede concluir que contrario a lo decidido por el *a-quo*, el actor logró acreditar que en efecto existió la prestación personal del servicio en las dependencias de la demandada, pues resulta evidente incluso, que la terminación del contrato de trabajo que produjera EMPOSER LTDA., fue en razón de la presunta mala conducta del actor en las instalaciones de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.

Bajo esta óptica, es menester recordar que el artículo 35 del C.S.T. regula:

“ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

- 1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.*
- 2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.*
- 3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.”*

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4479-2020, Radicación No. 81104 del 4 de noviembre de 2020, frente al tema de la simple intermediación adujo:

“1. La tercerización laboral



Desde un punto de vista amplio, la tercerización laboral, outsourcing o externalización, es un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa.

En una economía globalizada la tercerización ha sido empleada con fines diversos, dentro de los cuales cabe destacar: (i) la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible.

Ha dicho la Corte que la tercerización laboral en Colombia es «un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas», siempre que se funde «en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero». Por tanto, «no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades» (CSJ SL467-2019).

2. La tercerización laboral a través de la figura del contratista independiente (art. 34 CST): presupuestos y desviaciones

En Colombia la tercerización laboral en la modalidad de colaboración entre empresas, tiene fundamento normativo, principalmente, en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra la figura del contratista independiente. De acuerdo con este precepto «son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva» (subraya propia).

Como se puede observar, para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad



directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas.”

Bajo esta óptica, de las probanzas acreditadas, resulta evidente que además que el actor siempre prestó el servicio en las dependencias de la demandada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., se evidencia que fue esta última quien proporcionó en su totalidad la logística y demás necesidades de las actividades a desarrollar, pues como ya se sostuvo, fue el mismo PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. el que catalogó al actor como su empleado y lo dotó de carné, tópicos que atendiendo los postulados jurisprudenciales, advierten que EMPOSER LTDA. no encuadró bajo la égida de contratista independiente que regula el artículo 34 del C.S.T., pues no obra prueba que demuestre que su actuar siempre estuvo envuelto como un genuino empresario del contrato de colaboración que celebró con la encartada obrante a folios 290 a 292 y que data del año 2000.

Otro argumento de trascendental importancia, es que resulta ilógico que la demandada pretenda contratar personal externo a través de EMPOSER LTDA., cuando ambas gozan de un mismo objeto social según se desprende de los respectivos Certificados de Existencia y Representación Legal de ambas, más exactamente en lo que atañe a la prestación de servicios de vigilancia escoltada, aspecto que desdibuja o desnaturaliza el concepto de empresa consagrado en el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, entendida como toda unidad



de explotación económica que tenga trabajadores a su servicio, sin que sea un axioma que no pueda eventualmente suscribir contratos de prestación de servicios, pero solo para actividades que no hagan parte de su objeto social, pues siendo de dicha naturaleza la contratación, debe realizarse a través de contrato de trabajo de forma directa.

Esto conduce a que sea inadmisibile, que al ser el objeto social de la demandada el transporte de valores y la prestación del servicio de vigilancia fija y escolta asociada al transporte de valores, no contrate directamente su personal laboral con la finalidad que se encargue de tal actividad, y tenga que recurrir a figuras ajenas a la normatividad laboral vigente.

Aunado a lo anterior, que no se derruye por ningún medio de convicción la presunción de existencia del contrato de trabajo ante la prestación del servicio, ni se acreditó que el actor no ejecutara las órdenes emanadas de PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.

Ello implica, que la demandada sea la verdadera empleadora del actor como consecuencia de la contratación sucedida entre este y la empresa EMPOSER LTDA., en virtud del contrato de trabajo celebrado a término fijo por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 2013 hasta el 12 de febrero de 2016.

De la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 pretendida por el demandante, y suscrita entre la demandada y el Sindicato Nacional de Trabajadores -SINTRAVALORES:

Como ya se refirió en el *petitum* de la demanda, el actor pretende se dé aplicabilidad a la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 que suscribiera la demandada con el Sindicato Nacional de Trabajadores – SINTRAVALORES, la cual goza de la respectiva constancia de depósito (Fls. 51 a 85), pues en sus artículos 3 y 5 disponen su aplicabilidad a todos los trabajadores de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., los cuales aducen:

“Artículo 3. – Campo de aplicación: La presente convención colectiva de trabajo se aplicará a todo el personal de **THOMAS PROSEGUR S.A.**, dentro del territorio nacional donde esta compañía preste sus servicios,



sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean más favorables a sus trabajadores.”

“Artículo 5. – Contratación de personal: Todos los trabajadores que entren a prestar sus servicios a **THOMAS PROSEGUR S.A.** tendrán contrato de trabajo con la empresa a término indefinido. La empresa podrá celebrar contratos por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada distinta al giro propio de las actividades de la empresa, para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

*“El personal que preste sus servicios a la compañía a través de la firma de **SERDEMPLO LTDA.**, que cumpla cuatro (4) meses de servicio, ipso facto quedará contratado a término indefinido con **THOMAS PROSEGUR S.A.**, reconociendo el tiempo laborado en esta firma y cualquier aumento de salario a que tenga derecho, sin nuevo periodo de prueba.*

*“Queda entendido que **THOMAS PROSEGUR S.A.**, no podrá contratar personal con otras compañías o entidades que suministren personal temporal.*

“Parágrafo: No obstante la estipulación anterior, la empresa puede solicitar los servicios de entidades del estado, cada uno de éstos servidores no podrán laborar más de un mes continuo en la compañía y en ningún caso podrá laborar más de uno de estos servidores en cada vehículo y su labor en los vehículos blindados será de lunes a viernes”.

De la lectura convencional, en primer lugar, se aprecia que su campo de aplicabilidad es para todo el personal de la demandada en el territorio nacional, por lo que en principio resulta palmario que el actor entraría dentro del marco de aplicación.

En lo que atañe al artículo 5, la Sala debe señalar que el personal que preste sus servicios a la demandada lo debe desarrollar mediante un contrato a término indefinido.

Debe advertirse que la demandada expone en su contestación de demanda que la Convención que se encuentra vigente para el presente asunto, es la suscrita para los años 2015-2019, situación que no se acompasa con la realidad, toda vez que de la Convención 2008-2009 no se evidencia ninguna modificación por lo menos hasta el año 2015, y al haber laborado el actor desde el año 2012, resulta valedera su aplicabilidad en el caso de marras.

Salario:



Se reitera que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 14 de enero de 2013 y el 12 de febrero de 2016, decantando lo siguiente respecto de la remuneración:

_ Conforme se acredita del contrato de trabajo que celebró el demandante con la empresa EMPOSER LTDA. el día 14 de enero de 2013 (Fls. 207 a 2008), con la suscripción se pactó un salario de \$760.000, por lo que será este el tenido en cuenta para todos los efectos.

_ Para los años 2014 y 2015, no se acreditó remuneración alguna, por lo que para los correspondientes años se tendrá en cuenta el S.M.L.M.V.

_ Para el año 2016, a folio 24 obra una certificación fechada el 1º de marzo de 2016, donde EMPOSER LTDA. le comunicó al actor que su salario sería a partir del mes de marzo en la suma de \$1.110.000, por lo que será este último el tenido en cuenta para esa anualidad.

De la Excepción de prescripción.

Advierte la Sala que al haberse celebrado el contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 2013 y el 12 de febrero de 2016, existe prescripción parcial de lo pretendido con anterioridad al 12 de febrero de 2013.

Ello en atención a que, si bien el finiquito sucedió el 12 de febrero de 2016, presentándose la demanda el 1º de noviembre de 2017 como se advierte del Acta individual de reparto (Fl. 179), siendo notificada dentro del término regulado en la ley para su interrupción, por ende no se vería afectado el derecho para reclamar lo pretendido ya que de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T y de la S.S., el ejercicio jurisdiccional se realizó dentro del término trienal. De igual manera, no obra prueba que advierta haber reclamado los derechos convencionales pretendidos con anterioridad al 12 de febrero de 2013.

De los emolumentos convencionales:

Primas extralegales de junio y diciembre.



Pretende el actor el pago de primas extralegales de junio y diciembre, que se encuentran reguladas en el artículo 26 de la Convención, la cual expone:

“Artículo 26.- Primas extralegales de junio y diciembre: La empresa pagará cuarenta y nueve (49) días de salario básico de prima extralegal en el mes de junio, suma que será entregada a cada trabajador en los primeros cinco (5) días del mes de junio de cada año. Así mismo pagará la prima extralegal de diciembre consistente en cincuenta (50) días de salario básico, la cual entregará a cada trabajador en los primeros cinco (5) días del mes de diciembre de cada año.”

Existe prescripción parcial de estas primas con anterioridad al 12 de febrero de 2013, atendiendo el término trienal de prescripción ya que el contrato finalizó el 12 de febrero de 2016, lo que arroja los siguientes conceptos:

PAGO DE PRIMAS EXTRALEGALES DE JUNIO Y DICIEMBRE				
AÑO 2013				
MES	No. DE DÍAS A APLICAR	SALARIO	SALARIO DIARIO	PAGO DE PRIMA
JUNIO	40,28	\$ 760.000	\$ 25.333	\$ 1.020.427
DICIEMBRE	50	\$ 760.000	\$ 25.333	\$ 1.266.667
PAGO DE PRIMAS EXTRALEGALES DE JUNIO Y DICIEMBRE				
AÑO 2014				
MES	No. DE DÍAS A APLICAR	SALARIO	SALARIO DIARIO	PAGO DE PRIMA
JUNIO	49	\$ 616.000	\$ 20.533	\$ 1.006.133
DICIEMBRE	50	\$ 616.000	\$ 20.533	\$ 1.026.667
PAGO DE PRIMAS EXTRALEGALES DE JUNIO Y DICIEMBRE				
AÑO 2015				
MES	No. DE DÍAS A APLICAR	SALARIO	SALARIO DIARIO	PAGO DE PRIMA
JUNIO	49	\$ 644.350	\$ 21.478	\$ 1.052.438
DICIEMBRE	50	\$ 644.350	\$ 21.478	\$ 1.073.917
PAGO DE PRIMAS EXTRALEGALES DE JUNIO Y DICIEMBRE				
AÑO 2016				
MES	No. DE DÍAS A APLICAR	SALARIO	SALARIO DIARIO	PAGO DE PRIMA
JUNIO	11,43	\$ 689.455	\$ 22.982	\$ 262.682
TOTAL A PAGAR				\$ 6.708.931

Se pagará por concepto de primas extralegales de junio y diciembre \$6.708.931, la cual deberá indexarse al momento del correspondiente pago.

Prima de vacaciones.

Se encuentra regulada en el artículo 27 de la Convención, que a la letra reza:

“Artículo 27. – Prima de vacaciones: La empresa reconocerá y pagará a los trabajadores para el primer año de vigencia de la presente convención colectiva la suma de ciento setenta y seis mil pesos m/cte. (\$176.000). Para el segundo año de vigencia de la presente convención, la



anterior suma será incrementada en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) causado, de acuerdo con el informe final del DANE al cierre del año 2008. Esta suma será entregada a los trabajadores, al hacerse acreedores a ésta o proporcionalmente por fracción de año.

Parágrafo: Así mismo hará préstamos a los trabajadores cuando estos salgan a disfrutar de vacaciones por la suma de doscientos cincuenta mil pesos m/cte. (250.000).

Estos préstamos deberán solicitarse con diez (10) días hábiles de antelación y se cancelarán en un plazo máximo de diez (10) meses y no causarán intereses.”

Existe prescripción parcial de estas primas con anterioridad al 12 de febrero de 2013, atendiendo el término trienal de prescripción ya que el contrato finalizó el 12 de febrero de 2016, lo que arroja los siguientes conceptos:

PAGOPRIMA DE VACACIONES					
AÑO	IPC INICIAL	IPC FINAL	PRIMA DE CADA ANUALIDAD	No. DE DÍAS LABORADO	TOTAL A PAGAR POR AÑO
2008	69,79878		\$ 176.000		
2009	69,79878	71,19602	\$ 179.523		
2010	69,79878	73,4538	\$ 185.216		
2011	69,79878	76,19171	\$ 192.120		
2012	69,79878	78,04724	\$ 196.799	348	\$ 190.239
2013	69,79878	79,55965	\$ 200.612	360	\$ 200.612
2014	69,79878	82,46969	\$ 207.950	360	\$ 207.950
2015	69,79878	88,05213	\$ 222.026	360	\$ 222.026
2016	69,79878	93,11285	\$ 234.787	42	\$ 27.391
TOTAL A PAGAR					\$ 848.218

Se pagará por concepto de primas de vacaciones en la suma \$848.218, la cual deberá indexarse al momento del correspondiente pago.

Reliquidación de las cesantías teniendo en cuenta los emolumentos salariales en la Convención, por cuanto los mismos constituyen factor salarial.

Tal pretensión no será de prosperidad, pues revisado el acuerdo convencional, no obra ningún condicionamiento que advierta que los emolumentos de la Convención constituyan factor salarial, máxime si el actor no propuso un argumento que logre advertir una interpretación para sus intereses.

De la sanción por despido sin justa causa regulada en el artículo 7 de la Convención, así como la sanción por despido sin justa causa regulada en el artículo 64 del C.S.T.

El artículo 7 del texto convencional expone:



“Artículo 7. – Despido sin justa causa: En caso de despido de un trabajador sin justa causa, la empresa pagará al mismo tres (3) meses de salario básico para cada año de servicio y proporcionalmente por fracción, como indemnización adicional a la que contempla la ley.”

Respecto a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL2053-2020, Radicación No. 79903 del 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

Al respecto, se aprecia que a folio 213, obra carta de terminación del contrato de trabajo que emitiera EMPOSER LTDA. el 12 de febrero de 2016, mediante la cual dio por terminado el contrato de trabajo del demandante a partir de la calenda ya referida, por lo que en principio se encuentra acreditado el despido.

El argumento del despido se circunscribió a que el día 2 de febrero de 2016, el actor ocasionó daños a la barra de contención de ingreso de la instalaciones del cliente, quien generó queja formal, sumado a que el 6 de febrero del mismo año, incumplió con las disposiciones legales y contractuales y se rehusó a acatar las instrucciones de su jefe inmediato para la prestación de un servicio, hechos reconocidos por el actor en la diligencia de descargos celebrada el 9 de febrero, por lo que violó de manera grave las obligaciones y prohibiciones establecidas en la ley laboral y el contrato de trabajo, siendo motivos suficientes para culminar el vínculo contractual.

Tal motivación, fue justificada con base en lo establecido en el numeral 1º del artículo 58, y numerales 4º y 6º del artículo 62 del C.S.T.

Así las cosas, los descargos efectuados al demandante el día 9 de febrero de 2016 (Fls. 221 a 222), se basaron en el hecho:

“Para escuchar su versión respecto al incidente ocurrido el pasado sábado 6 de febrero de 2016, en el cual usted se rehúsa a realizar un servicio y retoma a la sede para no continuar laborando y manifiesta haber trabajado las 9 horas de jornada; retirándose de la compañía, sumado a



lo anterior, falta el día 2 de febrero en que golpea la barra de contención de ingreso a la compañía averiándola como se le demostró en video”.

En la pregunta No. 2 se le indicó al demandante: “¿Conoce usted los protocolos de seguridad?”, a lo cual respondió “Si señor”; en pregunta No. 3 se le expuso: “¿Porque no cumplió la instrucción asignada el pasado 6 de febrero?”, respondiendo “Fuera de que era mala coordinación, que vaya y vuelva y teniendo él la solución operativa a la mano de evitar otra ruta, más el grado de estrés devolviéndome de una ruta sobre la autopista, me ofusqué y mi decisión no fue salir a ruta en ese estado”.

Luego en la pregunta No. 4 se le expuso: “¿Es consiente usted que comete una falta al desobedecer una orden de su superior jerárquico?”, respondiendo: “No, porque yo le cumplí la orden de ir y volver, pero me ofusqué, y para que salir a ruta así”; en la pregunta No. 5 se le dijo: “¿Si usted le cumplió quiere decir que usted realizó los servicios asignados?”, respondiendo “No, porque me fui para la casa”.

Más adelante, en la pregunta No. 8 se le comunicó al actor: “¿Después de ver el video, es consiente usted que afectó la barra de contención de ingreso?”, a lo cual respondió “Si, pues viendo el video se fue de largo el freno y lo llevé hasta el muro porque estos carros sufren de esto y se debe hacer doble bombeo al freno”; en la pregunta No. 9 se le expuso: “¿Si usted es consiente que el vehículo exige doble bombeo y mayor distancia de frenado, porque no guardó la respectiva distancia?”, contestando “Mandé solo un bombeo y ese fue el problema, porque ya venía encima y la intención fue no fue golpear el aparato este”.

De la lectura de descargos puede concluirse que en efecto al demandante se le endilgaron las justas causas de terminación reguladas en la Ley Laboral, más exactamente la del numeral 1º del artículo 58 y numerales 4 y 6 del artículo 62 del C.S.T.

Loa anterior, por cuanto una de sus obligaciones como trabajador era realizar personalmente la labor, junto con el acatamiento y cumplimiento de las órdenes dadas por el empleador según los preceptos del numeral 1º del artículo 58 del C.S.T., situación que no llevó a cabo pues de los descargos se aprecia que por una presunta desorganización del empleador y que no está



acreditada al plenario, decidió no salir a ruta como así lo aceptó el mismo demandante, trasladándose incluso a su lugar de vivienda.

De otra parte, lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 62 del C.S.T. también se acompasa al especialísimo caso del señor HAMINTON MAURICIO CEDEÑO LÓPEZ, en tanto causó un daño material a la encartada al haber averiado la barra de contención del ingreso de las instalaciones como consecuencia de un actuar inadecuado con el vehículo que tenía a su cargo, de ahí que haya estado incurso en lo regulado en el numeral 6º del ya referido artículo 62.

Significa lo expuesto, que el despido del actor se adecuó a los postulados laborales en lo que concierne a las obligaciones que éste tenía para el desempeño de su cargo, que como y se expuso, fue él quien sostuvo su incumplimiento, por lo que no hay lugar a la condena por la sanción por despido sin justa causa dispuesta en el artículo 64 del C.S.T., ni a la regulada en el artículo 7 de la Convención Colectiva de Trabajo, como quiera que para su aplicación debió acreditarse que el despido no fue ajustado a derecho, tópico que no se demostró conforme a lo expuesto.

De la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales regulado en el artículo 65 del C.S.T.

Tampoco habrá lugar a esta prestación, toda vez que no fue objeto de reproche que la demandada aparte de los beneficios convencionales adeudara pago alguno por concepto de salarios y prestaciones sociales. También debe tenerse en cuenta que, si bien con la presente decisión se están reconociendo algunos beneficios convencionales, como ya se adujo, estos no constituyeron factor salarial.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia se revocará conforme a los argumentos expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primer grado correrán a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN



En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante señor HAMINTON MAURICIO CEDEÑO LÓPEZ y la demandada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 2013 y el 12 de febrero de 2016.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., a reconocer y pagar por concepto de primas extralegales de junio y diciembre, y prima de vacaciones reguladas en los artículos 26 y 27 de la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 suscrita entre la demandada y el Sindicato SINTRAVALORES, las siguientes sumas:

- a) Por concepto de primas de junio y diciembre para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 la suma de \$6.708.391, valor que deberá cancelarse debidamente indexado al momento del correspondiente pago.
- b) Prima de vacaciones para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 la suma de \$848.218, valor que deberá cancelarse debidamente indexado al momento del correspondiente pago.

CUARTO: ABSOLVER a COMPAÑÍA TRANSPORTADORA VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. de las demás pretensiones formuladas en su contra.

QUINTO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción.



SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo de la parte demandada.

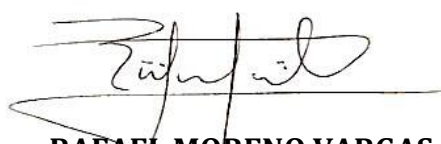
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral **1100131050 27 2018 00238 01**
Demandante: ALFREDO LOMBANA VANEGAS
Demandado: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida por el 24 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Alfredo Lombana Vanegas*, formuló demanda ordinaria en contra de la *Federación Nacional de Cafeteros*, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la encartada por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2008 y el 31 de enero de 2018, el cual culminó de manera injusta por la pasiva.

Por consiguiente, se condene a la demandada a reintegrarlo en el mismo cargo que tenía cuando fue despedido de manera unilateral y sin justa causa, o a uno de iguales o mejores condiciones dentro del Distrito de Guadalupe – Honduras, dependencia del Comité Departamental de Cafeteros del Huila, con la correspondiente liquidación y pago de salarios dejados de percibir, incluidos los aumentos legales, convencionales o empresariales, primas extralegales de servicios de carácter convencional, primas de vacaciones de carácter convencional y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.



En forma subsidiaria, solicita la reliquidación de las cesantías definitivas, intereses a las cesantías, sanción por la no cancelación oportuna de los intereses a las cesantías, primas extralegales de junio y diciembre de cada año acordadas en las Convenciones Colectivas de Trabajo y correspondientes al período de los tres últimos años de servicios, más las primas de vacaciones convencionales, indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del C.S.T., sanción por la no consignación de las cesantías y la indemnización por despido unilateral e injusto contemplado en el artículo 4º de la Convención Colectiva de Trabajo de 1984 y el artículo 3º de la Convención Colectiva de Trabajo de 1982 que suscribiera la demandada con el sindicato SINTRAFEC debidamente indexado.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que existió un contrato de trabajo con la demandada que inició a término fijo el día 1º de febrero de 2008 y culminó siendo a término indefinido el 31 de enero de 2018, el cual se renovó en varias oportunidades.

Que el contrato de trabajo a término fijo se tornó indefinido, conforme se dispuso en la Cláusula Octava de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976, suscrita entre la *Federación Nacional de Cafeteros* y el sindicato de trabajadores denominado SINTRAFEC.

Seguidamente, mencionó que el cargo desempeñado fue el de Extensionista, en el Comité Departamental de Cafeteros del Huila, siendo su sede de trabajo en el Municipio de Guadalupe – Huila, devengando un último salario de \$2.864.419. Que la Convención Colectiva de Trabajo de 1974 en su artículo 29 dispone a los trabajadores beneficiarios una prima semestral de servicios para el mes de junio de cada año, y la Convención Colectiva de Trabajo de 1996 en su artículo 9º, regula una prima de vacaciones por cada año de servicios y un carácter salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, sin que la demandada haya cancelado tales rubros en su totalidad durante los últimos tres años de servicios.

Que la encartada durante los últimos tres años no consignó en el correspondiente fondo el valor real de cesantías, al igual que es beneficiario de



las prestaciones acordadas en las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la demandada y el sindicato SINTRAFEC de los años 1974, 1976, 1978, 1980, 1982, 1984, 1988, 1990, 1992, 1994, 1996 y 1998.

Finalmente, refiere que por contar con más de ocho años de servicios al 31 de diciembre de 2006, es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo de 1982, y por ende, tiene derecho al reintegro y/o el pago de la indemnización.

Reforma de la demanda:

El demandante reformó la demanda, en la que en síntesis expuso respecto de las funciones del cargo de Extensionista, como un trabajador imprescindible y permanente para el cabal cumplimiento del objeto social y las funciones de la Federación Nacional de Cafeteros, ya que tiene presencia en 21 Departamentos cafeteros del país y está constituido por cerca de 1450 colaboradores, tanto así, que al finiquito del vínculo fue reemplazado por otro Extensionista.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Federación Nacional de Cafeteros* se opuso a la prosperidad de las pretensiones, mencionando que el vínculo contractual celebrado con el demandante fue a término fijo el día 1º de febrero de 2008, el cual feneció el 31 de enero de 2018 por una causa legal como lo fue la expiración del tiempo pactado establecida en el literal c) del artículo 5 de la Ley 50 de 1990.

En lo relativo al reintegro pretendido y a la forma de terminación del contrato de trabajo a término fijo, expuso que ya existe pronunciamiento por parte de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, que trató el tema y se concluyó que no era procedente el mencionado reintegro, aunado a que, durante toda la vigencia de la relación laboral, al actor se le canceló la totalidad de los conceptos a que tuvo derecho, incluyendo los emolumentos de carácter convencional.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, pago y compensación, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, cosa juzgada, y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020, condenó a la demandada a pagar a favor del actor las primas extralegales de junio y diciembre debidas en la suma de \$6.614.320, prima de vacaciones convencionales por valor de \$11.237.282, reliquidación de cesantías e intereses en cuantía de \$4.359.588.

Absolvió de las demás pretensiones a la encartada, por lo que declaró probadas las excepciones de cosa juzgada y buena fe, parcialmente probadas las de prescripción y pago y compensación, y como no probadas las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar se pronunció sobre la excepción de cosa juzgada solicitada por la pasiva, última quien la argumentó bajo el entendido que ya existe pronunciamiento sobre las pretensiones por parte del Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de octubre de 2008 dentro del proceso de Fuero Sindical No. 2018-00126, la cual fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 9 de noviembre de 2018, pretensiones encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes que culminó unilateralmente por la *Federación Nacional de Cafeteros* sin justa causa, y como consecuencia de la aplicación de una cláusula convencional, se condene a reintegrar al actor al cargo que ocupaba al momento del despido, o a otro de igual o superior jerarquía, junto con los salarios dejados de percibir, incluidos todos los aumentos legales, convencionales y empresariales de carácter general ocurridos entre la fecha del despido y la fecha en que se haga efectivo el reintegro.

Al respecto, refirió que de conformidad con lo establecido en el artículo 303 del C.G.P., dentro del expediente digital obra copia de la sentencia de segunda Instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de calenda 9 de noviembre de 2018, la cual confirmó la de primera Instancia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del Proceso especial de Fuero Sindical No. 2018-00126.



Una vez analizadas las decisiones ya enunciadas, concluyó que, si bien es cierto que el proceso cursado en el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, y confirmado por este Tribunal fue un proceso especial de Fuero Sindical – Acción de Reintegro, las dos autoridades jurisdiccionales analizaron la aplicación de la misma disposición convencional que se invocó en la demanda con la que se inició el proceso que aquí nos ocupa, y la naturaleza del contrato de trabajo que vinculó al actor con la pasiva, para concluir que el vínculo del demandante fue a término fijo y finalizó por el vencimiento del plazo mínimo pactado, de ahí que la *a-quo* haya probado la excepción por existir identidad jurídica de partes, de objeto y causa entre las pretensiones que ya fueron decididas en el proceso especial de Fuero Sindical.

De otra parte, expuso que el 8 de abril de 2017, el demandante se afilió a la Asociación Sindical SINTRAFEC, y el 23 de abril de 2017 a la organización sindical SINTRAINDUSCAFÉ, efectuándosele descuentos por aportes a dichas organizaciones a partir del mes de abril y mayo de dicha anualidad y hasta la fecha de finalización de su contrato, así como que el sindicato SINTRAFEC se tornó en minoritario a partir del mes de marzo de 1988, fecha para la cual la Convención Colectiva de Trabajo solamente benefició a los trabajadores afiliados a SINTRAFEC, por lo que ninguna de las convenciones suscritas con posterioridad a 1984, modificó el artículo 16 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 10 de octubre de 1984, según se verifica de los textos de las mismas.

Que dentro del plenario, obra una circular del 31 de mayo de 1988 suscrita por el entonces Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros, en la que se puso en conocimiento de los empleados no afiliados a SINTRAFEC la firma de la Convención Colectiva de Trabajo con esa organización el 29 de abril de 1988, comunicándoseles que la aplicación de la misma, sería únicamente para los empleados afiliados al sindicato, por cuanto SINTRAFEC se había convertido en un sindicato minoritario.

Concluyó entonces, que el demandante tiene derecho a la aplicación de los beneficios convencionales suscritos entre la demandada y SINTRAFEC, sin importar si durante la vigencia de la relación laboral ostentó la calidad de afiliado o no ante la referida organización sindical, en atención a que, desde la



Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 19 de septiembre de 1974, se dejó expresa la voluntad de extender a todos los trabajadores de la demandada las prerrogativas que allí se indicaran, circunstancia que sigue vigente, pues con el transcurso del tiempo tal convenio no ha sido modificado ni sustraído de común acuerdo entre los firmantes de las sucedáneas convenciones.

Puntualizó que atendiendo los postulados jurisprudenciales de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de que SINTRAFEC se hubiese convertido en un sindicato minoritario en el año de 1988, tal aspecto no repercutió en la aplicación de los beneficios convencionales a los trabajadores no sindicalizados, ya que la extensión de la misma fue pactada de mutuo acuerdo entre las partes, por lo que continuó surtiendo plenos efectos, ni tampoco se modificó la cláusula que se extendió a los trabajadores no sindicalizados sin condicionamiento alguno.

En virtud de dicha conclusión, asentó que el actor era beneficiario de las primas extralegales de servicios de junio y diciembre, las cuales fueron establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada el 29 de septiembre de 1974, pero únicamente de las causadas con anterioridad a los tres años anteriores a la fecha de presentación de la demanda por la figura de la prescripción, reconociendo las de junio y diciembre de 2015 por la suma de \$3.147.000 y las de junio y diciembre de 2016 en la suma de \$3.367.320.

En cuanto a las primas de junio y diciembre de 2017, no fulminó condena sobre las mismas toda vez que la demandada acreditó el correspondiente pago, misma situación que ocurrió con las del año 2018.

Frente a las primas convencionales de vacaciones dispuestas en la cláusula novena de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada el 19 de junio de 1996, expuso que el actor también era beneficiario, de ahí que hubiese hecho uso de lo regulado en la Convención Colectiva de Trabajo de octubre de 1984 en su artículo 10 que consignó la forma de liquidarlas, por lo que atendiendo la prescripción, decidió que eran objeto de pago las del año 2015 en la suma de \$5.428.639, el año 2016 en la suma de \$5.808.640, sin fulminar condena para los años 2017 y 2018 por haberse demostrado por la encartada el correspondiente pago.



En lo que concierne a la reliquidación de cesantías definitivas e intereses a las cesantías, indicó ser claro que entre las partes se pactó expresamente que el beneficio convencional de la prima de vacaciones constituía factor salarial, por lo que condenó a la demandada a reliquidar estos factores incluyendo para su cálculo los montos adeudados por concepto de prima de vacaciones convencional de los tres últimos años laborados, teniendo en cuenta que si bien es cierto las cesantías se causaron a la fecha de finalización del contrato de trabajo, dentro del plenario solamente se contó con prueba documental que permitió verificar las cesantías consignadas al fondo respectivo solo de los tres últimos años laborados; circunstancia por la cual, adujo que para las cesantías del año 2015 debía cancelarse un monto de \$2.812.664 y por concepto de intereses a las cesantías \$337.519, para el año 2016 debía cancelarse por cesantías \$3.009.550 y por intereses a las cesantías \$361.146, para el año 2017 por cesantías debía cancelarse \$3.220.219 y por intereses a las cesantías \$386.426 y para el año 2018 debía cancelarse por cesantías \$284.452 y por intereses \$2.683, y en virtud a que la demandada demostró haber cancelado las sumas que creía deber por estos conceptos, estableció la *a-quo* que la accionada quedó adeudando como diferencia en el pago de cesantías e intereses de las mismas la suma de \$4.359.588.

No condenó a las indemnizaciones moratorias del artículo 65 del C.S.T. y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues como lo refirió la demandada, este es un asunto que aún no se ha definido por la jurisdicción y existen conceptos jurídicos explicados por diferentes autoridades jurisdiccionales en distintos sentidos, de manera que la razón para que la encartada no hubiese aplicado la Convención durante el tiempo total del contrato de trabajo del actor, no fue porque hubiese existido mala fe.

En lo que atañe al pago de la seguridad social integral, no advirtió específicamente cuál era la solicitud formulada por el demandante, pues no fue claro si su pretensión se formuló como una consecuencia del reintegro o como una reliquidación de los aportes al sistema de seguridad social, situación por la que absolvió sobre este punto pretendido.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Solicita la revocatoria proferida por la falladora de instancia en lo que atañe a la negativa de declarar el pago en su totalidad de las condenas relacionadas con las primas extralegales de servicios y de vacaciones, junto con la reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías.

Igualmente solicita que no se declare probada la excepción de cosa juzgada ni la de buena fe. Frente a la primera expuso que de conformidad con lo establecido en el artículo 303 del C.G.P., para que prospere tienen que existir tres elementos como lo son la identidad de objeto, de causa y de partes, elementos que no se constituyeron dentro del proceso de Fuero Sindical con radicación No. 2018-00126, ya que lo único que allí se demuestra es la identidad de partes.

Que no es el mismo objeto por cuanto el proceso sindical es un asunto de reintegro o declaratoria de fuero, y las pretensiones son consecuencia de la declaratoria inicial de ese fuero sindical, por lo que no se pueden entender como idénticas a las solicitadas dentro del presente asunto, sin que la causa tampoco sea la misma toda vez que el titular de esa acción es la organización sindical y por ende, se deriva del derecho de organización sindical, y no del derecho individual ya que aquí se instaura como trabajador, por lo que en esta instancia se debe analizar en su totalidad el *petitum*.

En relación con la declaratoria de buena fe, sintetizó que como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el actuar de la encartada no puede considerarse como de buena fe, pues mal puede decirse que cuando ocurre una situación de las mismas características de reclamación de derechos por parte de trabajadores vinculados a la empresa, siempre se ha concluido que es deber de la Federación Nacional de Cafeteros no desconocer los derechos convencionales y por consiguiente proceder con los respectivos pagos, y como quiera que es en este proceso que se reconocen los rubros, es notoria la mala fe que envuelve a la accionada, lo que conlleva a que sean prósperas las indemnizaciones del artículo 65 del C.S.T. y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Que con ocasión a la absolución por los aportes a la seguridad social, debe ordenarse el pago de los factores salariales que no fueron incluidos



oportunamente en los distintos aportes y relacionados con las primas semestrales de servicios y con la prima de vacaciones, ambas de carácter convencional por entenderse como factores salariales.

Adujo también, que las Convenciones Colectiva de Trabajo son fuentes de derecho, por lo que se deben atender en el respectivo orden en que fueron formuladas en el *petitum*.

Por tu parte, la demandada señaló en la alzada que no se le debe condenar por los emolumentos convencionales, ya que el Sindicato del cual se deriva la aplicación de los beneficios, esto es, SINTRAFEC, desde el año de 1988 es un sindicato minoritario, por lo que de conformidad con lo establecido en el C.S.T., la Convención Colectiva de Trabajo no es aplicable a la totalidad de los trabajadores, ya que con posterioridad a la calenda enunciada, el sindicato tenía menos de la tercera parte de los afiliados de la empresa, aspecto legal que prohíbe la aplicación convencional.

De otro lado, expuso que si lo que se discute es que existe una cláusula convencional que contenía dicha prerrogativa, lo cierto es que deben analizarse todos los textos convencionales en su integridad, lo que demuestra que la cláusula convencional objeto de reproche únicamente se encontraba en las convenciones anteriores al año de 1988 cuando por ministerio de la ley se extendía automáticamente, de lo que se entiende, que esta cláusula no era más que el reflejo de la extensión legal, por lo que, al tornarse minoritario el sindicato, fueron las mismas partes quienes dispusieron su inaplicabilidad, como quiera que en las posteriores suscripciones convencionales y contrario a lo indicado por la *a-quo*, nunca existió una extensión automática a los trabajadores de la empresa, sino que por el contrario, las convenciones 1974, 1976, 1978, 1980, 1982, 1984, 1988, 1990, 1992, 1994, 1996 y 1998 lo que contenían era un conjunto de cláusulas que diferenciaba dos regímenes laborales coexistentes al interior de la empresa, uno para los trabajadores afiliados a la organización sindical SINTRAFEC o que expresamente se hubiesen acogido al régimen de la misma, y otros para los demás trabajadores de la empresa, pues la aplicabilidad se entiende como tácita conforme lo ha manifestado en varias ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.



Que debe tenerse en cuenta, que desde el 2008, fecha en que el actor se vinculó laboralmente con la empresa, y hasta el año 2017, calenda en que culminó el vínculo contractual, nunca demostró su interés de afiliarse a la organización sindical, ni de acogerse al régimen convencional aplicable.

A unísono argumentó que en caso de resultar prósperas las condenas de primer grado, existe inconformidad respecto de la forma en que se liquidó la prima extralegal de vacaciones y la reliquidación ordenada. Frente a la prima extralegal de vacaciones, porque se tomó de manera pura y simple el valor que se debió liquidar para los años 2015 y 2016, pero desde el mes de abril de 2017 se le reconoció y canceló al actor la totalidad de acreencias laborales conforme al régimen convencional aplicable a los trabajadores afiliados a SINTRAFEC, y como bien se sabe, este emolumento se causa al momento en que se disfruten efectivamente las vacaciones, es decir que no se causan año cumplido – año pagado, sino una vez la persona decida disfrutar del periodo de vacaciones causado, y es en ese preciso momento en que se cancela esa prima de vacaciones, por lo que parte de las vacaciones causadas en los años 2015 y 2016 que se ordenaron pagar en primera instancia, fueron pagadas con posterioridad a la afiliación en abril de 2017, y por consiguiente, esos valores deben ser excluidos de condena, pues de no hacerse se estaría incurriendo en un doble pago.

Finalmente, frente a la reliquidación de prestaciones sociales y de cesantías e intereses a las cesantías, aduce que existe un pacto posterior celebrado entre las partes al de la cláusula convencional, el cual es el contrato de trabajo suscrito el 1º de febrero de 2008, en el que expresamente sea acordó modificar el alcance de esa cláusula en el sentido que no constituía factor salarial conforme a lo establecido en lo establecido en el artículo 128 del C.S.T.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología para resolver los reproches de alzada por ambas partes, en primer lugar, se auscultará si la excepción de cosa juzgada formulada por la Federación Nacional de Cafeteros, o si por el contrario, es procedente el estudio de la totalidad de ellas conforme lo alegado por el demandante.

Como segundo problema jurídico, se habrá de determinar si al aquí demandante le asiste el derecho a que le sean aplicados los beneficios convencionales pretendidos, esto es, las primas extralegales de junio y diciembre, así como la prima de vacaciones, última que también comprende la reliquidación de prestaciones sociales, pues la pasiva ajusta su reproche en el hecho que los mismos no se extendieron para su aplicabilidad.

De prosperar los beneficios convencionales, la Sala se adentrará a establecer si la condena impuesta por concepto de prima extralegal de vacaciones y por consiguiente la reliquidación de prestaciones sociales efectuada por la *a-quo*, se encuentra ajustada a derecho, conforme a los argumentos expuestos por la demandada en su apelación.

De igual manera analizar la prosperidad de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. por el no pago oportuno de la totalidad de prestaciones sociales, y la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo como lo preceptúa el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Por último, se realizará un estudio de la procedencia de los pagos por concepto de aportes a seguridad social.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre el demandante señor *Alfredo Lombana Vanegas* y la *Federación Nacional de Cafeteros* existió una relación laboral por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2008 y el 31 de enero de 2018, en virtud de la cual se desempeñó en el cargo de Extensionista, prueba de ello lo es la suscripción del contrato de trabajo a



término fijo, la carta de terminación del vínculo adiada el 27 de noviembre de 2017 en la cual se comunicó la decisión de no prorrogar el contrato, y la liquidación final de prestaciones sociales (Fls. 364 a 366, 382 y 385).

De la excepción de cosa juzgada formulada por la Federación Nacional de Cafeteros:

La demandada funda la procedencia de esta excepción respecto de las pretensiones 1º, 2º, 3º, 4º y 9º de la demanda, que se encaminan a las siguientes solicitudes:

***“1. DECLARAR** que entre el señor ALFREDO LOMBANA VANEGAS y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, existió contrato de trabajo a término indefinido, que se ejecutó entre el 1º de febrero de 2008 y el 31 de enero de 2018.*

2. Que dicho contrato de trabajo fue terminado intempestivamente por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en forma unilateral, ilegal e injusta.

Que como consecuencia de la anterior declaración:

***3. Se conde** a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, a reintegrarlo al mismo cargo que tenía en el momento que fue despedido de modo unilateral, ilegal y sin justa causa, o a uno de iguales o mejores condiciones laborales, dentro del Distrito Guadalupe – Honduras, dependencia del Comité Departamental de Cafeteros del Huila, dependencia administrativa de la demandada.*

4. A liquidarle y pagarle el valor de los salarios dejados de percibir, incluidos todos los aumentos legales, convencionales o empresariales de carácter general, ocurridos entre la fecha del despido y la fecha en que se haga efectivo el reintegro.

9. Declarar que por efectos del reintegro, en el contrato de trabajo, no existió solución de continuidad.

Lo anterior, por cuanto respecto de estas pretensiones ya existe pronunciamiento de fondo por parte de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, las cuales hicieron tránsito a cosa juzgada, pues mediante fallo del 16 de octubre de 2018, proferido en el marco del proceso promovido por el aquí accionante, y tramitado en Primera Instancia por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2018-00126, como extremo pasivo fue absuelto de tales pretensiones, decisión que se confirmó por este Tribunal en sentencia del 9 de noviembre de 2018.



Para desatar la controversia, es necesario acudir a lo establecido en el artículo 303 del C.G.P., norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., consagrando la primera norma el fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. *La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.

Frente a dicha institución, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho entre otras, en sentencias SL8658-2015, Radicación No. 54726 del 24 de junio de 2015, rememorada en la sentencia SL1303-2018, Radicación No. 61377 del 25 de abril de 2018 que:

“[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias”.

En punto de lo anterior, para resolver si la excepción está llamada a prosperar, se pasa a analizar si los elementos que la configuran se encuentran presentes.



Conforme se advierte de las pruebas digitales arrimadas en medio magnético visible a folio 435, obra la sentencia proferida por esta Corporación de calenda 9 de noviembre de 2018 dentro del proceso de Fuero Sindical – Acción de Reintegro, cuyo accionante es el señor *Alfredo Lombana Vanegas* y demandada la *Federación Nacional de Cafeteros*, que advierte que las súplicas allí dispuestas, se encaminaron a **1)** declarar que la pasiva dio por terminado su contrato de trabajo unilateral, por tanto, **2)** se condene a reintegrarlo al cargo que ocupaba al momento del despido o a otro de igual o superior jerarquía, **3)** pago de salarios dejados de percibir desde el despido y hasta el reintegro, junto con las prestaciones causadas y los aportes a seguridad social integral, y **4)** se declare que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio.

En dicha sentencia, se describen las motivaciones por las que el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la *Federación Nacional de Cafeteros* de las súplicas de esa acción; en tal sentido expuso el Juzgado que el contrato que ató a las partes era a término fijo, que fue prorrogándose en varias oportunidades, último con duración de un año y fecha de vencimiento el 31 de enero de 2018; que las Convenciones Colectivas de Trabajo posteriores a la de 1976 no se refieren a la mutabilidad del contrato de trabajo a término fijo en contrato de trabajo a término indefinido; que la cláusula que hablaba de la mutabilidad en la Convención Colectiva de Trabajo de 1976 fue modificada posteriormente por la Convención de 1982 y 1984, las que no tuvieron intención de incluir el concepto de estabilidad laboral; que se suprimió de las convenciones la posibilidad de variar la naturaleza jurídica del contrato; que al momento de la vinculación del trabajador la Convención Colectiva de Trabajo de 1976 ya había sido modificada, por lo que no existía la posibilidad de que el contrato de trabajo a término fijo se convirtiera en indefinido; que el contrato a término fijo, se dio por terminado por el vencimiento del término inicialmente pactado, cumpliendo el empleador con la notificación previa de la no prórroga del contrato con no menos de 30 días, comunicándole el 27 de noviembre de 2017 la fecha de terminación del contrato conforme a lo pactado, sin la obligación de iniciar un proceso de levantamiento de fuero sindical, o autorización para despedir al trabajador, por la naturaleza del contrato, aspectos todos por los que absolvió a la accionada.



De otra parte, la Corporación decidió confirmar la sentencia del Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, por cuanto concluyó que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la *Federación Nacional de Cafeteros* y SINTRAFEC en el año 1976, que dispuso que todo trabajador de contrato a término fijo de un año de servicios continuo sería vinculado como trabajador permanente con contrato de tiempo indefinido, no se hizo extensiva con las demás convenciones suscritas en el tiempo, atendiendo los postulados jurisprudenciales esbozados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que no se encontraba vigente.

Concluyó también, que aun cuando el demandante gozaba de la garantía de fuero sindical, no era posible entender que el finiquito laboral devino en despido, es decir, que surgió de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador, en la medida en que el mismo acreditó el cumplimiento de los requisitos para la terminación del contrato de trabajo por expiración del plazo pactado, que por tratarse de una causa legal de terminación distinta al despido, se tornó en innecesaria la autorización del Juez Laboral.

De las decisiones referidas, la Sala habrá de confirmar la declaratoria del medio exceptivo de cosa juzgada decidido por la falladora de instancia, pues como ya se señaló, ambas autoridades jurisdiccionales analizaron la disposición regulada en la Cláusula Octava de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año de 1976 concerniente a la estabilidad laboral, y que el actor discute como pilar para el reintegro pretendido en esta demanda, donde claramente quedó asentado que la misma no se podía entender habilitada para su aplicabilidad en el transcurrir del tiempo.

Como consecuencia de lo anterior, se dispuso en mismo sentido, que la terminación del vínculo contractual fue justo, en razón a que no se podía catalogar de la interpretación de la Cláusula de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976, una mutación del contrato de trabajo de término fijo a indefinido que finalizó como consecuencia del plazo pactado; circunstancia por la cual, es palmario que lo que se dispuso en la demanda de Fuero Sindical – Acción de Reintegro, se constituyen en las mismas pretensiones que se alegan en esta demanda como procedencia del medio exceptivo.



De llegarse a decidir nuevamente esos presupuestos, y como lo sostuvo la *a-quo*, implicaría desconocer el principio de seguridad jurídica; por ello, siguiendo los criterios del artículo 303 del C.G.P., se presentan los tres requisitos de esta figura exceptiva, como lo son la identidad de partes, objeto y causa conforme a lo expuesto, recalándose que no le asiste derecho al argumento de la parte demandante en el hecho de que lo que allí se discutió fue dentro de un asunto de carácter sindical y no de derecho individual, ya que el fin de las pretensiones es el mismo en ambos procesos, que es el reintegro por situaciones de índole convencional, y a su vez prerrogativas derivadas de la misma, iterándose que fueron idénticas partes los protagonistas de la litis.

Esto conlleva a que la pretensión 17 subsidiaria, tampoco se analice en este asunto, ya que se encamina al pago de la indemnización del despido sin justa causa, terminación que como y se enunció, acaeció en virtud de la extinción del plazo pactado.

Del reconocimiento y pago de las prestaciones y salarios contenidos en las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la Organización Sindical SINTRAFEC y la *Federación Nacional de Cafeteros de Colombia*

Para lo respectivo, es menester exponer que en el artículo 33 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1974 (Fls. 79 a 113), replicada en la cláusula 31 de la Convención de 1976 (Fls. 124 a 164), y en el artículo 16 de la Convención de 1984 (Fls. 21 a 37), que por demás gozan de la respectiva constancia de depósito se refirió:

“La presente Convención Colectiva de Trabajo será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A., en las condiciones y términos aquí indicados.

A los trabajadores no sindicalizados que se benefician total o parcialmente de la Contratación Colectiva, (Convenciones Colectivas de Trabajo y Laudos Arbitrales), se les harán, con destino a Sintrafec, las retenciones que autorice la Ley y esta Convención”.

Obran igualmente las Convenciones Colectivas de Trabajo que suscribieran SINTRAFEC y la *Federación Nacional de Cafeteros de Colombia* con posterioridad al año de 1984, esto es, las de 1986, 1988, 1990, 1992, 1994 y 1998 (Fls. 277 a 286, 32 a 36, 38 a 44, 45 a 58, 59 a 65 y 254 a 264), que en



nada advierten que se hubiese efectuado modificación alguna del enunciado artículo 16 de la disposición Convencional de 1984.

En iguales términos, se estipuló en cláusula trigésima primera de la Convención de 1976, artículo 33 de la Convención Colectiva de 1978, artículo 28 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1980, artículo 27 de 1982, artículo 16 de 1984, *“quedan vigentes los acuerdos celebrados en las etapas de arreglo directo y mediación, entre las empresas Federación de Cafeteros y Almacafé S.A, y el sindicato nacional de trabajadores “Sintrafec”, que no se modifiquen por este laudo”*.

Ahora bien, uno de los puntos de reproche de alzada por la pasiva, es que a partir del mes de marzo de 1988, el sindicato SINTRAFEC se tornó en minoritario, por lo que, desde dicha calenda la Convención únicamente beneficia a los trabajadores afiliados al sindicato, aspecto que se corrobora con la certificación que emitiera la pasiva el 22 de abril de 2019 (Fl. 396), y que a su vez se acompasa con la comunicación que emitiera la misma parte demandada a sus empleados por intermedio de su Gerente General el 31 de mayo de 1988 (Fls. 436 a 437).

De conformidad con lo enunciado, de entrada, advierte la Sala que la decisión de primer grado sobre la aplicabilidad de los beneficios convencionales habrá de confirmarse.

Esto en atención a que fue expresa la voluntad de las partes suscribientes de dicho convenio colectivo de dar continuidad a todas los beneficios, prerrogativas y derechos que no se hubieran regulado, modificado o derogado de manera expresa en el nuevo contrato colectivo de 1988, tal y como se estipuló en artículo 13 del clausulado convencional, al precisarse que: *“Continuarán vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogados, modificados o sustituidas por la presente convención colectiva”*.

Bajo este derrotero, si bien es cierto, en principio la Convención Colectiva de Trabajo, dada su naturaleza consensual sólo tiene efectos inter partes, de modo que sólo obliga a quienes hayan intervenido en su suscripción, las normas especiales laborales trascienden al principio de relatividad



contractual que impera en las leyes comunes, al establecerse en el artículo 471 del C.S.T, que en aquellos casos donde la convención colectiva sea suscrita por un sindicato mayoritario, es decir, aquél que agrupe más de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las prerrogativas convencionales se extenderán a todos los trabajadores de la misma.

Asimismo, vía jurisprudencial también se ha pregonado que en el proceso de la negociación colectiva las partes involucradas, de manera libre y voluntaria pueden acordar que las prerrogativas convencionales se extiendan a aquellos trabajadores no pertenecientes a la organización sindical, pues lo que se busca a través de las convenciones colectivas es proteger las garantías y derechos mínimos que el régimen laboral reconoce al trabajador, y en esa medida, como lo que se busca con dicho consenso es expandir el campo de aplicación de dichos privilegios más beneficiosos que los otorgados por la Ley, resulta plenamente válido y acorde con el ordenamiento jurídico.

Es así, que al ser la convención colectiva un mecanismo de autocomposición entre las partes, a través de la cual se fijan las condiciones en las que ha de desarrollar la relación laboral, y como quiera que son las mismas partes quienes fijan el alcance y contenido de las normas que contienen sus consensos, es lógico que deba mediar un acuerdo expreso que decida finalizar el compromiso contraído, de modo que para el caso particular de las convenciones colectivas, y por ende, de su clausulado, se entiende que perdura su vigencia hasta tanto no sea reemplazada o sustituida por una nueva, o sea derogada expresamente.

Al respecto, conviene destacar que de conformidad con lo establecido en los artículos 478 y 479 del CST, los acuerdos colectivos previo el lleno de los requisitos legales para que nazca a la vida jurídica, mantienen su vigencia bajo la denominada *prórroga automática*, hasta que no sea denunciada la convención por las partes y se firme una nueva, y en esa medida, se debe suponer siempre la vigencia de una convención como de sus estipulaciones, hasta tanto no se demuestre que la referida convención, o algunas de sus cláusulas, fue sustituida por una nueva que la modifique o extinga.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación No. 37478 del 7 de julio de 2010, resolvió un



asunto de similares condiciones en el que se realizó un análisis sobre la extensión de los beneficios convencionales, ya que la aquí demandada pretendía la derogatoria tácita de estos, último argumento que también fue suscitado en el recurso de alzada. La Alta Corporación sostuvo:

“Desde luego, plasmada en el contrato colectivo la voluntad de los contratantes, no es dable jurídicamente que uno de ellos unilateralmente decida desconocer lo pactado. Ese contrato, que le dio vida a la obligación, continúa rigiéndola hasta cuando por uno de los eventos señalados en la ley, entre ellos el acuerdo de las partes, se decida finiquitarla.

“Es necesario poner de presente también, que del contrato colectivo de trabajo se ha dicho que es una institución sui generis, pues si bien tiene origen contractual y se rige en principio por las normas que regulan las obligaciones y los contratos, igualmente tiene unas particularidades o características que le son propias y los hacen diferentes de los contratos comunes. Una de ellas, tiene que ver precisamente con su vigencia en tanto rige hasta cuando sea reemplazada por una nueva.

“(…)

“Para el asunto bajo examen, las orientaciones transcritas tienen perfecta aplicación, en tanto no discute la censura que en el artículo 3º de la convención colectiva 1982-1984, la demandada se comprometió a aplicar los beneficios en ella contemplados a todos sus trabajadores, el cual no fue derogado ni expresa ni tácitamente por las convenciones posteriores que suscribió”.

Esta extensión de beneficios convencionales por parte de la *Federación Nacional de Cafeteros de Colombia*, la Corte Suprema de Justicia la ha venido sosteniendo en distintas decisiones tales como las sentencias 36054 del 1 de marzo de 2011, SL6231-2016, Radicación No. 42219 del 11 de mayo de 2016, SL19487-2017, Radicación No. 62982 del 22 de noviembre de 2017, SL5385-2018, Radicación No. 68422 del 10 de diciembre de 2018, SL327-2018, Radicación No. 55436 del 20 de febrero de 2018, SL4613-2019, Radicación No. 53842 del 29 de octubre de 2019, entre otras, que reiteraron tal criterio.

Tampoco puede afirmarse que haya una derogación tácita de la cláusula de extensión a terceros, por el hecho de que se haya pactado en las convenciones colectivas de los años 1996 y 1998, que *“los aumentos que se pacten para los trabajadores beneficiados por la Convención Colectiva de Trabajo no podrán ser inferiores en un futuro a los incrementos generales que se determinen para el personal que no se rija por la Convención Colectiva”*, pues si la intención de las partes, fuera significar que con ello se eliminó la aludida extensión, se hubiese



indicado de manera puntual que se refería al personal no afiliado o sindicalizado, habida cuenta que en las diversas convenciones colectivas se ha pactado en cada una de ellas la continuidad de estipulaciones contenidas en anteriores convenciones.

En tal sentido, en las interpretaciones relativas al campo de aplicación de una convención colectiva, debe atenderse a la estricta literalidad convenida entre las partes, sin que se pueda en estos casos hacerse interpretaciones extensivas, para concluir ambiguamente sobre la restricción a la aplicación de una convención colectiva, cuando previamente las partes habían convenido sobre quienes eran sus destinatarios sin hacer modificaciones o derogaciones en disposiciones convencionales posteriores.

Al unísono, no se determinó en la Convención la obligación de pago de la cuota sindical para los trabajadores no sindicalizados que restringiera los efectos de la convención, de ahí que su condicionamiento de limitación para acceder a los beneficios convencionales no resulte de asidero, incluso cuando el demandante se afilió al sindicato SINTRAFEC conforme se acredita de la certificación expedida por la encartada el 23 de abril de 2019 (Fl. 395), máxime si la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia así lo ha asentado en diferentes decisiones, siendo una de ellas la sentencia con Radicación No. 31556 del 17 de septiembre de 2007; circunstancia por la cual, se procederá con el estudio de los beneficios convencionales pretendidos, esto es, las primas extralegales de junio y diciembre así como la prima de vacaciones establecida en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada en el año de 1996.

Dentro del plenario se aprecia que la demandada efectuó pagos al actor por concepto prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones, junto con las comisiones laboradas según se constata a folios 397 a 423, y en los meses de abril de 2017 a enero de 2018, último interregno en que el actor estuvo afiliado al sindicato SINTRAFEC, la encartada canceló al actor las cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios, vacaciones y comisiones, así como que en los meses de marzo y noviembre de 2017, pagó la prima de servicios extralegal, y en enero de 2018 la recompensa quinquenal (Fls. 424 a 433).



De la misma manera, en la liquidación final de prestaciones sociales del 5 de abril de 2018, liquidó al actor los intereses a las cesantías, prima de servicios legal, prima de servicios extralegal, cesantías definitivas, cesantías fin de año, vacaciones compensadas definitivas, prima de vacaciones definitivas (Fl. 385).

De las primas extralegales de junio y diciembre.

El artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año de 1974 dispone:

***“PRIMAS SEMESTRALES:** Adicional a lo existente, las empresas pagarán a todos los trabajadores, por concepto de primas de servicios, veinte (20) días más del salario en la prima semestral de Junio, quedando en consecuencia así: dos meses de salario (básico, prima de carestía, prima de antigüedad y sobrecargos nocturnos) en junio y dos meses de salario en diciembre. Dichos pagos se harán de acuerdo con las normas vigentes de las Empresas para esta prestación social. Este punto tendrá vigencia a partir del 1º de diciembre de 1974.”*

Este pago convencional, como lo decidió la falladora de instancia, se reconocerá a partir del 24 de abril de 2015 atendiendo el fenómeno prescriptivo trienal dispuesto en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la demanda se presentó el 24 de abril de 2018 como da cuenta el acta individual de reparto (Fl. 328).

Como quiera que este aspecto en lo que atañe al monto de condena no fue refutado por ninguna de las partes, y que se estableció para las primas de junio y diciembre de 2015 en la suma de \$3.147.000 y las de junio y diciembre de 2016 en valor de \$3.367.320, aunado a que, para las primas de los años 2017 y 2018 se acreditó el pago concerniente según se observa de los comprobantes de pago de mayo y noviembre de 2017 junto con la liquidación final de prestaciones sociales (Fls. 425, 431 y 385), tal presupuesto se mantendrá incólume.

De las primas extralegales de vacaciones.

El artículo 9 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada en 1996, dispuso:

“A raíz de los cambios en la jurisprudencia laboral, respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los



trabajadores, beneficiados por la presente Convención Colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial.

Al respecto, la Convención Colectiva de Trabajo del año 1984, en su artículo 10 contempló la forma de liquidarse:

“A partir de la firma de la presente Convención, la Prima de Vacaciones tendrá las siguientes escalas:

- _ Para el primer periodo el 50% de la remuneración integral mensual.*
- _ Para el segundo periodo el 70% de la remuneración integral mensual.*
- _ Para el tercer periodo el 95% de la remuneración integral mensual.*
- _ Para el cuarto periodo el 115% de la remuneración integral mensual.*
- _ Del quinto al décimo periodo el 130% de la remuneración integral mensual.*
- _ Del decimoprimer al decimoquinto periodo el 135% de la remuneración integral mensual.*
- _ Del decimosexto en adelante, el 140% de la remuneración integral mensual.*

La Prima de Vacaciones se podrá compensar en tiempo hasta por un periodo de un año.

Como lo sostuvo la falladora de instancia, atendiendo el fenómeno prescriptivo, se reconocerán las causadas con anterioridad a los tres años de la presentación de la demanda, es decir, desde el 24 de abril de 2015 y en adelante, dejándose de presente, que las de los años 2017 y 2018 se cancelaron en la liquidación final de prestaciones sociales el 5 de abril de 2018 (Fl. 385).

Se aclara entonces, que no existió objeción del monto calculado por la *A-quo*, que fue para el año 2015 en valor de \$5.428.639 y para el año 2016 en cuantía de \$5.808.643, por lo que la Sala no entrará a realizar análisis alguno por estos valores.

La inconformidad por esta prima extralegal, se sustenta en el hecho que se tomó de manera pura y simple el valor que se debió liquidar para los años 2015 y 2016, pero desde el mes de abril de 2017 se le reconoció y canceló al actor la totalidad de acreencias laborales conforme al régimen convencional aplicable a los afiliados a SINTRAFEC, de ahí que este emolumento se cause al momento en que se disfruten efectivamente las vacaciones, es decir que no se causan año cumplido – año pagado, sino una vez la persona decida disfrutar del periodo de vacaciones causado, y es en ese preciso momento en que se cancela esa prima de vacaciones, por lo que parte de las vacaciones causadas en los años



2015 y 2016 que se ordenaron pagar en Primera Instancia, fueron pagadas con posterioridad a la afiliación en abril de 2017, y por consiguiente, esos valores deben ser excluidos de condena, pues de no hacerse se estaría incurriendo en un doble pago.

No le asiste razón al recurrente, como quiera que, si bien es cierto que las vacaciones en materia laboral se deben señalar por el empleador dentro del año siguiente y ellas deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador según disposición del artículo 187 del C.S.T., este escenario no se demostró dentro del presente asunto, puesto que lo único que obra en el plenario, es que siempre se cancelaron a la finalización del año laborado, por lo que no puede estimarse que las primas extralegales de vacaciones de los años 2015 y 2016 se hubiesen cancelado para los años 2016 y 2017 respectivamente, máxime si no existió ninguna constancia que las partes hayan acordado que las vacaciones se hubiesen disfrutado dentro del año siguiente.

En gracia de discusión que se aceptara tal pago, existiría una mora en la cancelación de la prima extralegal de vacaciones para los años 2016 y 2017, en tanto, se entendería que dichas anualidades no fueron sufragadas por la encartada; circunstancia por la cual, la sentencia de primer grado se confirmará por este aspecto.

De la reliquidación de prestaciones sociales al constituir factor salarial la prima extralegal de vacaciones.

La demandada aduce que resulta improcedente el pago de la reliquidación salarial preceptuada en la convención que estableció la prima extralegal de vacaciones, en razón a que existe un pacto posterior celebrado entre las partes al de la cláusula convencional, el cual es el contrato de trabajo suscrito el 1º de febrero de 2008, donde expresamente sea acordó modificar el alcance de esa cláusula en el sentido que no constituía factor salarial conforme a lo establecido en lo establecido en el artículo 128 del C.S.T.

No le asiste razón al recurrente para que su argumento sea próspero. Si bien es cierto que las partes pueden consensuar dentro de la suscripción del contrato de trabajo pagos no constitutivos de salarios de conformidad con lo



establecido en el artículo 128 del C.S.T., estas prerrogativas no pueden superponerse a lo acordado previamente en convenciones, toda vez que, en interpretación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los acuerdos convencionales son ley para las partes. Así se advirtió en sentencia SL378-2018, Radicación No. 64611 del 24 de enero de 2018:

“Si bien esta Corporación ha reiterado que en casación la convención colectiva solo es una prueba, por manera que no procede la inclusión de sus contenidos normativos en la Radicación n.º 64611 14 proposición jurídica, también ha destacado su importancia como fuente generadora de derechos y obligaciones para las partes que quedan cobijadas por sus preceptos. En ese sentido, en la misma forma en que una vez delineado el contexto fáctico del caso, el fallador procede a buscar el precepto legal llamado a producir efectos, cuando de un derecho convencional se trata, ese mismo operador judicial debe buscar la fuente generadora de ese derecho en aras de examinar si se dan los supuestos fácticos que impongan la aplicación del texto convencional, que es ley para las partes”.

Como ya se ha analizado, es palmario que la extensión de los beneficios convencionales a todos los trabajadores de la *Federación Nacional de Cafeteros de Colombia* respecto del sindicato SINTRFEC gozan de plena aplicabilidad, por lo que al ser beneficiario el aquí demandante, no puede pretender la demandada que con la suscripción del contrato de trabajo se eliminen prerrogativas que en este especialísimo asunto han venido aplicándose de antaño en los diferentes acuerdos convencionales, como lo es el caso de que la prima extralegal de vacaciones constituya factor salarial; circunstancia por la cual, la condena por reliquidación de prestaciones sociales se mantendrá incólume.

Así las cosas, debido a que en primera instancia se determinó que la condena por el valor restante que constituía factor salarial ascendía a la suma de \$4.359.588, se mantendrá incólume tal valor.

De la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T. y la sanción por la consignación de las cesantías al correspondiente fondo del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Como lo tiene establecido la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la imposición de estas sanciones no se aplica de manera automática, sino que depende de la conducta justificativa del empleador referente a la buena o mala fe con la que actuara, tal como se precisara entre otras en



sentencias Rad. 23657 del 29 septiembre 2005; SL10632-2014, Radicación 43915 del 12 de agosto de 2014; SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL7145-2015, Radicación No. 43621 del 3 de junio de 2015, y SL- 2148-2018, Radicación No. 61164 del 13 de junio de 2018.

En sentencia SL4566-2019, Radicación No. 68600 del 23 de octubre de 2019, señaló:

“Conviene no olvidar que la jurisprudencia laboral ha adoctrinado profusamente que la indemnización moratoria no surge de manera automática, sino que corresponde al juez dilucidar su procedencia; para ello, debe auscultar los medios de convicción adosados al expediente, en busca de verificar si el empleador demandado aportó prueba suficiente de la razonabilidad y probidad de su conducta omisiva o, en otros términos, de la buena fe que acompañó su comportamiento de cara al cumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo”.

A juicio de esta Corporación, no existió mala fe de la encartada dentro del presente asunto, toda vez que como se desprende del caudal probatorio, nunca desconoció ningún derecho laboral mínimo del actor, y fue solo a través de interpretación doctrinaria de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que se resolvió este litigio para concluirse que era procedente la extensión de los beneficios convencionales a favor del demandante, por lo que la absolución de primer grado por este aspecto habrá de confirmarse.

De los aportes al sistema de seguridad social.

Pretende el señor *Alfredo Lombana Vanegas*, que se efectúen los aportes al sistema de seguridad social, solicitud que se deprecia como consecuencia del reintegro deprecado como pretensión principal.

Esta pretensión no saldrá avante, pues como se desprende del petitum de la demanda, el actor la solicitó como principal, esto es, encaminada a su prosperidad derivada del reintegro que elevó, el cual como ya se dijo, está inmerso en la prosperidad de la excepción de cosa juzgada declarada.

En tal sentido, al no haberse solicitado como subsidiaria, no se podrá estudiar con anterioridad al despido, como sí lo pidió con el restante de pretensiones que ya fueron objeto de análisis en este asunto, lo que conlleva a confirmar la absolución de primer grado por este puntualísimo aspecto.



Por todo lo expuesto, la sentencia de primera instancia se confirmará en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

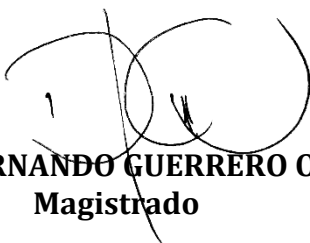
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

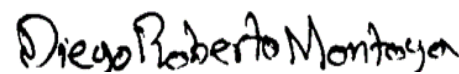
PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad, la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 03 2018 00308 01
Demandante: ELVIRA MEDINA GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES Y REMEDIOS DE JESÚS PLATA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la integrada como litisconsorte necesario señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ELVIRA MEDINA GONZÁLEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago la pensión de sobrevivientes, en su condición de cónyuge supérstite del causante ÁLVARO GONZÁLEZ BONILLA.

Por consiguiente, se condene a la encartada al pago de la prestación debidamente indexada, los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas procesales, y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones expuso que el 13 de noviembre de 1949 contrajo matrimonio católico con el causante ÁLVARO GONZÁLEZ BONILLA, procreando cuatro hijos, quienes en la actualidad son mayores de edad.



Que la convivencia como pareja, se extendió en el tiempo desde el 13 de noviembre de 1949 hasta el año 1968, calenda última en que el causante abandonó el hogar, lugar en el que compartieron techo, lecho y mesa, prodigándose socorro y apoyo mutuo, de manera ininterrumpida y pacífica.

Seguidamente, reseñó que el 1º de febrero de 1998, el antiguo ISS le reconoció al causante una pensión de vejez, así como que falleció el 21 de julio de 2011, calenda para la cual el matrimonio se encontraba vigente.

Por último, refirió que solicitó ante la encartada la pensión de sobrevivientes, quien negó la prestación a través de las Resoluciones SUB 291260 de 2017, SUB 28129 de 2018 y DIR 2914 de 2018, sumado a que a la fecha de presentación de esta acción contaba con más de 85 años, de ahí que sea catalogada como una persona de especial protección.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, exponiendo que la demandante no acredita los requisitos exigidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, situación que sí demostró la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA, por lo que se le otorgó la prestación; circunstancia por la cual, al encontrarse en firme el acto administrativo que otorgó el derecho pensional, es la justicia ordinaria a quien le compete resolver el conflicto de beneficiarias.

Formuló las excepciones denominadas prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, y declaratoria de otras excepciones.

En razón de lo anterior, el Juzgado primigenio mediante proveído del 27 de agosto de 2018, integró en calidad de litis consorte necesario a la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA, quien contestó la demanda aduciendo que conforme el Registro Civil de Matrimonio allegado por la demandante, se puede apreciar que dicho vínculo matrimonial no nació a la vida jurídica sino después del 18 de mayo de 2017, fecha en la que se registró en la Notaría Sesenta y Tres el Círculo de Bogotá, cobrando oponibilidad dicho acto jurídico desde dicha data.



En lo que concierne a la convivencia de la actora con el causante, dijo que debe demostrarse, máxime si el fallecido tuvo que desplazarse al Municipio de Agustín Codazzi antes del año de 1968. Puntualizó que a ella COLPENSIONES le reconoció mediante Resolución No. 1812 de 2012, pensión de sobrevivientes en un 100%.

Propuso las excepciones de inexistencia de la convivencia y participación de la construcción del derecho pensional del finado, inexistencia jurídica del vínculo matrimonial y de la oponibilidad del registro matrimonial para efectos de la seguridad social.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral de Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de noviembre de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la actora en su condición de cónyuge supérstite, la pensión de sobrevivientes del causante ÁLVARO GONZÁLEZ BONILLA, a partir del 1º de noviembre de 2014, en un porcentaje del 30.79%, y en un 69.21% a favor de la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA en calidad de compañera permanente.

Asimismo, condenó a la entidad descontar a la demandante sobre el valor del retroactivo pensional, los aportes a salud, ordenando a su vez descontar tales aportes del retroactivo o de la mesada pensional que le corresponda a la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA, el monto del retroactivo que le corresponda a la actora. Declaró parcialmente la excepción de prescripción.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que el causante falleció el día 21 de julio del año 2011, como da cuenta el Registro Civil de Defunción, así como que, en el año 2004, el antiguo ISS le reconoció al causante pensión de vejez. Igualmente, asentó que la demandante contrajo matrimonio por el rito católico con el causante el 13 de noviembre de 1949, y que el ISS le reconoció pensión de sobrevivientes a la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA mediante Resolución No. 1812 del 9 de abril de 2012.

Resaltó que en atención a que el causante falleció en el año 2011, atendiendo los postulados jurisprudenciales el derecho pensional de sobrevivencia debía estudiarse a la luz de la Ley 797 de 2003, la cual modificó la Ley 100 de 1993.



Que atendiendo lo regulado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta ha establecido que en lo que concierne al derecho pensional del cónyuge supérstite, puede acceder al derecho prestacional si a pesar de la separación de cuerpos, existe vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial y se haya acreditado el requisito de los cinco (5) años en cualquier tiempo. Frente a la compañera permanente, la Alta Corporación ha sido enfática en precisar que debe acreditar la convivencia dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al deceso del causante.

Port tal razón, concluyó que dentro del plenario se logró acreditar que la demandante señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ contrajo matrimonio con el causante el 13 de noviembre de 1949, vínculo que se encontraba vigente para la fecha del deceso, quienes procrearon cuatro hijos, al igual que obran declaraciones extra proceso rendidas por la demandante y las señoras YOLANDA LUCÍA ORTIZ BADILLO y GLORIA PÉREZ DE BÁEZ, y la declaración de parte surtida por la propia demandante dentro del presente asunto junto con el testimonio de la referida señora YOLANDA LUCÍA ORTIZ BADILLO, pruebas todas por las que coligió que en efecto la actora en calidad de cónyuge logró acreditar la convivencia de los cinco años en cualquier tiempo.

En lo que respecta a la convivencia de la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA, en su calidad de compañera permanente, mencionó que procreó cuatro hijos con el causante, y de los testimonios de PEDRO RAMÓN OSORIO BARRIOS y GUILLERMO ANÍBAL GONZÁLEZ MOSCOTE, se advirtió que en efecto acreditó convivencia con el causante durante los último cinco años anteriores al fallecimiento del causante.

Esto conllevó a que hubiese decidido el que la demandante señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ tenía derecho a la pensión de sobrevivientes del causante ÁLVARO GONZÁLEZ BONILLA en un 30.79% en razón de diecinueve años de convivencia, a partir del 1º de noviembre de 2014, atendiendo la excepción de prescripción formulada por Colpensiones, y a la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA el 69.21% por haber convivido con el causante cuarenta y tres años.

Finalmente, autorizó a la entidad descontar del valor del retroactivo pensional el monto que le corresponde a la señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ hasta la fecha en la cual le suspendió el pago a la señora PLATA DAZA, o en su defecto,



descuento de la mesada pensional el porcentaje que le corresponde de retroactivo a la señora ELVIRA MEDINA.

Dijo que no era procedente el pago de intereses moratorios, por cuanto fue en sede judicial que se resolvió el derecho pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La integrada como litisconsorte necesario, señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el *a-quo*, exponiendo que el análisis probatorio realizado para el reconocimiento pensional de la demandante señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ no se compadece con lo establecido en la ley, pues se tuvo en cuenta a favor de la demandante el mismo interrogatorio de parte por ella practicado, por lo que debió existir un mayor análisis de las prueba en conjunto, máxime que por el solo hecho de existir un matrimonio, tal tópico no es óbice para la demostración de la convivencia.

Que tampoco se le dio el correcto análisis probatorio a la prueba testimonial practicada a favor de la actora, ya que la misma no fue certera en indicar la fecha de convivencia de los cinco años, sumado a que el hecho de que la demandante hubiese procreado cuatro hijos con el causante no es un presupuesto para que se incida la convivencia discutida.

COLPENSIONES igualmente apeló la decisión, argumentando que la demandante no demostró que le asistía derecho al reconocimiento, pues el único argumento que se tuvo por el fallador de instancia para reconocerle el derecho pensional a la demandante, fue el Registro Civil de Matrimonio, el cual no demuestra el requisito de la convivencia regulado en la norma, más aún, si del mismo interrogatorio de parte surtido por la actora, no se precisó dicha convivencia; por el contrario, quedó claramente detallado que no existió una comunidad de ayuda mutua, afecto y acompañamiento espiritual entre la pareja, situación similar que ocurrió con lo expuesto por la testigo YOLANDA LUCÍA ORTIZ BADILLO.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si a la demandante señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ, en calidad de cónyuge, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional del causante señor Álvaro González Bonilla, o si por el contrario, tal derecho le corresponde a la integrada como litisconsorte necesario señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA en calidad de compañera permanente del fallecido, o en forma proporcional a cada una de ellas atendiendo el tiempo de convivencia con el pensionado fallecido.

De salir avante el derecho de la demandante, la Sala también deberá determinar la fecha a partir de la cual es merecedora de la prestación.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que al señor ÁLVARO GONZÁLEZ BONILLA, el antiguo ISS le reconoció mediante Resolución No. 5663 de 2004, una pensión de vejez a partir del 1º de febrero de 1998, en cuantía inicial de 535.600, prueba de ello lo son las Resoluciones 1812 de 2012, SUB 291260 del 16 de diciembre de 2017, SUB 28129 del 31 de enero de 2018, DIR 2914 del 10 de febrero de 2018, así como la certificación emitida el 8 de junio de 2012 (Fls. 31 a 33, 39 a 41, 42 a 45, 127 y 128 a 130).

Tampoco el hecho que el antiguo ISS le reconoció a la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA, en calidad de compañera permanente, la sustitución pensional del causante como da cuenta la Resolución No. 1812 de 2012 a partir del 21 de julio de 2011 (Fls. 128 a 130).

Al unísono, el hecho que la encartada a través de las ya referidas Resoluciones SUB 291260 del 16 de diciembre de 2017, SUB 28129 del 31 de enero de 2018, DIR 2914 del 10 de febrero de 2018 (Fls. 31 a 33, 39 a 41 y 42 a 45), negó la prestación a la aquí demandante señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ, bajo



el entendido que, de una parte, la actora no se hizo parte dentro de los treinta días cuando se publicó el edicto emplazatorio por la muerte del causante a efectos de hacer exigible su derecho, y de otra, que la actora al momento del deceso del causante no había registrado de manera correcta el matrimonio que contrajo, por lo que no acreditaba la calidad de beneficiaria.

De la misma manera, dentro del plenario obra copia del Registro Civil de Matrimonio que da fe que la demandante señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ y el causante, contrajeron matrimonio por el rito católico el 13 de noviembre de 1949 (Fl. 15),

Así las cosas, procede la Sala a resolver el derecho pensional deprecado. Para lo respectivo, a folio 20 obra copia del Registro Civil de Defunción del señor ÁLVARO GONZÁLEZ BONILLA, que denota que su deceso sucedió el 21 de julio de 2011, situación que a su vez conduce a que el derecho deprecado se estudie a la luz de las prerrogativas de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula, que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento tenga treinta 30 años o más de edad, y se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Al respecto, de entrada se advierte que según se acredita con las copias de las cédulas de ciudadanía de las señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ y REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA (Fls. 62 – Expediente Administrativo y 131), nacieron el 24 de enero de 1933 y el 26 de enero de 1948, de ahí que ostenten la edad suficiente reseñada en la norma para que pueda acceder a la pensión de forma vitalicia.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:



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

*Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. **Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.***

En sentencia SL3938-2020, Radicación No. 71764 del 14 de octubre de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia hizo un análisis sobre la postura que ha venido manteniendo respecto de los cónyuges, enfatizando que estos cuando se separan de hecho, ostentan el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, siempre que acrediten convivencia por un lapso no inferior a cinco años en cualquier época, al respecto mencionó:

“Fluye de lo plasmado en precedencia que el Tribunal no pudo incurrir en la transgresión normativa que se le endilga, pues a pesar de que la sociedad conyugal que existió entre Blanca Gómez de Méndez y Gustavo Méndez Gómez fue disuelta y liquidada, lo cierto es que la unión conyugal persistió hasta la muerte de este, en la medida en que no medió divorcio que así lo dispusiera.

No escapa a la Sala que, mediante sentencia CC C-515-2019, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad pura y simple de la expresión «con la cual existe la sociedad conyugal vigente», contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En las consideraciones de esa providencia sostuvo que el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea.

Con todo, tal criterio ubica a la pensión de sobrevivientes, sin más, dentro de los efectos patrimoniales del matrimonio. En cambio, la actual tesis de esta Corporación entiende que el fundamento de la prestación por muerte, en estos casos, es la vigencia de la unión conyugal, precisamente porque la pensión se ubica dentro de los efectos personales del matrimonio.

Ello viene corroborado con el hecho que lo que da lugar a la prestación es la comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, «la ayuda



mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva (...)» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245, y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605, CSJ SL7299-2015, CSJ SL1399-2018).

Y es que el matrimonio genera unos derechos y obligaciones que no se extinguen con la separación de hecho ni con la disolución de la sociedad conyugal, sino solo con su nulidad, el divorcio, o la muerte de uno de los consortes. Por ejemplo, el deber de socorro y ayuda mutua «en todas las circunstancias de la vida» no desaparece cuando los cónyuges se separan de hecho, como tampoco cuando liquidan la sociedad conyugal, por manera que el matrimonio sigue produciendo efectos personales, independientemente de las decisiones de los cónyuges acerca de la sociedad patrimonial que se genera con su unión.

De otro lado, la jurisprudencia consolidada y pacífica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia optimiza el principio de solidaridad, pues no se olvida del rol del cónyuge supérstite que convivió no menos de 5 años con el causante, en la construcción de la prestación que, a la postre, le fue reconocida al trabajador.”

Por lo anterior, procede la Sala a analizar el derecho prestacional de las señoras ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ y REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA, en calidad de cónyuge y compañera permanente respectivamente.

Del derecho pensional de la demandante señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ, en calidad de cónyuge.

A folio 16 a 19, obra copia de los Registros Civiles de Nacimiento de ROBERTO, ÁLVARO, ÁLVARO EDUARDO y MIRYAN ELVIRA, que da cuenta que son hijos de la actora y el causante.

Obra declaración extra juicio rendida por la demandante, quien indicó que convivió en unión matrimonial con el causante por el periodo comprendido entre el 13 de noviembre de 1949 y el año de 1968, no recibe ingresos de ninguna índole, no es pensionada y que procreó cuatro hijos con el fallecido (Fl. 21); declaración extra proceso con la señora YOLANDA LUCÍA ORTIZ BADILLO, quien dejó rendido que la demandante y el causante eran casados y convivieron desde 1949 hasta 1968, procreando como pareja cuatro hijos; que la actora dependía económicamente del causante y que este último abandonó el hogar (Fls. 22 a 23); declaración extra proceso rendida por la señora GLORIA PÉREZ DE BÁEZ, la cual expuso que la pareja era casada y convivieron desde 1949 hasta 1968, procreando cuatro hijos, así como que el causante abandonó el hogar y que la demandante dependía económicamente de este (Fl. 24).



En el transcurrir del trámite procesal, se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ, quien manifestó que es viuda y que sus estudios escolares fueron hasta primero de bachillerato.

Que su cónyuge fallecido señor ÁLVARO GONZÁLEZ BONILLA llegó a vivir al Municipio de Agustín Codazzi Cesar en el año de 1959, por cuanto el fallecido no tenía trabajo, pero a pesar de ello, continuaba yendo al hogar que era en la Ciudad de Bogotá. Que ella no se trasladó con el causante al Municipio de Agustín Codazzi, sino que se quedó viviendo en la Ciudad de Bogotá, en razón a que él quería que ella se quedara en la ciudad por los hijos y porque allí era donde tenían la vivienda.

Expuso que el causante iba al hogar de manera regular, al igual que enviaba lo que necesitaran tanto ella como sus hijos, exponiendo a su vez que las actividades que realizaba el causante en el Municipio de Agustín Codazzi consistían en laborar en una finca de un hermano y después tiene entendido que laboró en la Alcaldía.

Que cuando el causante se trasladó al Municipio de Agustín Codazzi, al principio viajaba a Bogotá de manera constante, luego no concurría tan seguido a la ciudad, pero que en la temporada de vacaciones ella era quien se dirigía a Agustín Codazzi, actuar que hacía casi todos los fines de año cuando los hijos no tenían colegio.

Expuso que el demandante no la dejó trabajar ni en Bogotá ni en Agustín Codazzi; que en la actualidad se encuentra atravesando por una situación precaria ya que el segundo de sus hijos es quien le colabora en lo que puede. Puntualizó que tuvo conocimiento de la muerte del causante porque un hijo de la señora con la que él vivía llamó a su hijo Eduardo, de ahí que sus hijos hubiesen ido al entierro.

No recuerda la última fecha en que fue a visitar al causante en el Municipio de Agustín Codazzi, aduciendo que lo hizo cuando sus hijos eran pequeños, que contrajo nupcias con el causante en el mes de noviembre de 1959, fecha para la cual el fallecido trabajaba como secretario en una arrocería en Armero – Tolima y no recuerda en qué fecha ingresó a laborar en el Banco Popular.



No recuerda la fecha en que tuvo conocimiento de la existencia de la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA, precisando que el último hijo que tuvo con el fallecido nació en el mes de mayo de 1960.

La testigo señora GLORIA PÉREZ DE BÁEZ, quien es Bachiller y Técnica en Belleza, mencionó que conoce a la demandante señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ desde el año de 1978 en la Ciudad de Bogotá, por cuanto ella como testigo fue la cónyuge de uno de los hijos de la actora de nombre ÁLVARO GONZÁLEZ MEDINA. Que la actora vivía en la Ciudad de Bogotá en el Barrio la Española con una hermana y su hijo Álvaro.

Que conoció al causante en una ocasión que estuvo en la Ciudad de Bogotá sin recordar en qué año, y con relación a la convivencia de pareja con el fallecido, expuso tener conocimiento que el causante inicialmente laboraba en Bogotá en el Banco Popular, luego se trasladó al Municipio de Agustín Codazzi donde un hermano de nombre ALFONSO BUENO quien tenía una finca en dicho Municipio, por lo que el causante abandonó a la actora quedándose radicado en Agustín Codazzi, aspectos que conoció por cuanto su cónyuge e hijo de la actora en alguna ocasión se lo manifestó. No expuso la fecha en que el fallecido se trasladó al referido Municipio.

Tiene entendido que el causante ayudaba económicamente a la actora, ya que le enviaba encomiendas y dinero a través del Banco de Bogotá. Que ella como testigo estuvo casada con el señor ÁLVARO GONZÁLEZ MEDINA durante treinta y ocho años, y se separó de él aproximadamente hace once años, viviendo en algún momento con la demandante, más exactamente desde el año de 1995, 1996, 1997 y 1998.

De las pruebas arrimadas al proceso, contrario a lo decidido por el *a-quo*, la Sala no encuentra acreditada la convivencia de la actora con el causante por lo menos durante cinco años en cualquier tiempo.

Nótese que si bien es cierto que como pareja procrearon cuatro hijos y contrajeron nupcias por el rito católico, no existe un acervo probatorio que advierta una convivencia continua, toda vez que la actora adujo en el interrogatorio de parte a ella practicado, no tener conocimiento de fechas precisas sobre el vínculo de convivencia, en tanto, refirió no recordar las fechas en que visitaba al causante en el Municipio de Agustín Codazzi desde el año de



1959, en que este se trasladó, incluso no supo la última vez que frecuentó al fallecido en dicha municipalidad.

Lo anterior pese a que adujo haber convivido entre 1949 y 1968, pese a que manifestó que en el año 1959 el actor se radicó en el Municipio de Agustín Codazzi.

Aunado a lo anterior, el testimonio de la señora GLORIA PÉREZ DE BÁEZ indicó que, para el año de 1978, data en que conoció a la actora, aquella convivía con su hijo y una hermana, y a pesar de que refirió que conoció al causante en una ocasión, ni siquiera recordó la fecha del acontecimiento, sumado a que expresó que de oídas de su esposo, quien era a su vez hijo de la pareja, fue que se enteró de que el causante se radicó en Agustín Codazzi abandonado a la demandante; circunstancia por la cual, sus dichos no guardan un conocimiento directo de los acontecimientos que como pareja se auscultan de la señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ con el causante, máxime si al haberlo distinguido tan solo en una ocasión, no puede dar fe de la convivencia pretendida.

Por demás, la declaración que la testigo realizó en el juicio no guarda congruencia con la declaración extra proceso que rindió ante la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá el 23 de junio de 2017 (Fl. 24), ya que allí expuso tener conocimiento de que la pareja convivió por el periodo comprendido entre los años 1949 y 1968, aspectos totalmente contradictorios con la realidad procesal.

Es menester acotar frente a la testigo que no es dable estimar que le conste la convivencia entre 1949 y 1968, ello por cuanto la misma aseveró que conoció a la actora en 1978, siendo testigo de oídas frente a lo acaecido con anterioridad a dicha data.

Por otra parte, destaca la Sala que no se le puede asignar credibilidad a la declaración extra juicio de la señora YOLANDA LUCÍA ORTIZ BADILLO (Fls. 22 a 23), en tanto, inicialmente fue llamada a declarar en este proceso, y en el transcurrir del trámite procesal se desistió de tal prueba, por lo que no se pudo tener una ratificación de lo expuesto en la declaración extra proceso, máxime que no se establecen las razones del conocimiento de sus asertos para dichas épocas, no refiere por qué motivo conoció a la pareja ni en qué época,



limitándose solo a señalar que convivieron entre 1949 y 1968, sin dar explicación alguna sobre tal aseveración.

En ese orden de ideas, la demandante no puede beneficiarse de sus propios dichos, la prueba testimonial no logra formar el convencimiento de la Sala, así como la declaración extra proceso, sin que el Registro Civil de Matrimonio o la procreación de los hijos, acrediten *per se* la convivencia en los términos exigidos por la jurisprudencia.

Así las cosas, la Sala puede concluir que no se logró demostrar una convivencia entre la demandante y el causante como mínimo de cinco años en cualquier tiempo, ya que no existe prueba que advierta tal situación, dejándose de presente que el hecho de que la pareja hubiese contraído nupcias, no puede entenderse como la existencia de una verdadera convivencia como así lo asentó el fallador de instancia, ya que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en este especialísimo asunto no se observa la existencia de una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, situaciones todas por las que la decisión de primer grado habrá de revocarse por este puntualísimo aspecto.

Del derecho pensional de la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA, en calidad de compañera permanente.

Como ya se refirió, a la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA, el antiguo ISS le reconoció la sustitución pensional del señor ÁLVARO GONZÁLEZ BONILLA mediante Resolución No. 1812 de 2012, a partir del 21 de julio de 2011 (Fls. 128 a 130), donde se advirtió que logró acreditar un tiempo de convivencia de cinco años inmediatamente anteriores al deceso del fallecido.

También, se recepcionó el testimonio del señor PEDRO RAMÓN OSORIO BARRIOS, quien indicó que es cuñado de la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA pues es el marido de una hermana de ella desde el mes de julio de 1988, misma fecha que conoció a la señora PLATA DAZA y al causante.

Precisó que conoció al causante y la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA cuando su cónyuge le presentó a la pareja, de ahí que tenga conocimiento que como pareja procrearon cuatro hijos, cuya hija mayor para la época tenía



aproximadamente dieciocho años. Que la pareja convivió aproximadamente hasta el mes de junio de 2011, cuando el causante se agravó por un derrame cerebral y tuvo que ser trasladado a Valledupar, donde murió en el mes de julio.

Que nunca escuchó hablar de la señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ, así como que la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA se dedicaba al hogar. Que de oídas de su cónyuge, tiene entendido que la señora PLATA DAZA y el causante formalizaron un hogar aproximadamente en el año de 1968, conviviendo en todo momento.

Que el causante siempre trabajó en el Municipio de Agustín Codazzi, teniendo como último cargo el de Tesorero Municipal, así como que nunca vivó en Bogotá, y si en algunas ocasiones iba, lo hacía para cumplir asuntos importantes como lo era la muerte de un hermano o la de su madre. Que no conoció a ninguno de los hijos que el causante tuvo con la señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ.

El testigo ANÍBAL GUILLERMO GONZÁLEZ MOSCOTE, adujo que conoció al causante en el Municipio de Agustín Codazzi desde el año de 1965, y comenzó a tratar con la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA desde el año de 1975 en la casa de su señora madre, por cuanto él como testigo estudiaba con su hermano Jorge Enrique Plata en el Colegio Nacional Agustín Codazzi.

Que cuando empezó a tratar a la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA, ya convivía con el causante, y llegaban a visitar a la madre de la señora PLATA DAZA, e incluso la pareja construyeron una casa. Que el causante falleció aproximadamente hace nueve o diez años, el cual ocupaba un cargo en la Alcaldía de Agustín Codazzi.

Que él como testigo ocupó el cargo de Notario en Agustín Codazzi desde 1992 hasta 1995, luego estuvo de abogado litigante y en el año de 1998 ingresó a la Rama Judicial como Juez Promiscuo Municipal en un Municipio del Cesar. Que sabe que el causante era contador y era empleado público, tuvo algo que ver en el área de agricultura, y tuvo cargos públicos en la Alcaldía de Agustín Codazzi, y la única persona que tuvo como pareja fue la señora PLATA DAZA. No recuerda si el causante tuviera hijos ajenos con los que tuvo con la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA.



De las pruebas enunciadas, como lo sostuvo la entidad al momento de reconocer la sustitución pensional, la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA en efecto acreditó como compañera permanente del causante, una convivencia de por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al deceso de éste último, pues así fueron congruentes en manifestarlo los testigos PEDRO RAMÓN OSORIO BARRIOS y ANÍBAL GUILLERMO GONZÁLEZ MOSCOTE, quienes conocieron a convivencia de la pareja desde los años 1988 y 1965 respectivamente, siendo contestes en precisar que la pareja siempre convivió hasta la muerte del causante.

Lo anterior, se sopesa más aún en el hecho de que procrearon cuatro hijos como da cuenta los Registro Civiles de Nacimiento visibles a folios 132 a 135, que demuestra que el primero de ellos nació en el año de 1971.

En tal sentido, al haberse acreditado la convivencia de la señora REMEDIOS DE JESÚS PLATA DAZA, es ésta última quien merece la sustitución pensional en un 100%, como así lo definió la encartada, motivo que impele a revocar la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de absolver a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de la sustitución pensional a favor de la señora ELVIRA MEDINA DE GONZÁLEZ en calidad de cónyuge, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral **1100131050 39 2018 00590 01**
Demandante: NANCY MESA QUINTERO
Demandado: PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada *Porvenir S.A.*, en contra de la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Nancy Mesa Quintero*, promovió demanda ordinaria en contra de *Porvenir S.A.*, para que se declare que cumple con los requisitos regulados en la Ley 100 de 1993, a efectos de acceder a la pensión de vejez.

Que en razón del incumplimiento de lo establecido en los artículos 20 y 21 del Decreto 656 de 1994, se le condene a la encartada al pago de la pensión provisional con cargo a sus propios recursos como AFP, debido a la falta de cumplimiento oportuno y adecuado de sus obligaciones respecto al trámite de emisión y pago del bono pensional que le permitiera acceder a tiempo al reconocimiento y pago de su prestación; a pagar la pensión provisional en cuantía inicial calculada tomando en consideración los mismos criterios establecidos para la determinación de la mesada pensional a través de retiros programados conforme el ya referido artículo 21 del Decreto 656 de 1994; a pagar la pensión provisional a partir del 18 de enero de 2018, día siguiente de



transcurridos los 15 días al vencimiento del plazo para pronunciarse frente a la prestación deprecada.

Asimismo, que se le condene a pagar el retroactivo pensional causado por el reconocimiento y pago de la pensión provisional de forma mensual desde el 11 de agosto de 2017 y hasta la fecha en que se comience a pagar la pensión de vejez conforme lo ordena el artículo 21 del Decreto 656 de 1994; que cada una de las mesadas adeudadas por concepto de pensión provisional se indexen desde el momento en que han debido pagarse y hasta la fecha en que se haga efectiva la cancelación conforme a los IPC certificados por el DANE; a que se liquide, reconozca y pague mensualmente y en forma vitalicia la pensión de vejez establecida en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 desde el 11 de agosto de 2017, en una entidad bancaria de esta Ciudad.

De igual manera, que se le condene a la AFP al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 11 de agosto de 2017, pago de costas y agencias en derecho, y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petitia*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de agosto de 1960, cumpliendo 57 años de edad el mismo día y mes del año 2017, afiliándose al RPM a partir del 14 de enero de 1986, donde cotizó un total de 819.14 semanas.

Que con posterioridad, se trasladó al RAIS administrado en su caso por la demandada *Porvenir S.A.*, cotizando 517 semanas, sin que la encartada dentro de los seis meses siguientes al traslado, hubiese realizado con las entidades previsionales respectivas la emisión del Bono Pensional Tipo A, Modalidad 2, al que tiene derecho.

Expuso que el 1 de febrero de 2017, solicitó ante la demandada corrección de su historia laboral, sin que ésta hubiera emitido respuesta alguna, aunado a que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003.



Que ha presentado documentos a efectos de ser merecedor de la pensión de vejez, encontrándose en incapacidad ininterrumpida desde el mes de mayo de 2016. Expuso que la encartada le indicó la incompatibilidad del pago de incapacidades y la solicitud de pensión de vejez, por lo que no podía radicarse nuevamente solicitud de pensión de vejez hasta tanto se culminara el procedimiento del cobro de las referidas incapacidades, de ahí que hubiese desistido del reconocimiento de la prestación por vejez única y exclusivamente para realizar el cobro de incapacidades ante la precaria situación económica padecida.

Puntualizó que una vez le fueron canceladas las incapacidades, el 14 de noviembre de 2017, radicó nuevamente solicitud de pensión de vejez, asignándosele cita para el seguimiento el 19 de diciembre de 2017, donde aportó solicitud de reconstrucción de su historia labora para bono pensional, el 11 de enero de 2018 elevó solicitud ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para corrección de bono pensional, y el 24 de enero de 2018 Colpensiones realizó un traslado de reserva actuarial con destino a la demandada.

Por último, mencionó que el *Ministerio de Hacienda y Crédito Público* en respuesta a la petición presentada, le informó que los tiempos laborados en la Fundación ya hacen parte de las semanas válidas para el reconocimiento de la pensión en *Colpensiones*, recalándose que el tiempo laborado en la Fundación San Juan de Dios y cancelado a *Colpensiones* no es válido para bono por haber sido reportados como convalidados, y que el 27 de marzo de 2018 se radicaron los documentos requeridos ante la encartada para la pensión de vejez, sin que a la fecha de presentación de demanda se le haya reconocido prestación alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El Juzgado con el auto admisorio emitido el 8 de mayo de 2019, integró como litisconsorte necesario al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por ello, el ente ministerial contestó la demanda arguyendo que, la actora se afilió al RAIS por intermedio de *Porvenir S.A.* el 10 de marzo de 2006, por lo que tendría derecho eventualmente a que se emitiera a su nombre un bono



pensional Tipo A por haberse trasladado al RAIS con posterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se demuestre el cumplimiento de los requisitos y las condiciones establecidas en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 para poder acceder válidamente al referido beneficio.

Que por tal razón, la AFP *Porvenir S.A.* ha realizado 18 solicitudes de liquidación del eventual bono pensional de la actora, sin que se haya podido procesar alguna de ellas porque nunca ninguna de las administradoras del Sistema General de Pensiones han ingresado y/o reportado un solo día de historia laboral de la afiliada para liquidar el referido beneficio, toda vez que, como se le informó a la actora en respuesta al derecho de petición que elevara el 11 de enero de 2018, en relación con los tiempos laborados a la Fundación San Juan de Dios, puntualmente el periodo comprendido entre el 14 de enero de 1986 y el 30 de noviembre de 1994, no resultan válidos para efectos de liquidar un eventual bono pensional al haber sido pagados a *Colpensiones* mediante la figura de reserva o cálculo actuarial.

Sumado a lo anterior, destacó que los tiempos cotizados por la demandante al Hospital San Juan de Dios y con destino a *Colpensiones* por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 1994 y el 31 de octubre de 2001, por tratarse de tiempos posteriores a la fecha de corte del eventual bono pensional, la cual para el caso que nos ocupa correspondería al 1 de diciembre de 1994, tampoco resultan válidos para efectos de liquidar un bono pensional, por lo que es *Porvenir S.A.* quien debe solicitar a *Colpensiones* el traslado de dichos periodos.

Formuló las excepciones de ausencia de responsabilidad de *La Nación – Ministerio de Hacienda* en el reconocimiento pensional de la demandante, nueva fe, y genérica.

Porvenir S.A., contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que, mediante comunicación del 15 de enero de 2019, a la demandante se le reconoció una pensión de vejez con la garantía de pensión mínima a partir del 1º de enero de 2019 en cuantía de \$828.116, prestación respecto de la cual se viene efectuando puntualmente el correspondiente pago. Preciso que dicho beneficio estatal de garantía de



pensión mínima fue reconocido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante Resolución 19106 del 30 de enero de 2019, por acreditarse el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 y demás formalidades exigidas.

Resaltó que de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, la obligación de reconocer pensiones previsionales a los afiliados, tiene lugar en aquellos casos en que no existan recursos suficientes para reconocer y atender el pago de una pensión, por retardo en el pago de los bonos pensionales o por la demora en el adelantamiento de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales, por causas imputables a las administradoras de pensiones.

Que por tal razón y descendiendo al caso en concreto, la demora en el pago de la reserva actuarial de la demandante, que impidió solicitar el reconocimiento de beneficio de garantía de pensión mínima al *Ministerio de Hacienda y Crédito Público* oportunamente; se originó en causas que de ninguna manera son imputables a *Porvenir S.A.*, pues tal y como se evidencia en las documentales que se anexan como prueba, una vez la demandante se pronunció en desacuerdo con su historia laboral oficial en la medida en que no aparecían reflejados como tiempos válidos para bono pensional los laborados por el Hospital San Juan de Dios, se procedió a requerir a *Colpensiones* con la finalidad que aclarara dicha situación.

Propuso las excepciones denominadas falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción, compensación, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de junio de 2020, declaró que la actora es beneficiaria de una pensión de vejez provisional a la luz del Decreto 656 de 1994, como así se reconoció en la Resolución No. 19106, que deberá ser pagada por *Porvenir S.A.* y con cargo de sus propios recursos.



Como consecuencia de lo anterior, condenó a *Porvenir S.A.* a pagar a la demandante las mesadas correspondientes a la pensión de vejez provisional desde el 11 de agosto de 2017 y hasta la fecha de pago de la pensión de garantía mínima reconocida mediante Resolución No. 19106 del 30 de enero de 2019, sin que de manera alguna el 100% del valor de las mesadas sean canceladas en suma inferior al salario mínimo de cada año, con los aumentos y deducciones de Ley, radicando en cabeza de *Porvenir S.A.* la obligación de liquidar tales conceptos y el monto del retroactivo pensional de conformidad con lo establecido en los artículos 20 y 21 del Decreto 656 de 1994. Igualmente, condenó a *Porvenir S.A.* al reconocimiento y pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 27 de julio de 2018 y hasta la fecha de pago de la pensión de garantía mínima reconocida mediante la Resolución No. 19106 del 30 de enero de 2019.

Absolvió al *Ministerio de Hacienda y Crédito Público* de las pretensiones incoadas, declaró probadas las excepciones de ausencia de responsabilidad de *La Nación Ministerio de Hacienda* en el reconocimiento pensional de la demandante, y declaró no probadas las formuladas por *Porvenir S.A.*, autorizando los descuentos a salud del retroactivo ordenado.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que la actora pretende al mismo tiempo el reconocimiento de pensión provisional establecida en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994 y la pensión de vejez de que trata el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

Que dentro del plenario se acreditó que la demandante se afilió a *Colpensiones* el 14 de enero de 1986 y cotizó un total de 819.14 semanas, al igual que se afilió a *Porvenir S.A.* el 10 de marzo de 2006, de ahí que tuviera derecho a la emisión del bono Tipo A que consiste en el traspaso de dinero de un fondo a otro para lo cual se requiere la solicitud del fondo en un término no superior de seis meses desde el traslado de la actora, y con un control trimestral hasta la emisión en debida forma de dicho bono, aunado a que los bonos se pueden clasificar de acuerdo a su emisor, esto es, dependiendo del régimen del que se traslada que para el presente asunto es del RPM al RAIS, que a su vez tiene dos modalidades.



También expuso, que conforme lo dispone el artículo 119 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales Tipo A serán expedidos por la última entidad pagadora a la cual haya pertenecido el afiliado antes de la selección o el traslado de Régimen de Ahorro Individual siempre y cuando el tiempo de cotización continuo o discontinuo haya sido igual o mayor a cinco años, y si este tiempo es inferior, el bono pensional será expedido por la entidad pagadora de pensiones en la cual el afiliado haya efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicios, por lo que le correspondía a *Porvenir S.A.* acreditar el cumplimiento de todas las diligencias pertinentes y necesarias para la expedición del bono pensional a favor de la demandante desde el mismo momento en que ésta se trasladó a dicho fondo que lo fue el 10 de marzo de 2006.

Que en el presente asunto a la demandante se le reconoció la pensión mínima en el año 2019.

Culminó arguyendo que, conforme a los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resulta evidente que corresponde al fondo privado el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con garantía mínima, la cual se financia exclusivamente con los aportes del afiliado y con el subsidio del Estado cuando hubiere lugar a ello conforme se estableció en el artículo 68 de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, resulta inadmisibles por parte de *Porvenir S.A.*, el argumento referente a la carga que se le puso al actor como afiliado para el reconocimiento de la pensión de vejez con garantía mínima, pues de conformidad con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, corresponde exclusivamente a la AFP el trámite y la labor del reconocimiento pensional con garantía mínima, máxime si dentro del plenario se acreditó la existencia de una serie de observaciones por parte del *Ministerio de Hacienda y Crédito Público* tendiente a la emisión del bono pensional, y demás peticiones elevadas por el actor que no fueron atendidas por *Porvenir S.A.*, encontrándose en ésta última un actuar desproporcionado e injusto de los derechos básicos de la señora *Nancy Mesa Quintero*.

Asentó incluso, que *Porvenir S.A.* le impuso trabas a la actora tales como renunciar a la petición de pensión de vejez, y que en lo concerniente a que la



demandante se encontraba incapacitada, la única prueba que reposa en el plenario es una incapacidad desde 28 de septiembre de 2018 hasta el 27 de octubre del mismo año, sin que exista ningún fundamento jurídico que reseñe la incompatibilidad de las incapacidades y la pensión de vejez como sí lo hay con la pensión de invalidez según directrices del Decreto 917 de 1999; circunstancia por la cual, concluyó que a pesar de que *Porvenir S.A.* desplegó los trámites para la emisión del bono pensional ante el *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*, no los realizó conforme a los lineamientos del Decreto 656 de 1994.

En lo concerniente al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, decidió su condena basado en postulados jurisprudenciales y atendiendo a que la actora solicitó la pensión de vejez el día 24 de agosto de 2017, lo cierto es que ésta desistió de la misma, por lo que no se puede tomar dicha fecha como cómputo para los intereses moratorios, y al haberse radicado nuevamente solicitud de prestación el día 27 de marzo de 2018, fulminó la orden de pago desde el 27 de julio de 2018 y hasta la fecha de inclusión en nómina de la pensión de vejez de garantía mínima reconocida en la Resolución 19106 del 30 de enero de 2019 ante la inadecuada conducta del trámite por parte de *Porvenir S.A.* para la emisión del bono pensional.

En último, negó la indexación al resultar inoperante por el reconocimiento de intereses moratorios.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Porvenir S.A. inconforme con la decisión la apeló. Mencionó que la *a-quo* desconoció aspectos de relevancia que afectaron el trámite de la pensión de vejez de la actora, pues desistió del trámite de la reclamación pensional en el año 2017 y solo hasta mes de marzo de 2018 realizó nuevamente el trámite, por lo que la actuación voluntaria de la señora *Nancy Mesa Quintero* no puede endilgársele como AFP.

Que la demandante declaró en el escrito de demanda que percibió incapacidades, que a la postre resultan incompatibles con la pensión de vejez, como quiera que provienen de la misma fuente, adicional a que, mediante el retroactivo de la pensión de garantía de pensión mínima que pretende la



demandante, estima que los reconocimientos pensionales que ya le fueron pagados se liquiden y se le vuelva a pagar, lo que también resultaría incompatible y contrario a la normatividad vigente.

Mencionó que la actora solicitó corrección y aclaración en la historia laboral, lo que originó un trámite ante la autoridad competente como lo fue *Colpensiones*, quien es la única llamada a efectuar las modificaciones de la historia laboral, novedad que se suscitó por cuanto había que realizar otras correcciones en los periodos correspondientes al Hospital San Juan de Dios y que los mismos son realmente atípicos por el proceso liquidatorio en el cual se encuentra inmerso, aspecto respecto del cual interviene tanto el *Ministerio de Hacienda* como *Colpensiones*.

Finalmente, refirió que resulta improcedente el pago de los intereses moratorios, ya que se ha actuado conforme a la Ley, pues al acudir y llamar a las entidades para las correcciones de la historia laboral de la demandante, es un actuar ajustado a derecho.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si a la aquí demandante señora *Nancy Mesa Quintero* le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión provisional en cabeza de *Porvenir S.A.* con cargo en los propios recursos de esta última desde el 11 de agosto de 2017, con ocasión del presunto incumplimiento en el trámite de emisión y pago del bono pensional en la tramitación de la pensión de garantía mínima por parte de la citada AFP en los términos del Decreto 696 de 1994.



De la salir próspero lo anterior, se auscultará hay lugar al pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero destacar, y como lo sostuvo la falladora de instancia, si bien en inicio la demandante pretendió en su petitum tanto el pago de la pensión provisional con cargo de los propios recursos en cabeza de *Porvenir S.A.* de conformidad con lo establecido en los artículos 20 y 21 del Decreto 656 de 1994, como el pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, la última prestación referida fue reconocida por parte del *Ministerio de Hacienda y Crédito Público* mediante Resolución No. 19106 del 30 de enero de enero de 2019, a partir del mes de febrero de la misma anualidad (Fls. 111 a 113); circunstancia por la cual, el beneficio de garantía de pensión mínima no será debatido en esta instancia.

De la pensión provisional regulada en el Decreto 656 de 1994.

Puestas así las cosas, es menester indicar que el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, reguló que el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, como los son el Régimen de Prima Media con Prestacional Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Los artículos 20 y 21 del Decreto 656 de 1994 establecen:

“ARTICULO 20. Corresponde a las sociedades que administren fondos de pensiones adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad.

Las solicitudes de emisión de bonos pensionales deberán ser presentadas a la entidad previsional correspondiente dentro de los seis (6) meses inmediatamente siguientes a la vinculación del afiliado que tenga derecho a dicho beneficio, y hasta tanto sean emitidos efectivamente deberán efectuar un seguimiento trimestral al trámite de su emisión. Para estos efectos, los afiliados deberán suministrar a las administradoras la información que sea necesaria para tramitar las solicitudes y que se encuentre a su alcance. En todo caso, las administradoras estarán facultadas para solicitar las certificaciones que resulten necesarias, las cuales serán de obligatoria expedición por parte de los destinatarios.



Las solicitudes de pago de bonos pensionales deberán ser presentadas por la administradora a la cual se haya formulado una solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por personas que hayan cumplido la edad establecida para obtener la garantía de pensión mínima del Estado. Tratándose de personas que se hayan pensionado por vejez con anterioridad a dicha edad y se hayan acogido a la modalidad de retiro programado, la solicitud de pago del bono pensional será presentada por la administradora que se encuentre pagando la pensión al momento de cumplirse todos los requisitos señalados para la redención del título.

La solicitud de pago de un bono para atender una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por cumplimiento de la edad para acceder a una pensión mínima deberá ser presentada dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la decisión de la administradora acerca del cumplimiento por parte del solicitante de los requisitos para acceder a la pensión. Tratándose de personas que hayan obtenido una pensión de vejez con anterioridad a dicha edad, la solicitud de pago del bono deberá presentarse por la entidad que tenga a su cargo el pago de la pensión al momento en que el pensionado cumpla esa edad.

En todo caso, el seguimiento del proceso de pago efectivo de los bonos pensionales se adelantará por las entidades que tengan a su cargo el pago de la respectiva pensión.

ARTICULO 21. *Las administradoras que incumplan el plazo establecido para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión deberán pagar, con cargo a la respectiva cuenta individual de ahorro, una pensión provisional en favor del afiliado, calculada tomando en consideración los mismos criterios establecidos para la determinación de la mesada pensional a través de retiros programados. Esta pensión comenzará a reconocerse mensualmente a partir del día quince (15) hábil contado desde el vencimiento del plazo señalado para pronunciarse y deberá pagarse hasta el momento en el cual se efectúe el correspondiente pronunciamiento.*

Del mismo modo, cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos.

En general, corresponderá a las administradoras asumir pensiones provisionales con cargo a sus propios recursos en todos aquellos casos en los cuales el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de sus obligaciones por parte de la administradora.

PARAGRAFO. *Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicios de las demás sanciones personales e institucionales que puedan imponerse por el incumplimiento de las correspondientes obligaciones señaladas en el presente capítulo.*



El artículo 115 de la Ley 100 de 1993, preceptúa que los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones, precisando que tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al RAIS cumplan requisitos tales como: a) que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o a las cajas o fondos de previsión del sector público; b) que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos; c) que esté vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones y; d) que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones. El Parágrafo de este articulado indicó que los afiliados que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o a las cajas o fondos de previsión del sector público, que al momento de traslado hubiesen menos de 150 semanas no tendrán derecho a bono.

Como lo sostuvo la *a-quo*, se encuentra acreditado que la actora cotizó un total de 819.14 semanas según se desprende del reporte de semanas emitido por *Colpensiones* con corte 26 de marzo de 2018 (Fls. 58 a 59), y que se trasladó al RAIS por intermedio de *Porvenir S.A.* el 10 de marzo de 2006 como da fe el respectivo formulario de afiliación (Fl. 155), por lo que la demandante sin dubitación alguna tenía derecho a la emisión del bono Tipo A por cuanto acreditó el precepto del literal a) del artículo 115 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 118 de la Ley 100 de 1993, establece las clases de bonos existentes en la seguridad social en pensiones, y el artículo 119 *Ibídem* regula que los bonos Tipo A serán emitidos por la última entidad pagadora de pensiones a la que haya pertenecido el afiliado antes de entrar al RAIS siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, hubiera sido igual o mayor a cinco años, y si tal tiempo es inferior de los cinco años en la última entidad pagadora de pensiones, el bono pensional deberá ser expedido por la entidad pagadora de pensiones donde el afiliado haya efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicios.



De las razones anotadas, es palmario que *Porvenir S.A.* al ser la AFP donde se afilió la actora para el manejo de sus recursos en el RAIS, es quien debe acreditar las gestiones respectivas atinentes a la emisión del bono pensional deprecado por la demandante.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3564-2019, Radicación No. 71511 del 13 de agosto de 2019, reiteró la sentencia SL12709-2016, Radicación No. 43152 del 7 de septiembre de 2016, donde el Órgano de cierre ha determinado las responsabilidades de las AFP en lo que respecta a los trámites de solicitud, emisión y expedición de los bonos pensionales de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, interpretación que sostuvo de la siguiente manera:

"Cuando la administradora reciba una solicitud de trámite de bono procederá así:

Establecerá dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes la historia laboral del afiliado con base en los archivos que posea y la información que le haya sido suministrada por el afiliado. Dentro del mismo plazo, solicitará a quienes hayan sido empleadores del afiliado, o a las cajas, fondos o entidades de previsión social a las que hubiere cotizado, que confirmen, modifiquen o nieguen toda la información laboral que pueda incidir en el valor del bono. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48 en relación con la OBP.

El empleador, caja, fondo o entidad que deba dar certificación, requerido por una administradora para que confirme información laboral que se le envíe, deberá responder en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha en que reciba el requerimiento, los cuales podrán ser prorrogados por el mismo término por la administradora cuando haya una solicitud debidamente justificada. Si la requerida es una entidad pública, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6º. del Código Contencioso Administrativo. Si se trata de servidores públicos, el incumplimiento de este plazo será sancionado disciplinariamente de acuerdo con la Ley 200 de 1995.

Una vez concluido el procedimiento anterior, la administradora dará traslado de la información al emisor para que dé inicio al proceso de liquidación provisional del bono, en la forma que se prevé más adelante."

Así pues, cuando la administradora recibe la solicitud de trámite de bono, tiene a su cargo establecer, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la solicitud del afiliado, la historia laboral de este con base en los archivos que posea y la información que le haya sido suministrada por él; e igualmente, debe solicitar a quienes hayan sido empleadores del afiliado, o a las cajas, fondos o entidades de previsión social a las que hubiere cotizado, que confirmen, modifiquen o nieguen toda la



información laboral que pueda incidir en el valor del bono. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48 del D. 1748 de 1995, modificado por el artículo 20 del mismo D. 1513 de 1998, en relación con la OBP, que dispone:

Las entidades administradoras quedan eximidas de allegar certificaciones, y el empleador de suministrarlas individualmente, cuando el bono vaya a ser calculado por la OBP, siempre que la información esté incluida en el último archivo laboral masivo que se haya entregado a esta oficina, salvo cuando el trabajador solicite expresamente una certificación individual más amplia.

En consecuencia, a la administradora le corresponde definir a qué entidad le corresponde la emisión del bono pensional, de acuerdo con la historia laboral que ha establecido, y, seguidamente, debe solicitar, a nombre del afiliado, la liquidación provisional del bono allegando toda la información pertinente. El emisor tiene un plazo máximo de 90 días hábiles para realizar la liquidación provisional y darla a conocer a la administradora, "...después de la fecha en que, habiendo recibido la primera solicitud, tenga confirmada o no objetada por el empleador y las entidades que deban asumir las cuotas partes, la información laboral certificada correspondiente".

La liquidación debe contener, al menos, la historia laboral que se utilizó, las variables que se emplearon para el cálculo y la determinación de las cuotas partes que deben asumir los contribuyentes. A partir de la primera liquidación realizada, el emisor queda con la obligación de tramitar nuevas solicitudes de reliquidación del bono pensional que haga el afiliado a través del AFP, con base en hechos nuevos, con la debida certificación y confirmación, pero esto no faculta al emisor para volver a someter a escrutinio los hechos debidamente certificados en una etapa anterior. En ningún caso, la liquidación provisional constituirá una situación jurídica completa.

Una vez la liquidación provisional es entregada por el emisor a la entidad administradora, esta, a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que la reciba, debe dársela a conocer al afiliado, y solo se puede solicitar la emisión del bono si el afiliado aprueba la historia laboral y solicita que se emita.

En cuanto a la emisión y expedición, el artículo 1º del D. 1513 de 1998 modificó el artículo 5º del D. 1748 de 1995, así:

Adiciónense las siguientes definiciones al artículo 5º del Decreto 1748 de 1995:

"Contribuyente. Entidad pagadora de pensiones obligada al pago de la cuota parte del bono pensional".

"Emisión de bono. Se entiende por tal el momento en que se confirma o certifica la información contenida en la liquidación provisional, en el caso de emisores privados, o el momento en que queda en firme el acto administrativo que reconoce el derecho al bono pensional, en el caso de emisores públicos."



"Expedición de bono. Se entiende por tal el momento de suscripción del título físico o del ingreso de la información al depósito central de valores."

"Reconocimiento de cuota parte. Acto mediante el cual el contribuyente acepta el pago de la cuota parte y autoriza al emisor para suscribirla en su nombre. En el caso de las entidades públicas consiste en un acto administrativo en firme; en caso de entidades privadas, de una comunicación dirigida al emisor".

*La oportunidad para **emitir** el bono es dentro del mes siguiente a la fecha en que la información esté confirmada o haya sido certificada y no objetada, siempre que el beneficiario haya manifestado previamente y por escrito, por intermedio de la administradora, su aceptación del valor de la liquidación."*

Ahora, no debe echarse de menos que como ya se precisó, a la demandante el *Ministerio de Hacienda y Crédito Público* le reconoció mediante Resolución No. 19106 del 30 de enero de 2019, el beneficio el beneficio de la garantía de pensión mínima en los términos regulados en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, que se financia con los aportes de la actora en calidad de afiliada junto con el subsidio que suministre el Estado cuando hubiere lugar a ello, esto en concordancia con el artículo 68 de la misma disposición.

La Sala de Casación Laboral, igualmente en lo que respecta a la pensión provisional en un caso de similares supuestos fácticos, sentencia SL1534-2020, Radicación No. 68463 del 30 de abril de 2019, determinó en resumidas cuentas que es deber de las AFP acreditar las gestiones pertinentes a efectos de acceder a la pensión mínima dispuesta en la Ley 100 de 1993, que por demás incluye la obligatoriedad de su cargo en el reconocimiento de la pensión provisional hasta tanto se dé el lleno de los requisitos que incluye el tiempo que sufrague el Estado por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Allí señaló:

"Las disposiciones que se acaban de transcribir, además de reiterar que es obligación de la AFP, no del afiliado, gestionar todo lo relacionado con la garantía de pensión mínima consagrada en el tantas veces citado artículo 65, terminan de dejar sin aliento el otro argumento de la censura referido a que el Tribunal no podía ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la señora Mier Ferreira, sin antes contar con el reconocimiento de la citada garantía de pensión mínima por parte del Ministerio de Hacienda a través de la Oficina de Obligaciones Pensionales; cuando lo cierto es que la AFP debe reconocer provisionalmente la pensión de vejez con cargo a los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, mientras se efectúa el reconocimiento de la citada garantía de pensión mínima por parte del Ministerio de Hacienda, como bien lo coligió el Tribunal.



En efecto, tales preceptivas son terminantes en señalar que si el afiliado que reúne «los requisitos para pensionarse contenidos en el artículo 64 de la misma, pero el saldo en su cuenta individual es menor que el Saldo requerido para una Pensión Mínima» (se subraya), la AFP está en la obligación de reconocer, como ya se dijo, una «pensión provisional», bien con cargo a los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado; ora con cargo a su propio patrimonio, en «todos aquellos casos» en los cuales la «Administradora» actúa negligentemente, es decir, que no haya cumplido de manera oportuna y diligente sus obligaciones, entre ellas, desde luego, la de gestionar todo lo pertinente a la garantía de la pensión mínima.

Lo anterior es así, máxime que el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, es claro en señalar que tales administradoras son las encargadas de «[...]efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima» (se subraya), esto es, la citada norma, en momento alguno habla del afiliado como al parecer lo entiende la censura, sino que es contundente mencionar que es a nombre del pensionado.”

Así las cosas, del caudal probatorio se aprecia a folios 169 as 170, documento que expidiera la Oficina de Bonos Pensionales del *Ministerio de Hacienda y Crédito Público* el 22 de febrero de 2017 con ocasión a una solicitud impetrada el 22 de febrero del mismo año, que describe una serie de observaciones e inconsistencia en cuanto al trámite de bono pensional Tipo A de la demandante como lo fueron: “NO FORMA PARTE DE HISTORIA LABORAL PARA BONO PENSIONAL”, “EL ARCHIVO LABORAL MASIVO DEL ISS/COLPENSIONES 1967-1994 PRESENTA UN INGRESO SIN RETIRO Y ESTÁ EN LA TABLA RELACIONES LABORALES CON TIPO DE AFILIACIÓN EN PENSIÓN (1: PENSIÓN. SALUD. RIESGO; 2: PENSIÓN; 4: PENSIÓN RIESGOS PROFESIONALES; 7: PENSIÓN, SALUD) SE ASUME EL 31 DE DICIEMBRE DE 1994 COMO FECHA DE RETIRO”, “NOVEDAD DE HISTORIA LABORAL ISS/COLPENSIONES POSTERIOR A LA FECHA DE CORTE NO SE TIENE EN CUENTA PARA BONO PENSIONAL”, “EL ARCHIVO LABORAL MASIVO DEL ISS/COLPENSIONES REPORTA COMO DÍAS TRABAJADOS 0 PARA HISTORIA LABORAL”, “SI LA NOVEDAD NO ES CIERTA LA AFP DEBE REPORTAR LA INCONSISTENCIA A COLPENSIONES PARA SU RESPECTIVA CORRECCIÓN”.

Por otra parte, se aprecia a folios 164 y 165 del expediente, yace documento emitido por la Oficina de Bonos Pensionales del *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*, atinente a la expedición del bono pensional Tipo A del 19 de julio de 2019 con ocasión de una solicitud impetrada el 30 de enero de esa anualidad, que demuestra una serie de observaciones descritas por el ente



ministerial tales como que *“NO FORMA PARTE DE HISTORIA LABORAL PARA BONO PENSIONAL”, “EL BENEFICIARIO NO TIENE HISTORIA LABORAL VÁLIDA PARA BONO”, “LA AFP DEBE VERIFICAR LA EXISTENCIA DE HISTORIA LABORAL VÁLIDA PARA BONO PENSIONAL Y REPORTARLA AL ISS/COLPENSIONES SI ES EL CASO O INCLUIR LA CERTIFICACIÓN DE HISTORIA LABORAL CON OTROS EMPLEADORES DIFERENTES AL ISS/COLPENSIONES EN LA SOLICITUD”, “NOVEDAD DE HISTORIA LABORAL ISS/COLPENSIONES O NO ISS/COLPENSIONES POSTERIOR A LA FECHA DE CORTE NO SE TIENE EN CUENTA PARA BONO PENSIONAL”, “EL ISS/COLPENSIONES CERTIFICA QUE NO SE ENCONTRÓ HISTORIA LABORAL POSTERIOR A 1994”.*

El 22 de febrero de 2017, *Porvenir S.A.* le informó a la actora lo relacionado a una solicitud que esta había radicado ante sus dependencias tendiente a la normalización de su historia laboral (Fls. 166 a 168), en la que se observa que se le indicó que con la información gestionada ante el Ministerio de Hacienda la historia laboral está presentada en un total de 48.29 semanas cotizadas al régimen donde venía afiliada antes de trasladarse al RAIS, por lo que en caso de encontrar inconformidad, podría notificar las correcciones y/o comentarios respectivos, y en el documento del 19 de diciembre de 2017, la señora *Nancy Mesa Quintero* manifestó no estar de acuerdo con la información de su historia laboral (Fl. 184).

El 27 de diciembre de 2017 *Porvenir S.A.* informó a la demandante que con relación a la reconstrucción de su historia laboral con la cual se conforma el bono pensional, se encontraron diferencias con la historia oficial reportada por *Colpensiones* al *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*, más exactamente con el Hospital San Juan de Dios (Fl. 185); el 16 de enero de 2018 la AFP remitió documental a *Colpensiones* manifestándole que en atención a la solicitud del traslado de la reserva que registra en la historia laboral reportada por la página interactiva de la Oficina de Bonos Pensionales del *Ministerio de Hacienda* por el empleador San Juan de Dios y respecto de la demandante, a la fecha no se había recibido valores por traslado de reserva a nombre de la afiliada (Fl. 186).

El 31 de enero de 2018, *Colpensiones* radicó ante *Porvenir S.A.* el documento denominado *“Ordenación del gasto – Traslado de reserva actuarial”*, mediante el cual le expuso que consultados los sistemas de información, se pudo



evidenciar que el día 29 de diciembre de 2010, el empleador Fundación San Juan de Dios pagó al antiguo ISS la suma de \$32.000.000.000 por 910 asegurados por concepto de cálculo actuarial por omisión, encontrándose allí registrada la demandante a la que le fue cancelada la suma de \$57.669.998, equivalente a la validación de servicios por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 1986 y el 31 de diciembre de 1993 (Fl. 187 a 189); el 27 de marzo de 2018 la AFP le comunicó a la demandante la historia laboral oficial, manifestando ésta última no tener derecho al bono pensional al no cumplir con los requisitos previstos en la ley (Fl. 199); el 2 de octubre de 2018 la encartada remitió carta a *Colpensiones* solicitando el cargue de la novedad 200 en SIAFP para acreditar los periodos correspondientes al pago por valor de \$73.357.586 correspondientes a la reserva actuarial que se realizara el 13 de febrero de 2018 (Fl. 212).

En virtud de ello, el 1 de noviembre de 2018 *Colpensiones* le informó a *Porvenir S.A.* que si se considera que *Colpensiones* debe complementar el trámite actual de traslado de reserva, con la generación de la novedad 200, la AFP debe convocar una mesa de trabajo en la que se expresen de manera soportada las razones que conducen a solicitar dicho trámite (Fls. 214 a 215).

Aunado a lo anterior, milita a folios 20 a 22 que el demandante el 25 de agosto solicitó ante *Porvenir S.A.* el pago de la pensión de vejez, pero el día 6 de septiembre de 2017 desistió de la misma a efectos de radicar un cobro de incapacidades (Fls. 24 y 176), desistimiento que fuese aceptada por la demandante el 20 de septiembre de 2017 (Fl. 178), y que, por demás, expuso al respecto en la contestación al hecho 14 que se le indicó a la actora que mientras estuviese percibiendo el pago de incapacidades no podría acceder al pago de mesadas por resultar incompatibles, aspecto de lo que se entiende que en cierto grado se indujo a la actora a elevar inicialmente el desistimiento de la pensión.

De las probanzas descritas, puede concluir la Colegiatura que a pesar de que *Porvenir S.A.* hubiese realizado las gestiones para la emisión del bono pensional a favor de la actora, no se hizo dentro de los términos prudenciales y adecuados regulados en los Decretos 1748 de 1995 y 1513 de 1998, pues se advierte que no obra prueba que acredite los términos exactos en que realizó las actuaciones a efectos de recolectar la información precisa de la historia



laboral atendiendo las directrices de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, más aún, si la demandante se trasladó el 10 de marzo de 2006, es decir, casi diez años de antelación al trámite de la emisión del bono pensional, por lo que tal aspecto no resulta justificado en favor de la AFP.

Otro tópico a resaltar, es que no es de resorte el hecho que hubiese inducido a la actora a renunciar al trámite inicial de pensión con el argumento de que existiera una incompatibilidad para otorgar incapacidades y pensión de vejez, toda vez que cercenó a la actora de hacer uso de su derecho constitucional a la seguridad social dispuesto en el artículo 48 de la Carta Política, y que se puede efectuar sin prolongación en el tiempo; circunstancia por la cual, se accederá a la pensión provisional de que tratan los artículos 20 y 21 del Decreto 656 de 1994 conforme lo sostuvo la *a-quo*.

De la fecha de disfrute de la pensión provisional.

Como se acredita de la cédula de ciudadanía de ciudadanía de la demandante (Fl. 16), nació el día 11 de agosto de 1960, por lo que resulta palmario que cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2017.

Ahora, contrario a lo decidido por la *a-quo*, le asiste razón de manera parcial a los argumentos de la apelante, en tanto aduce que al existir incapacidades, estas resultan incompatibles con la prestación por vejez.

Ello, por cuanto es evidente que no puede pretender la demandante que al encontrarse incapacitada pueda percibir al mismo tiempo emolumentos derivados de una pensión de vejez, pues de hacerse se estaría incursionando en un doble pago.

A pesar de lo anterior, como quiera que las únicas incapacidades que se acreditaron al plenario sin solución de continuidad fueron las canceladas por la misma *Porvenir S.A.* por el periodo comprendido entre el 24 de diciembre de 2016 y el 2 de diciembre de 2017, es por lo que la Sala revocará parcialmente la fecha de reconocimiento de la pensión provisional contemplada en los artículos 20 y 21 del Decreto 656 de 1994, en el sentido de indicar que la misma se otorgará a partir del día siguiente de finalizadas dichas



incapacidades, esto es, desde el 3 de diciembre de 2017 y hasta la fecha del pago de la pensión de garantía mínima reconocida a través de la Resolución 19106 del 30 de enero de 2019, sin que de manera alguna el 100% del valor de las mesadas sean canceladas en suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente de cada anualidad, junto con los aumentos y deducciones de Ley.

Del pago de los intereses moratorios.

Como lo decidió la falladora de instancia, es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un asunto de similares condiciones a las que aquí nos ocupa, más exactamente la sentencia SL4583-2020, Radicación No. 73064 del 17 de noviembre de 2020, sostuvo que: *“según el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, con el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones y, 2° del Decreto 142 de 2006, que modificó el 9° del Decreto 832 de 1996 lo cierto es que la AFP debe reconocer provisionalmente la pensión de vejez con cargo a los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, mientras se efectúa el reconocimiento de la citada garantía de pensión mínima por parte del Ministerio de Hacienda”*.

En tal sentido, resulta palmario que ante el mal actuar de *Porvenir S.A.* para la efectivización del bono pensional de la demandante, debió realizar sin distinción alguna el pago de la pensión provisional, aspecto que no llevó a cabo.

Asimismo, se deja de presente que los extremos de condena por estos conceptos se mantendrán incólumes, pues a pesar de que la demandante inicialmente elevó derecho pensional el día 25 de agosto de 2017 (Fls. 20 a 23), desistió de tal solicitud (Fls. 24 y 176), y fue solo hasta el 27 de marzo de marzo de 2018 que elevó nueva solicitud prestacional (Fl. 65), por lo que contando los cuatro meses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 para que la AFP resolviera la solicitud, el periodo moratorio incurrió desde el 27 de julio de 2018 y hasta la fecha de pago de la pensión de garantía mínima reconocida mediante Resolución 19106 del 30 de enero de 2019 como así se decidió en primera instancia.



De la prescripción.

No hay lugar a declarar prescripción de ninguna mesada de la pensión provisional, ya que atendiendo el término trienal de prescripción regulado en los artículos 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., la demandante adquirió la edad de los 57 años el día 11 de agosto de 2017 para acceder a la pensión mínima de vejez regulada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, y al haberse presentado la demanda el 17 de octubre de 2018, no transcurrió un interregno de tres años.

Atendiendo todo lo expuesto, la sentencia de primera instancia se revocará parcialmente en lo que respecta a la fecha de disfrute de la pensión provisional regulada en los artículos 20 y 21 del Decreto 656 de 1994.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la demanda *PORVENIR S.A.* al pago de la pensión de vejez provisional a favor de la demandante señora *NANCY MESA QUINTERO*, a partir del 3 de diciembre de 2017 y hasta la fecha del pago de la pensión de garantía mínima reconocida a través de la Resolución 19106 del 30 de enero de 2019, sin que de manera alguna el 100% del valor de las mesadas sean canceladas en suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente de cada anualidad, junto con los aumentos y deducciones de Ley incluidos los aportes en salud, radicando en cabeza de la sociedad demandada la obligación de liquidar tales conceptos y el monto del retroactivo pensional en los términos de los artículos 20 y 21 del Decreto 656 de 1994,



todo de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 11001 31 05 038 **2018 00 593 01**
Demandante: VÍCTOR ALFONSO PRIETO TRISTANCHO
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor Víctor Alfonso Prieto Tristanchó, formuló demanda en contra de COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A., con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de la AFP COLFONDOS S.A., fundamentada esta pretensión en los engaños y la falta de información que mediaron dicha afiliación.

Por consiguiente, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a su vez, se ordene a COLPENSIONES a recibirla sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, procediendo con la corrección y actualización de su historia laboral.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo el demandante que nació el 23 de diciembre de 1954, afiliándose al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por intermedio del antiguo Instituto de Seguros Sociales desde diciembre del año 1976; que en 1994 un asesor de COLFONDOS S.A. lo contactó para persuadirlo que se afiliara al fondo privado, por medio de engaños e información incompleta, convencido de que su situación pensional iba a mejorar si se trasladaba a ese fondo, efectuó el traslado por medio de formulario de afiliación el día 25 de abril de 1994.

Que radicó solicitud ante COLFONDOS S.A., con fundamento en el Decreto 1161 de 1994, manifestando que no quería retirarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues ni siquiera estaba seguro sobre el estado de su afiliación ni conocía con claridad las reglas de esta. El 26 de septiembre de 1996, COLFONDOS S.A. da respuesta, negando la solicitud.

Señala que, en junio del 2009, COLFONDOS S.A. envió una carta indicándole que se encontraba afiliado a los dos regímenes simultáneamente, y que, para darle solución a la multifiliación se entendería que su única afiliación válida sería la efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Para el año 2015, se acercó a la AFP a solicitar el reconocimiento y pago de su pensión, por contar con 60 años; no obstante, le dijeron que por haberse acercado a la oficina un mes después de cumplir la edad de pensión, debía esperar hasta los 62 años para solicitarla, por lo que reiteró la petición en el año 2017, siendo negada nuevamente la prestación, en tanto no contaba con el capital suficiente.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por parte del demandante fue plenamente válida y libre de vicios del consentimiento; además, el mismo demandante radicó solicitud de retracto en el año 1994, razón por la cual pudo haberse retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad para pensionarse.



Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la denominada innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. se opone a la totalidad de las pretensiones, pues la afiliación efectuada a la AFP fue plenamente eficaz; que en el presente caso no es aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en esta materia, por cuanto el demandante no especifica cuál fue concretamente la situación de engaño que alega recibió por parte del fondo demandado.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, la innominada o genérica y ausencia de vicios del consentimiento.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado que realizara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 25 de abril de 1994 a través de COLFONDOS S.A, por lo que la condenó a remitir a COLPENSIONES el valor de todos los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, incluidas las comisiones y gastos de administración que se generaron durante dicha afiliación.

Para arribar a dicha conclusión, el operador judicial señaló que, teniendo en cuenta los presupuestos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se acreditan vicios de consentimiento en la afiliación a COLFONDOS S.A.; no obstante, con base en lo reglado en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, sí manifestó su intención de retractarse, redactando una solicitud ante la AFP que fue respondida dos años después, negándole su derecho de retracto, dejándolo en una situación de multiafiliación, la cual fue resuelta por la misma AFP, invalidando la afiliación al ISS, en detrimento de los intereses del demandante.



Con base en lo anteriormente señalado, señala el juzgador que la razón por la cual se invalida la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de COLFONDOS S.A. no es justamente la falta de información o el haber sido engañado por la AFP demandada, toda vez que, para el criterio del *a-quo*, esta situación de engaño no logró ser acreditada, la situación que realmente invalida la afiliación es el actuar de COLFONDOS S.A. frente a los requerimientos del demandante al solicitar su derecho de retracto, el cual, pese a que fue ejercido por el accionante en los términos legales que establecía el Decreto 1161 de 1994, le fue negado, manteniendo vinculado de forma irregular al actor.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES, inconforme con la decisión, la apeló. Alega que, si bien es cierto se probó que el demandante sí realizó la solicitud de retracto que le fue negada, el traslado ordenado implica una afectación económica, pues permitir que una persona pronta a pensionarse se beneficie de un régimen al que no aportó en los últimos años, afecta el concepto de equidad y el principio de eficiencia pensional, con el fin de lograr la sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Es menester referir como primera medida, que el *a-quo* determinó declarar la ineficacia del traslado, lo cual sustentó específicamente en no haberse



aceptado el derecho de retracto ejercido oportunamente a efectos de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Frente a lo cual, debe acotarse que en todo caso la ineficacia del traslado se construye legalmente con base en la falta al deber de información.

En efecto, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho



irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de*



traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En ese orden de ideas, debe referirse que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información, lo cual es dable extraer de igual manera, tal como lo verificó el *a-quo*, del hecho omisivo de aceptar el retracto para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más aún cuando el mismo traslado no medió con base en el suministro de la información adecuada para tal fin, de lo cual, se reitera, adolece el plenario de prueba que lo acredite.



Ahora bien, en el presente proceso, COLPENSIONES fundamenta su recurso de apelación en la vulneración que este tipo de decisiones genera a la sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues se obliga a la entidad a pagar la pensión de personas que nunca aportaron al sistema, afectando con esto, además, a las personas que sí han estado cotizando a Colpensiones previamente. Al respecto, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464 de 2019, ha señalado lo siguiente:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Así las cosas, no se observa vulneración alguna al principio de sostenibilidad financiera en el fallo de primera instancia, pues la AFP COLFONDOS S.A. devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación del accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, teniéndose en cuenta los requisitos de edad y las semanas cotizadas, independientemente de si ha estado cotizando a un fondo público o a un fondo privado, y debido a que con ocasión de la declaratoria de



ineficacia se entiende que la vinculación a la AFP COLFONDOS S.A. jamás existió, esta tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado a su fondo provenientes de la afiliación del señor VÍCTOR ALFONSO PRIETO TRISTANCHO al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, pues en cabeza de este fondo está la obligación de reconocer y pagar la pensión al demandante.

Aunado a ello, es menester aclarar que la obligación de COLFONDOS S.A. de trasladar a COLPENSIONES los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación del demandante a la suscrita AFP, incluye la devolución de los gastos de administración y los rendimientos financieros, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“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 esta 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros, los cuales, deben retornar de



manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, con respecto a la prescripción, dicha excepción no es procedente en las acciones de ineficacia de traslado, así lo ha dicho el máximo órgano de cierre en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

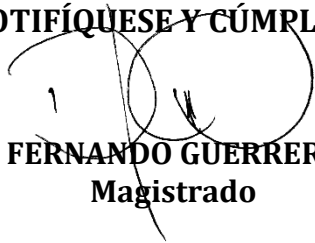
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

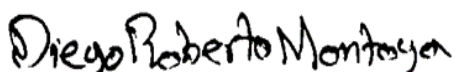
RESUELVE:

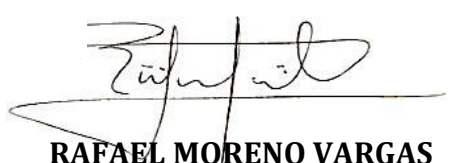
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



1100131050 08 2018 00599 01

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

Ordinario Laboral **1100131050 08 2018 00599 01**
Demandante: CLAUDIO LEONARDO SALGUERO FLÓREZ
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación propuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante proveído del 15 de julio del 2020, así como estudiar la referida providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*.



1100131050 08 2018 00599 01

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Claudio Leonardo Salguero Flórez* presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* con el objeto que se condene a la entidad al pago de las mesadas pensionales a partir del 25 de abril del 2011; el pago de la mesada adicional; los intereses moratorios; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que nació el 24 de abril de 1951, se afilió al ISS desde el 26 de septiembre de 1969, contando con la densidad de semanas exigidas por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 del 2005, para ser beneficiario del régimen de transición.

Refiere que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, pero la misma le fue denegada mediante Resolución No. GNR 123733 del 6 de junio del 2013, por lo que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, pero los mismos fueron desatados de forma desfavorable con las Resoluciones GNR 12105 del 15 de enero del 2015 y VPB 12599 del 1° de agosto del 2015.

El 30 de diciembre del 2015 allegó ante la demandada la liquidación definitiva de prestaciones sociales, pero la encartada a través de la Resolución No GNR 149072 del 23 de mayo del 2016 le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de junio de esa misma anualidad; decisión que recurre a efectos de que se



conceda el derecho pensional desde la calenda en que arribó a los 60 años, pero estas fueron desatadas de forma desfavorable por la entidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada *Colpensiones* se opuso a la prosperidad de las pretensiones sosteniendo que no le es dable reconocer derechos por mera liberalidad, como lo pretende el actor.

Propuso y sustentó como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, principio de buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de julio del 2020, declaró que el demandante tiene derecho al cambio del disfrute de la pensión a partir del 25 de abril del 2011, día siguiente al cumplimiento de los 60 años; condenó a la pasiva a reconocer y pagar al actor el retroactivo pensional en cuantía de \$201.751.586, la cual deberá ser debidamente indexada al momento de su pago, por el periodo comprendido del 25 de abril del 2011 al 31 de mayo del 2016, teniendo en cuenta como monto de la mesada pensional para el año 2011 la suma de \$2.685.438,25; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas.



1100131050 08 2018 00599 01

Como sustento de su decisión, precisó que conforme lo explicado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, cuando quiera que no exista soporte de la desafiliación del sistema, se deberá tener en cuenta la última data en la cual se realizó la cotización, por manera que, al existir soporte de la culminación de la última relación laboral en el año 2009, resulta dable que acceda a su derecho pensional desde el 25 de abril del 2011 y por 14 mesadas al año.

En lo que respecta a los intereses moratorios, deniega el derecho al reconocimiento y pago de los mismos, como quiera que la entidad resolvió el derecho pensional dentro del término establecido por la ley, a más que existía una justificación para que no se concediera el derecho desde la data anhelada por cuanto no existía certeza de su desafiliación y en virtud del traslado de régimen, con todo accede a que se ordene la indexación de las sumas adeudadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo*, el demandante presenta recurso de apelación en lo que respecta a los intereses moratorios, precisando que se encuentra acreditado que la entidad no reconoció la pensión desde el momento de su causación y dentro del expediente administrativo, está probado que la entidad ya conocía el precedente jurisprudencial y que contaba con los requisitos para acceder al derecho pensional; adicionalmente, conocía sobre la desafiliación tácita cuando quiera que no existían cotizaciones posteriores, por tanto la demandada tenía todos los soportes para determinar que la pensión se debió conceder desde su causación.



1100131050 08 2018 00599 01

En cuanto a las costas procesales estima que hay lugar a su imposición, por cuanto el demandante tuvo que acudir ante la administración de justicia con el objeto de obtener el resarcimiento de su derecho, con fundamento en un expediente administrativo que siempre ha estado a disposición de la demandada, por lo que estima que si se debe condenar a la encartada al pago de las costas procesales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico

Conforme a los argumentos expuestos en el recurso de alzada, el objeto del presente debate se centra en establecer si la demandante tiene derecho a la modificación de la fecha de disfrute de la misma, el pago de los intereses moratorios y las costas de primera instancia.

c. De la calidad de pensionado

No es objeto de debate que el demandante obtuvo el reconocimiento y pago de la pensión de vejez mediante la Resolución No. GNR 149072 del 23 de mayo del 2016 a partir del 1° de junio del 2016, en cuantía inicial de \$2.375.001, la



cual fue reliquidada mediante la Resolución No SUB 103652 del 18 de abril del 2018, en cuantía igual a \$3.317.804.

d. De la fecha de Disfrute de la Pensión

Sobre este tópico, se tiene sentado que en materia pensional la fecha de causación de la prestación económica difiere de la fecha de disfrute de la misma, tratándose la primera, de la calenda en la cual el afiliado acredita los requisitos de edad y densidad de semanas exigidos por el legislador para acceder al derecho pensional y la segunda, del momento a partir del cual tiene derecho a entrar a percibir dicho monto, como quiera que para ello se requiere tener en cuenta hasta la última semana de cotización y se requiere verificar el retiro del sistema, acorde lo dispone el artículo 35 del Decreto 758 de 1990.

Al margen de lo enunciado, también debe recordar la Sala que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de vieja data tiene puntualizado que la fecha de disfrute puede ser anterior al momento en el cual se efectuó la última cotización, en aquellos casos en que se logre corroborar que el afiliado continuó realizando el pago de los aportes por un error de la Administradoras, ante la negativa de conceder el derecho pensional o cuando quiera que se denote que el afiliado realizó cualquier tipo de conducta tendiente a no continuar con las cotizaciones. Criterio vertido entre otras, en la sentencia SL-5603 del 2016, en la que indicó:

“El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia,



1100131050 08 2018 00599 01

el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

“Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

“Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

“También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

“En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

“Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el



1100131050 08 2018 00599 01

sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

“En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

“Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).”

Bajo este contexto, se observa en el *sub-lite* el demandante arribó a los 60 años de edad el 24 de abril del 2011 (Fl 14) y realizó su última cotización en diciembre del 2009. Ahora bien, se constata en el presente caso que el demandante venía afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y mediante solicitud elevada el 18 de febrero del 2013 petitionó el traslado de régimen por ser beneficiario del régimen de transición; no fue sino hasta el 5 de junio de la misma anualidad que requirió el reconocimiento de la pensión de vejez.



1100131050 08 2018 00599 01

Aunado a ello, se corrobora que el demandante en aras de acreditar que su última relación laboral feneció en diciembre de 2009 allegó ante la encartada la liquidación final de prestaciones sociales de su empleador mediante oficio del 30 de diciembre del 2015 (Fl. 33).

Dimana de lo enunciado que la pasiva con ocasión de la documental que fuera allegada por el demandante con la cual acreditó que su última relación laboral feneció para diciembre del 2009, última data en que se registró una cotización de su parte para el sistema y en consideración a que el mismo acreditó el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión para el 24 de abril del 2011, debió consentir, el reconocimiento de la prestación desde el 25 de abril del 2011, data para la cual la mesada pensional en efecto ascendería a \$2.685.438,25, como en efecto lo determinó el fallador en primera instancia y se puede corroborar en la siguiente relación:

2011	3,73%	\$ 2.767.398,51
2012	2,44%	\$ 2.870.622,47
2013	1,94%	\$ 2.940.665,66
2014	3,66%	\$ 2.997.714,57
2015	6,77%	\$ 3.107.430,93
2016	5,75%	\$ 3.317.804,00

Ahora, no pasa por alto la Sala que el traslado de régimen del demandante se dio hasta el mes de mayo del año 2013, sin embargo, tal suceso no puede menguar el hecho de que la última cotización fue realizada en diciembre del 2009; data misma, en que se culminó su relación laboral con la empresa CSF Sistemas de Carga Internacional Ltda. y por tanto, se debió desafiliar del



sistema por parte del referido empleador, sin que el dislate de este, pueda redundar en el menoscabo de los derechos pensionales del promotor del litigio, quien en todo caso decidió solicitar el traslado de régimen con fundamento en la línea jurisprudencial que fuere desarrollada sobre el particular a partir de la sentencia SU-070 del 2010, según se observa en las solicitudes elevadas por el promotor y el oficio de Porvenir S.A. del 30 de mayo del 2013.

Dimana de lo enunciado la confirmación de este punto de la providencia, analizado en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

e. De la mesada 14

Frente a este punto, se recuerda que el Acto Legislativo 01 del 2005, proscribió el reconocimiento de la mesada 14, para aquellas personas cuyo derecho pensional se causara con posterioridad a la vigencia del mismo; esto es, del 22 de julio de la misma anualidad; con excepción que aquellas pensiones que no superen los 3 salarios mínimos y se causaren antes del 31 de julio del 2011.

De esta manera, aunque en efecto en el *sub-lite* quedó acreditado que el derecho pensional del promotor quedó causado antes del 31 de julio del 2011, habida consideración que para dicha anualidad el salario mínimo legal mensual vigente ascendía a \$535.600 y que la mesada pensional del promotor lo fue por \$2.685.438, monto superior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, en modo alguno habría lugar al pago de la mesada 14 como fuera determinado en primera instancia.



1100131050 08 2018 00599 01

Por manera que el retroactivo pensional causando del 25 de abril del 2011 al 31 de mayo del 2016, realmente asciende a \$190.103.193,03, como se puede verificar en el siguiente cuadro:

Fecha Inicial	Fecha Final	Mesada Pensional	Numero de Mesadas	Total
25/04/2011	31/12/2011	\$ 2.685.438	8,016	\$ 21.526.473,01
1/01/2012	31/12/2012	\$ 2.780.771	13	\$ 36.150.023,00
1/01/2013	31/12/2013	\$ 2.834.718	13	\$ 36.851.337,51
1/01/2014	31/12/2014	\$ 2.938.469	13	\$ 38.200.096,48
1/01/2015	31/12/2015	\$ 3.137.403	13	\$ 40.786.243,03
1/01/2016	30/05/2016	\$ 3.317.804	5	\$ 16.589.020,00
TOTAL			\$ 190.103.193,03	

En tal sentir inminente resulta la modificación de la providencia de primera instancia, en lo que atañe al valor del retroactivo pensional, del cual además se autorizará el respectivo descuento por aportes en salud al Sistema General de Seguridad Social.

f. De los intereses moratorios:

Respecto a los intereses se debe señalar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió *“En caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado,*



además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”

Por lo anterior, debe recordarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, morigeró el criterio frente a su imposición, al considerar que existe justificación cuando la negativa de la entidad se funda en un respaldo normativo, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, pues su conducta estaría regida por el estricto cumplimiento de las normas que gobiernan la materia. Imposición que, en todo caso, debe respetar el término de gracia de 4 meses previsto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 tratándose de la pensión de vejez.

En el *sub-lite*, se itera que el demandante solicitó de forma primigenia el reconocimiento y pago de la pensión de vejez mediante petición elevada el 5 de junio del 2013, por manera que al ser concedida la misma hasta el 1° de junio del 2016 mediante la Resolución No. GNR 149072 del 23 de mayo del 2016, dimana lógico colegir que sí hay lugar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados desde el 5 de octubre del 2013 y hasta el 30 de mayo del 2016.

Siendo del caso destacar que el argumento del *a-quo* consistente en que la pasiva tenía una excusa para no reconocer la pensión, en la medida en que el actor se vio sometido a un traslado de régimen, no es de recibo para la Sala, en la medida en que el traslado ya estaba autorizado para el 30 de mayo del 2013 como se desprende de la misiva de Porvenir S.A. obrante a folio 15, por manera



que para cuando solicitó el reconocimiento pensional el 5 de junio de esa misma anualidad, ya se encontraba afiliado en el Régimen de prima Media con Prestación Definida.

g. Prescripción

En lo que a este punto respecta se recuerda que conforme lo dispuesto el artículo 151 del C.P.T y la S.S, el fenómeno jurídico de la prescripción en material laboral opera de forma trienal, el cual solo es susceptible de interrumpir por una única vez mediante la presentación de la respectiva reclamación administrativa.

De cara a ello, como quiera que el derecho pensional quedó consolidado el 25 de abril del 2011 y el demandante elevó la solicitud de reconocimiento pensional el 5 de junio del 2013, la cual fue desatada mediante la Resolución No 123733 del 2013, en contra de la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron desatados mediante las resoluciones 12015 del 15 de enero del 2014 y 12599 del 1° de agosto del 2014, por manera que al haber radicado la demanda el 25 de septiembre del 2018, no alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción.

De esta manera, no cabe duda alguna en que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional.

h. Costas procesales



1100131050 08 2018 00599 01

Finalmente, en lo que respecta a la inconformidad planteada por el recurrente en torno a la absoluciónde las costas de primera instancia, basta indicar que dicha condena opera de forma objetiva, acorde las reglas prescritas por el legislador en el artículo 365 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposici3n del artículo 145 del C.P.T y la S.S; cuyo numeral 1°, refiere:

“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelaci3n, casaci3n, queja, súplica, anulaci3n o revisi3n que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

“Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulaci3n de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relaci3n con la temeridad o mala fe”.

En tal medida, dado que la sentencia de primera instancia resultó desfavorable a Colpensiones, resulta lógico que se imponga condena en costas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISI3N

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISI3N LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:



1100131050 08 2018 00599 01

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de julio del 2020, en cuanto a que el reconocimiento pensional lo será por 13 mesadas al año, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de julio del 2020, en el sentido de precisar que el monto del retroactivo pensional asciende a \$190.103.193,03.

TERCERO: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia emitida en primera instancia, para en su lugar determinar que la pasiva deberá ser condenada al pago de las costas procesales de primera instancia.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de análisis.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 18 2019 00044 01**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 18 2019 00044 01
Demandante: JOSÉ TITO LIZCANO SANTACRUZ
Demandado: UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia proferida el 23 de junio del 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *José Tito Lizcano Santacruz*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la *Unidad de Gestión de Pensión y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UPP*, a efectos que se declare que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional por cumplir con los requisitos previstos en la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita por la *Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero* y el *Sindicato Nacional*



*de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero; se declare que la demandada debe reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional compartida con la pensión de vejez; se ordene el pago de la pensión de jubilación convencional debidamente indexada, al pago de las diferencias en las mesadas pensionales, la mesada 14 y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones narró que nació el 12 de agosto de 1959, prestó sus servicios a la *Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A* en liquidación del 6 de mayo de 1976 al 28 de junio de 1999, devengando como último salario la suma de \$1.509.314; solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional ante la UGPP y ante COLPENSIONES; la UGPP mediante Resolución No. 047238 del 17 de diciembre del 2018 denegó el derecho pensional reclamado, a su vez COLPENSIONES mediante la Resolución No. GNR 15358 del 23 de enero del 2015 le concedió la pensión de vejez, la cual fue reliquidada a través de la Resolución No. GNR 172620 del 17 de junio del 2015.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal UGPP, en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que el demandante no cumple con los requisitos para ser beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios o indexación, falta de título y causa de la parte actora, buena fe e imposición de costas procesales.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de junio del 2020, decidió absolver a la demandada UGPP de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por el demandante; declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido y condenó en costas al demandante.

Como sustento de su decisión indicó que no existe discusión en cuanto a la existencia del contrato de trabajo en calidad de trabajador oficial, desde el día 6 de mayo de 1976 al 27 de junio de 1999, desempeñando el cargo de Director II Grado 6, en la Gerencia General del Municipio de Turiel (H), y con una última asignación de \$1'509314 mensuales, tal como se desprende de la certificación laboral expedida por la entidad demandada.

Refirió en cuanto a la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, que no se acreditó la afiliación del actor al Sindicato ni del pago de cuotas, aunado a ello que aparentemente desempeñaría un cargo de dirección y confianza, por lo cual en principio no es beneficiario de la normativa extralegal.

Pese a lo anterior es dable analizar la prestación convencional bajo los preceptos del artículo 38 del Decreto 2351 del 1965, frente a lo cual no se opuso la pasiva, y ello en tanto no se tiene certeza si el cargo de subgerente regional es de dirección, confianza y manejo. En ese orden de ideas, no es dable acceder a la prestación contenida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo de los años 1998 a 1999, suscrita entre el sindicato SINTRACREDITARIO y la empleadora, ello en tanto de conformidad con el Acto Legislativo 01 del 2005, los



requisitos deben cumplirse con anterioridad al 31 de julio del año 2010, siendo que el actor cumplió 55 años de edad el 12 de agosto de 2014.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que en el artículo 4º de la Convención Colectiva de Trabajo se relacionan los empleos que están exceptuados, sin que se incluya el que ocupara el actor; por otro lado que se desconoce lo establecido en el Parágrafo 1º del artículo 41 convencional, en tanto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 289 de 2018, estableció que la edad pensional no es requisito de causación sino de disfrute de la pensión, de tal manera que tiene derecho a la misma independientemente de que haya cumplido 55 años con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

VI.- CONSIDERACIONES:

a. Tramite de segunda instancia.

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho a la pensión de jubilación convencional reclamada.



c. Del caso en concreto

Sea lo primero indicar, que no es objeto de discusión que entre el actor y la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 6 de mayo de 1976 y el 27 de junio de 1999, cuyo último cargo fue el de Subdirector II, Grado 6, de la Gerencia Regional del Huila – Teruel (Fl. 28).

Tampoco el hecho que al demandante Colpensiones le reconoció mediante Resolución GNR 15385 del 23 de enero del 2015, modificada mediante la Resolución No GNR 174620 del 12 de junio del 2015, una pensión de jubilación en los términos de que trata la Ley 33 de 1985, a partir del 12 de agosto de 2014, en cuantía inicial de \$1.129.379.

Asimismo, se aprecia la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre SINTRACREDITARIO y la empleadora con vigencia 1998-1999 (Fls. 58 a 88), la que le es aplicable al demandante, pues estuvo vinculado laboralmente a la extinta Caja Agraria para dicha época, máxime que figura con fecha de depósito el 17 de abril de 1998 (Fl. 88), y que gozaba de plena vigencia al momento en que feneció la relación laboral entre las partes.

De la misma manera, de conformidad con la citada Convención, le es aplicable al demandante, como quiera que el cargo que desempeñó no se enmarca dentro de los exceptuados en el artículo 4º, ya que dicha disposición contempla:

“Lo beneficiarios de la presente Convención Colectiva se aplicarán a todos los trabajadores de la Caja que se encuentren a su servicio con excepción del Gerente General o Presidente, quien es empleado público y de los siguientes trabajadores oficiales: Vicepresidentes, Secretario General, Contralor,



Revisor Fiscal, Gerentes de Orden Nacional, Gerentes Especiales, Gerentes Regionales, Gerentes Departamentales, Directores de Departamento, Asesor de la Presidencia, Asesor Especial de la Presidencia Grado 31, Asistente de la Presidencia, Secretario Privado de Presidencia, Gerentes Zonales, Jefes de Unidad, Coordinadores de Regionales Grado 28, Coordinadores Jurídicos Regionales Grado 24, Directores de Oficina Grado 16 a Grado 50 discriminados así: 2 Directores Grado 28, 12 Directores Grado 26, 20 Directores 24, 11 Directores Grado 21, 23 Directores Grado 18, 23 Directores Grado 16, Suplente de Revisor Fiscal, Delegados de Revisoría Fiscal (Antes Asistentes de Auditoría General), Asistente Delegado Grado 24”.

Dicho esto, entra la Sala a determinar si el actor cumplió los requisitos para ser beneficiario de la pensión convencional del artículo 41 de la citada Convención Colectiva de Trabajo, el cual señala:

“ARTÍCULO 41: PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. “A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

“(…)

“PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución”.

De conformidad con la certificación laboral aportada (Fl. 47), se aprecia que, al momento del retiro el demandante contaba con 23 años y 52 días de servicios. Es así que el actor cumple con el primer requisito para causar la pensión convencional del artículo 41, y esto es haber sido empleado al servicio de la *Caja Agraria* por 20 años o más.



Por otra parte, y en punto de verificar el cumplimiento del segundo requisito, esto es la edad, se aprecia que de conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía aportada por la parte activa, el demandante nació el 12 de agosto de 1959 (Fl. 26), cumpliendo la edad en la misma fecha del año 2014, encontrándose, en principio, fuera del término de vigencia de las pensiones convencionales de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005.

A ese respecto, conviene citar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL526 de 2018, Radicación No. 63158 del 14 de febrero de 2018, en la cual, al resolver un caso análogo por los supuestos de hecho del asunto, señaló que:

“la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.”

Ello, por cuanto considera la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que en el caso de los extrabajadores los cuales son beneficiarios de una prestación pensional, la causación de la misma no está sujeta al cumplimiento de la edad, y por ser una condición individual, debe considerarse como requisito para su disfrute, exigibilidad o goce.

Es así, que la pensión del actor se entiende causada desde el momento en que concurrieron los requisitos del tiempo de servicios, 20 años, y su desvinculación de la empresa, esto es el 6 de mayo de 1996, por lo cual en este aspecto no le asiste razón al A Quo, toda vez que para el 31 de julio de 2010, fecha en la cual el Acto Legislativo 01 de 2005 previó que perderían vigencia las pensiones de carácter convencional, el actor ya tenía un derecho adquirido y estaba



estructurada su pensión de vejez en los términos de la convención colectiva, siendo la edad, que cumplió el 12 de agosto de 2014, requisito para disfrute o goce de la misma.

Al unísono, el Alto Tribunal en reciente jurisprudencia, sentencia SL2798-2020, Radicación No. 61320 del 15 de julio de 2020, realizó la exposición sobre la aplicabilidad de convenciones suscritas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, concluyendo que las mismas se extendían hasta el 31 de julio de 2010, como sucede con la del caso que nos ocupa; circunstancia por la cual, se afirma más aún el hecho de que el demandante sea merecedor de la pensión convencional deprecada.

Por lo anterior, habrá de ser revocada la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, para en su lugar acceder al reconocimiento y pago de la pensión anhelada.

d. Del monto de la pensión

En este punto, debe advertirse que, en cuanto a la forma de liquidar la pensión convencional, el Parágrafo 3º de su artículo 41 regula la forma de la siguiente manera:

“Parágrafo 3º. La pensión se liquidará así:

“Primer Factor Fijo: último sueldo básico mensual más primas de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengando.

“Segundo Factor: Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días



o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.

“Los valores anteriores se sumas y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

“De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido.”

De la anterior lectura, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2954-2020, Radicación No. 706640 del 3 de agosto de 2020, analizó un caso de similares condiciones, en la que sostuvo la forma de liquidar la prestación de la siguiente manera:

“A efectos de calcular la prestación, se observa que la tasa de reemplazo y el monto de “la misma corresponde el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios y, para liquidarla, se toman dos factores, uno fijo, comprendido por el último sueldo básico, más las primas de antigüedad y prima técnica si se devengó y otro variable, conformado por el salario en especie, el auxilio de transporte, el incentivo de localización, gastos de representación, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados viáticos devengados durante 180 días o más, así como el valor de la sobre remuneración en el caso de desempeñar cargos superiores; cantidades que deben sumarse y dividirlos entre 12 y al resultado así obtenido, se le aplica el 75%.

“Teniendo en cuenta lo anterior, a folios 23 a 24 del cuaderno principal, reposa una certificación del coordinador del grupo integral de entidades liquidadas, donde se sumaron los factores fijos y variables percibidos por la demandante en el último año de servicio, para un total de \$1.034.594, valor que se utilizara para realizar los cálculos respectivos, advirtiendo que en este asunto es viable indexar ese monto desde la fecha de desvinculación, 27 de junio de 1999, hasta el momento en que arribó a los 50 años de edad, 10 de octubre de 2011 (al efecto puede consultarse, entre otras, la sentencia de casación CSJ SL736-2013)”.

Así las cosas, a folio 47 reposa el certificado de información laboral emitido para efectos pensionales por el Ministerio, del cual se evidencia frente al primer factor



fijo, el mismo comprende el sueldo básico en la suma de \$591.307, junto con la prima de antigüedad por valor de \$206.958, rubros que arrojan un total de \$798.265.

Frente al segundo factor, se tuvieron en cuenta la prima de junio de 1998 en \$18.557, prima de diciembre de 1998 en \$1.484.494, prima de junio de 1999 en \$1.308.269, prima escolar de 1999 en \$440.525, así como la prima de vacaciones en \$1.202.092, emolumentos que divididos entre 12 arrojan un total de \$371.161,41.

Por consiguiente, sumados los dos factores regulados en el Parágrafo 3º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, el monto a tener en cuenta para efectos de la liquidación es la suma de \$1.169.426,41; valor que debe ser indexado a la fecha de disfrute de la pensión el 12 de agosto del 2014, conforme la sentencia SL 736 de 2013, en la que se estableció que la misma procede para todas las pensiones legales o extralegales, así se hayan causado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, aplicando la fórmula establecida por dicha Corporación en sentencia No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la 32020 del 6 de diciembre de 2007, que corresponde a:

$$\text{VH} = \$1.169.426,41 \times \frac{\text{IPC FINAL (IPC diciembre de 2013 - 133,98254)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre de 1998 - 52,18481)}}$$

Total ingreso base indexado: \$3.002.458,41. Valor que al aplicarse la tasa de reemplazo del 75%, nos arroja como monto de la primera mesada pensional la suma de \$2.251.843,8.



En lo que refiere a la mesada 14, hay lugar a la misma, pues al haberse causado la pensión con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, es palmario que su procedencia es de recibo para la Sala.

a. De la compartibilidad pensional y el monto de la mesada pensional:

Al respecto, La Sala Labora de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1946, previeron la subrogación gradual de las pensiones legales, pero no de las extralegales, pues esa posibilidad sólo surgió a partir del 17 de octubre de 1985, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985, que previó la compatibilidad de esas pensiones, con el consecuente pago del mayor valor, si a ello hubiera lugar, situación reiterada con el Acuerdo 049 de 1990.

Es así que, como quiera que la pensión de la demandante se causó el 6 de mayo de 1996, habrá de precisarse que la pensión aquí reconocida es de carácter compartida con la reconocida por Colpensiones mediante Resolución GNR 15385 del 23 de enero del 2015, modificada mediante la Resolución No 174620 del 12 de junio del 2015 a partir del 12 de agosto del 2014 en cuantía inicial de \$1.129.379 (Fls. 34 a 42), siendo a cuenta de la *UGPP* el pago del mayor valor, de suerte que dado que para 2014 la pensión a cargo de dicha entidad ascendía a \$2.251.843,8., el monto de la diferencia a su cargo es de \$1.122.464,8.

b. Prescripción

En lo que a este punto respecta se recuerda que conforme lo dispuesto el artículo 151 del C.P.T y la S.S, el fenómeno jurídico de la prescripción en material laboral



opera de forma trienal, el cual solo es susceptible de interrumpir por una única vez mediante la presentación de la respectiva reclamación administrativa.

De esta forma, en la medida en que el demandante tenía derecho al disfrute de la pensión convencional reclamada a partir del 12 de agosto del 2014, al haber solicitado el reconocimiento pensional hasta el 21 de agosto del 2018 (Fl 18), mismo que fue denegado mediante la Resolución No RPD 047238 del 17 de diciembre del 2018 (Fl 56) y quedar radicada la demanda el 15 de enero del 2019 (Fl 90), resulta lógico colegir que alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción frente a todas y cada una de las diferencias a su cargo por las mesadas pensionales causadas con antelación al 21 de agosto del 2015.

De esta forma atendiendo a los resultados del proceso la Sala se releva del estudio de las demás excepciones propuestas. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera lo serán a cargo de la convocada a juicio.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de junio del 2020, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reconocer la pensión de



jubilación convencional reclamada por el demandante a partir del 12 de agosto del 2014, en cuantía igual a \$2.251.843,635.

SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP pagar a favor del actor el mayor valor de la pensión convencional aquí reconocida con la otorgada por Colpensiones, el cual a 12 de agosto del 2014 era de \$1.122.464,87.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción frente a todas y cada una de las diferencias pensionales a cargo de la UGPP, causadas con antelación al 21 de agosto del 2015.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral **1100131050 08 2019 00602 01**
Demandante: **JOSÉ EUGENIO RUÍZ PICHIMATA**
Demandado: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS**
 FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y el
 MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ EUGENIO RUÍZ PICHIMATA, promovió demanda Ordinaria en contra del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, con la finalidad que se le condene a la primera al reconocimiento y pago de la pensión convencional indexada de carácter compartida con la segunda referida, con efectividad a partir del 3 de abril de 2006, esto es, desde la fecha en que completó 50 años de edad de conformidad con lo establecido en el artículo 26 Parágrafo de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976, que suscribiera el sindicato base y la hoy extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, y atendiendo lo regulado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con Radicación No. 35565 del 9 de febrero de 2012.

Igualmente, se condene al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al pago de las mesadas desde el



3 de abril de 2006, sin perjuicio del derecho de repetición por la cuota parte pensional que podrá ejercer la entidad en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que fue sindicalizado desde su ingreso hasta su retiro en la empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, por lo que es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre el sindicato base y la extinta empleadora.

Que de conformidad con lo establecido en el acuerdo convencional, se debe acumular para efectos pensionales el tiempo durante el cual le sirvió como soldado al Estado, situación que ha sido adoctrinada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Adujo que el tiempo servido como soldado lo fue por el periodo comprendido entre el 7 de febrero de 1973 y el 25 de enero de 1975, y con posterioridad laboró para la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA desde el 23 de enero de 1978 hasta el 29 de noviembre de 1991, donde fue trabajador oficial, por lo que reúne un total de 15 años, 6 meses y 24 días y un último salario de \$232.450.91.

Por último, refirió que fue despedido por la extinta empresa el 30 de noviembre de 1991 por supresión del cargo, por lo que su finiquito fue sin justa causa, aunado a que nació el 3 de abril de 1956, es decir, que cumplió 50 años de edad el mismo día y mes de 2006.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL se opuso a las pretensiones, argumentando que su objeto social es la defensa y seguridad de La Nación, sin ser competente para el reconocimiento y pago de una pensión como la que aquí se persigue.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.



El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, igualmente se opuso al *petitum*, bajo el entendido que no se encuentra probado que el demandante hubiese laborado al servicio del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por lo que no ostenta los requisitos prestacionales alegados.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, genérica, pago, falta de causa y título para pedir y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra, declarando de oficio la excepción de cosa juzgada.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar, que no hay discusión de la calidad de trabajador oficial del demandante, como tampoco frente su vinculación laboral ni a los extremos temporales que la rigieron.

Adujo igualmente, que en razón a que lo pretendido por el demandante es el reconocimiento y pago de una pensión de carácter convencional, era cargo del propio demandante, atendiendo la carga de la prueba, acreditar tanto el texto convencional como la constancia de depósito según los preceptos del artículo 469 del C.S.T. y lo adocinado por la Sala de Casación Laboral.

Que a pesar de la orfandad probatoria, no se pudo pasar por alto que el extremo demandado no discutió la existencia de la aducida convención, ni mucho menos la veracidad de la prerrogativa pensional que contenía aquella, por lo que sería del caso su estudio, si no fuera porque de las pruebas recaudadas, se pudo constatar que mediante Resolución No. 1371 de 2016, el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció al actor una pensión sanción a partir del 3 de abril de 2016.

Tal reconocimiento, fue otorgado en virtud de la decisión proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta Ciudad el 2 de marzo de 2000 dentro del proceso con radicación 1999-00164, en el que el demandante solicitó como pretensiones principales el reconocimiento y pago de una



pensión de jubilación con fundamento en lo dispuesto en los artículos 7 y 3 del Decreto 895 y 1651 de 1991, y como subsidiarias el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación convencional conforme el artículo 51 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente al momento del retiro, y el reconocimiento y pago de una pensión sanción.

Por ese motivo, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá al pronunciarse respecto de la pretensión del actor refirió que a la vigencia del Decreto 895, esto es, 3 de abril de 1991, había laborado a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia por lo menos 15 años, puntualizándose allí, que el actor pretendió que para efectos de completar los 15 años de servicios por la precitada norma para el reconocimiento de la pensión de jubilación restringida, se tuviera en cuenta el tiempo de servicio militar prestado, cómputo solicitado en atención de lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención, el cual no fue tenido en cuenta atendiendo las prerrogativas de dicho articulado.

En virtud de lo anterior, fue que el Juzgado Laboral del Circuito de Bogotá en esa decisión desestimó las pretensiones principales y la pretensión subsidiaria No. 1, y en su lugar accedió a la subsidiaria No. 2, reconociendo la pensión sanción contemplada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, sentencia que se confirmó por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en providencia del 28 de septiembre de 2000.

Así, concluyó la *a-quo* que a pesar de que en la demanda conocida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, el demandante no solicitó expresamente dentro de sus pretensiones el reconocimiento pensional basado en el artículo 26 de la Convención de 1976, tal como si lo hace en la presente acción, los pedimentos de aquel proceso y del presente, han estado encaminados a obtener la acumulación de tiempos prestados a los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia y al Ministerio de Defensa Nacional como soldado, además, que el demandante fundamentó tal cómputo de tiempos en el articulado del acuerdo colectivo, de ahí que hubiese declarado oficiosamente la excepción de cosa juzgada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



La parte demandante apeló la decisión. Mencionó la *a-quo* refirió que no existe dentro del plenario copia de la Convención Colectiva de Trabajo cuando fue allegado con la demanda, más sin embargo refirió que la aportaría en sede de segunda instancia.

Encontró reproche con relación a la excepción de cosa juzgada declarada de oficio, por cuanto aduce que dentro del presente asunto no se dieron los presupuestos de la misma relacionados con la identidad de objeto ni causa petendi, en la medida en que las causas por las que basa sus pretensiones, son con ocasión a una nueva interpretación que hizo la Sala de Casación Laboral frente a la pensión convencional que se persigue, como lo fueron las sentencias con Radicación No. 39366 de 2012 y 21963 de 2004.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si le asiste el derecho al aquí demandante, al reconocimiento y pago de la pensión convencional del año de 1976, de conformidad con lo establecido en el Parágrafo del artículo 26, que alude es de carácter compartida, ello en atención del tiempo obtenido en el servicio militar y en la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que el demandante laboró para la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia por el periodo comprendido entre el 23 de enero de 1978 y el 9 de enero de 1992, vínculo que culminó por supresión del cargo, según lo advierten los boletines de personal No. 53 de 1978, 1385 de 1991 y 148 de 1992 y que reposan en el expediente administrativo visible a folio 63 del plenario.



Tampoco el hecho que el demandante prestó servicio militar por el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 1974 y el 30 de octubre de 1976, según se desprende de los Formatos No. 1 y 2 emitidos por el Ministerio de Defensa Nacional.

Del derecho pensional pretendido.

El demandante pretende la aplicabilidad de una prestación de carácter convencional, más exactamente, la vigente para el año de 1976.

Al respecto, es menester indicar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL265-2018, Radicación No. 57976 del 14 de febrero de 2018, ha sostenido la trascendencia y obligatoriedad de aportar la convención junto con la constancia del depósito ante el Ministerio del Trabajo en los términos del artículo 469 del C.S.T.

Así las cosas, el apelante insiste en su alzada que con la demanda fue aportada la convención objeto de súplica, pero revisado en forma minuciosa el expediente, no se aprecia que esta se haya incorporado al plenario con la presentación del *petitum*, como tampoco que en la foliatura exista alguna enmendadura o se aviste que haya sido excluida del asunto durante el transcurso del trámite procesal, por lo que su argumento se cae de peso.

Por otra parte, si bien adujo que la Convención sería incorporada en el trámite de segunda instancia, en ningún momento fue allegada, la cual se hace necesaria para el estudio de las pretensiones incoadas y que por demás era menester allegarla por el parte demandante atendiendo la carga probatoria que le asiste de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., por lo que de entrada no asiste derecho alguno de lo reclamado.

Ahora, si en gracia de discusión no fueran de resorte los argumentos ya esgrimidos, si bien la demandada no refutó la existencia de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976, del expediente administrativo allegado en medio magnético (Fl. 63), se aprecia que al demandante mediante Resolución No. 1371 del 25 de julio de 2016, la demandada FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA le reconoció una pensión sanción en los términos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, debidamente indexada a partir del 3 de abril de 2016, ello con ocasión de una sentencia



judicial que fuera emitida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de marzo de 2000 con radicación No. 1999-00164, y confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 28 de septiembre de 2000.

De los antecedentes esbozado por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, se aprecia que el demandante solicitó como pretensiones principales en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA: *“1. Declarar que la demandada es el ente obligado al pago de las pensiones causadas al momento del retiro. 2. Condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, con efectividad a partir del 10 de enero de 1992, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 7 y 3 de los Decretos 895 y 1651 de 1991. 3. Se condene a la demandada al pago de las mesadas pensionales atrasadas debidamente indexadas”.*

Como pretensiones subsidiarias propuso: *“1. Se condene al fondo demandado al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Convención Colectiva de Trabajo, vigente al momento del retiro. 2. Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión sanción. 3. Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las mesadas atrasadas, con sus respectivos intereses moratorios”.*

En tal sentido, allí el Juzgado expuso con relación a la pretensión principal, es decir, la pensión de jubilación en atención de lo dispuesto en los artículos 7 y 3 de los Decretos 895 y 1651 de 1991, que había quedado establecido en el asunto que el actor a la fecha de vigencia del Decreto 895 que lo fue el 3 de abril de 1991, había laborado a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia por menos de quince años, sin embargo, pretendía el demandante que para efectos de completar los quince años de servicio, se tuviera en cuenta el tiempo de servicio militar de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, la cual disponía:

“ARTÍCULO 26: CÓMPUTO DE TIEMPO PARA PENSIÓN:

Los periodos remunerados por la Empresa durante los cuales el trabajador se encuentre incapacitado por el Médico para trabajar, en uso de licencia por calamidad doméstica o en permiso sindical permanente o transitorio se computarán para la liquidación de la pensión de jubilación, vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad o cesantía.



Parágrafo:

Igualmente se computará el tiempo durante el cual el trabajador se haya encontrado prestando el servicio militar obligatorio.”

Concluyó el Juzgado que tal articulado convencional hace referencia al tiempo de servicio militar prestado por los trabajadores vinculados a la empresa y en virtud del cual se hubiese hecho efectiva la suspensión del contrato de trabajo, por lo que no era procedente la acumulación del tiempo del servicio militar, que se hubiese hecho efectivo con anterioridad al ingreso del trabajador, de ahí que únicamente se pudiera tener en cuenta el tiempo laborado al servicio de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, que al no ser superior a los quince años, no era posible aplicar el derecho pensional 895 y 1651 de 1991, por lo que absolvió de la pretensión principal No. 2.

Seguidamente, se negó la pretensión subsidiaria No. 1 atinente al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional preceptuada en el artículo 51, bajo el entendido que el señor JOSÉ EUGENIO RUÍZ PICHIMATA no había acreditado quince años de servicio a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia; circunstancia por la cual, accedió a la pretensión subsidiaria No. 3 concerniente al pago de la pensión sanción contenida en la Ley 171 de 1961.

La anterior decisión, fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 28 de 2000 y en sede de apelación, atendiendo que el motivo de la alzada se circunscribía a que se tuvieran como laborados quince años de servicios para los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia, incluido el servicio militar, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976.

Señaló el Tribunal no gozar de prosperidad lo pretendido, por cuanto la norma convencional refiere a cómputo de tiempo para pensión y para las precisas circunstancias allí anotadas, se parte del presupuesto de que hubiese acontecido en periodos durante la vigencia del nexa laboral y no por fuera de este, sumado al hecho que en caso de aducirse como aplicable la Ley 48 de 1993, que reglamentó el servicio de reclutamiento y movilización, es aplicación laboral que rige hacia el futuro y por tanto sin posibilidad de aplicación retroactiva.



Puestas así las cosas, y como lo decidió la *a-quo*, esta Corporación puede concluir que en efecto dentro del presente asunto se constituyó la excepción de cosa juzgada, toda vez que en la sentencia proferida en su entonces por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada por el Tribunal, se realizó un análisis minucioso de la aplicabilidad del artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976, más exactamente en lo referente a la inclusión de tiempos del servicio militar, para concluirse que tal tiempo no se podía tener en cuenta para efectos pensionales ya que no se efectuaron dentro del tiempo de labores con los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mismo articulado que se pretende dentro del presente asunto.

Estos aspectos, conllevan a determinar que de llegarse a decidir nuevamente sobre el punto de reproche que aquí se protagoniza, sería entrar a plantear una inseguridad jurídica de las sentencias que profieran la jurisdicción; por ello, siguiendo los criterios del artículo 303 del C.G.P., se presentan los tres requisitos de esta figura exceptiva, como lo son la identidad de partes, objeto y causa conforme a lo expuesto en las consideraciones ya enunciadas.

El apelante igualmente funda su apelación, en el disenso que la aplicabilidad de esta del artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo del año de 1976 debe analizarse por cuanto la Sala de Casación Laboral ha cambiado ha hecho una nueva interpretación sobre este tipo de prestación, como lo fue en las sentencias con Radicación No. 39366 de 2012 y 21963 de 2004.

No resulta de recibo tal su argumento, puesto que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que el cambio de criterio jurisprudencial no habilita a las partes para que vuelvan a someter a consideración de los jueces las mismas controversias, como así lo sostuvo en la sentencia SL4672-2020, Radicación No. 72457 del 24 de noviembre de 2020, que a su vez trajo a colación la sentencia SL624-2013, que expuso:

“5º. Ese proceso fue juzgado al amparo de la tesis de la Corte según la cual cuando la convención colectiva exigía los mismos requisitos pensionales a los requeridos por la ley, la pensión convencional era legal. Pero como ya se dijo, dicho criterio fue cambiado y el hecho de que así hubiera ocurrido, no significaba que el actor pudiera caprichosamente volver a demandar, pues su caso ya estaba decidido y juzgado”.



Por todo lo dicho, habrá de confirmarse la absolución decidida por la falladora de instancia.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

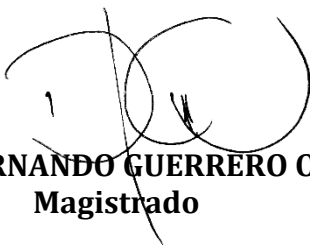
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

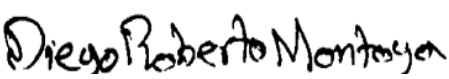
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

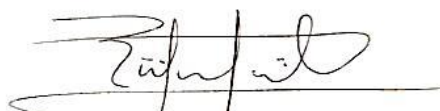
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral **1100131050 21 2019 00713 01**
Demandante: MARTHA ELISA GONZÁLEZ DE RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería al abogado *Jheisson Santiago Garzón Tiamonte*, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.018.435.921 y T.P. 277.810 del C. S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARTHA ELISA GONZÁLEZ DE RAMÍREZ, formuló demanda en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se le condene a la encartada, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ ÁLVARO RAMÍREZ SUÁREZ, sucedido el 3 de diciembre de 1981, al pago de intereses moratorios, lo que se llegue a probar de manera *ultra y extra petita*, y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, expuso que el señor JOSÉ ÁLVARO RAMÍREZ SUÁREZ, cotizó para los riegos de vejez, invalidez y muerte un total de 225 semanas, prestando servicio obligatorio por el periodo comprendido entre el 28 de septiembre de 1970 y el 30 de julio de 1972, equivalente a 95 semanas, por lo que acreditó un total de 320 semanas en su vida laboral.

Que el señor JOSÉ ÁLVARO SUÁREZ RAMÍREZ falleció el día 3 de diciembre de 1981, con quien convivió en matrimonio de forma permanente e ininterrumpida, compartiendo el mismo techo, mesa y lecho desde el 7 de agosto de 1976 y hasta la fecha del deceso.

Por último, refirió que elevó solicitud pensional ante la encartada, la cual negó el derecho mediante Resoluciones GNR82627 de 2015, GNR 194251 de 2016 y SUB 36264 de 2018, bajo el entendido que el fallecido no dejó causado los requisitos de la pensión, a pesar de que cotizó 300 semanas en cualquier época.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que verificado el expediente administrativo del señor JOSÉ ÁLVARO RAMÍREZ SUÁREZ, al momento del fallecimiento contaba con 225 semanas en toda su vida laboral, y dentro de los seis años anteriores a su deceso acreditó 126 semanas de las cuales 0 correspondieron a los últimos tres años, de ahí que no haya cumplido con el requisito estipulado en el Decreto 3041 de 1966.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, por lo que declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que en virtud a que el señor JOSÉ ÁLVARO RAMÍREZ SUÁREZ falleció el 3 de diciembre de 1981, el estudio pensional debía analizarse bajo la égida del Decreto 3041 de 1966, el cual fue regulado por los artículos 20 y 5 del Acuerdo 224 de 1966.

Que a su vez, el literal b) del referido artículo 5º, fue eliminado por el artículo 1º del Acuerdo 019 de 1983, aprobado por el artículo 1º del Decreto 232 de 1984, publicado en el Diario Oficial el 14 de febrero de 1984, pero al haberse dado el fallecimiento del señor JOSÉ ÁLVARO RAMÍREZ SUÁREZ el 3 de diciembre de 1981, el estudio pensional debía analizarse conforme a los condicionamientos normativos dispuestos exclusivamente en el Decreto 3041 de 1966 sin sus modificaciones, como así lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Seguidamente, expuso que teniendo en cuenta tanto las semanas efectuadas al ISS como el tiempo del servicio militar, último por el periodo comprendido entre el 28 de julio de 1970 y el 30 de julio de 1972, el fallecido acreditó un total de 320.14 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales se reportan 80.14 semanas en los seis años anteriores a la fecha del deceso, y ninguna en los tres años previos, de ahí que no haya acreditado el requisito de semanas preceptuado en el Decreto 3041 de 1966, regulado por los artículos 20 y 5 del Acuerdo 224 del mismo año.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante, inconforme con la decisión la apeló. Expuso que si bien se estableció que el Decreto normativo que rigió la pensión de sobrevivientes aquí reclamada es el Decreto 3041 de 1996, el requisito de fidelidad fue eliminado con posterioridad por el Acuerdo 019 de 1983, aprobado por el Decreto 232 de 1984, el cual exige 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, interregno que el fallecido cumplió.



Por tal razón, la retroactividad de la ley se puede aplicar atendiendo el principio de favorabilidad, de ahí que sea procedente el pago de la prestación por la condición más beneficiosa.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si a la aquí demandante, le asiste el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento del señor JOSÉ ÁLVARO RAMÍREZ SUÁREZ.

De prosperar tal súplica, se auscultará la fecha a partir de la cual es procedente el pago, y si asiste el derecho de intereses moratorios.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que COLPENSIONES mediante Resoluciones GNR 82627 del 19 de marzo de 2015, GNR 194251 del 30 de junio de 2016 y SUB 36264 del 8 de febrero de 2018 (Fls. 59 a 60, 62 a 63 y 65 a 66), negó el derecho pensional perseguido por la acora como consecuencia del fallecimiento del señor JOSÉ ÁLVARO RAMÍREZ SUÁREZ, bajo el entendido que no dejó acreditado el requisito mínimo de semanas preceptuado en la norma.

Tampoco es objeto de reproche que el causante efectuó cotizaciones al antiguo ISS de la siguiente manera:



EMPLEADOR	DESDE	HASTA	No. DE SEMANAS
PRODUCTOS METÁLICOS	23/08/1967	25/01/1969	74,57
UNIV AUTOMOT DE TRAN	26/07/1974	15/06/1977	150,86
TOTAL			225,43

Además, que prestó servicio militar conforme se acredita de la certificación emitida por el Ministerio de Defensa, así:

DESDE	HASTA	No. DE SEMANAS
28/09/1970	30/07/1972	94,66
TOTAL		94,66

Así las cosas, el fallecido acreditó un total de 320.09 semanas.

De la misma manera, dentro del plenario obra copia del Registro Civil de Matrimonio que da fe que la demandante y el difunto señor JOSÉ ÁLVARO RAMÍREZ SUAREZ, contrajeron matrimonio el 7 de agosto de 1976 (Fl. 14).

Así las cosas, procede la Sala a resolver el derecho pensional deprecado. Para lo respectivo, a folio 30 obra copia del Registro Civil de Defunción del señor JOSÉ ÁLVARO RAMÍREZ SUÁREZ, que denota que su deceso sucedió el 3 de diciembre de 1981, situación que a su vez conduce a que el derecho deprecado se estudie a la luz de las prerrogativas del Decreto 3041 de 1966.

Ahora bien, el argumento de apelante gira en torno a que el requisito de fidelidad del Decreto 3041 de 1966, fue eliminado con la expedición del Acuerdo 019 de 1983, que fuese aprobado por el Decreto 232 de 1984.

Para lo respectivo, debe advertirse que el Decreto 3041 de 1966, que aprobó el Acuerdo 224 del mismo año, determinó en sus artículos 5 y 20 lo siguiente:

“ARTICULO 5o. Tendrán derecho a la pensión de invalidez los asegurados que reúnan las siguientes condiciones:

“a. Ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 45 de la ley 90 de 1948;

“b. Tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años”.



“ARTICULO 20. Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a pensiones de sobrevivientes en los siguientes casos:

a. Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5o para el derecho a pensión de invalidez;

b. Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento”.

Con posterioridad, el artículo 1 del Decreto 232 de 1984, que aprobó el Acuerdo 019 de 1983, y publicado en el Diario Oficial el 14 de febrero de 1984, dispuso en su artículo 1º modificar el artículo 5 del Decreto 3041 de 1966, conforme a lo siguiente:

“Tendrán derecho a pensión por invalidez los asegurados que reúnan las siguientes- condiciones:

“a) Ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 62 del Decreto-ley 433 de 1971.

“b) Tener acreditadas 150 semanas de cotización- para los riesgos de invalidez, vejez y muerte I. V. M., dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época”.

Para abordar los planteamientos del opositor, debe advertirse en primera medida, que en tratándose del cómputo de semanas como consecuencia del servicio militar, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1261-2018, Radicación No. 47748 del 18 de abril de 2018, analizó un asunto donde se encuentra incurso los requisitos pensionales de la invalidez a la luz del Decreto 3041 de 1966, donde puntualizó:

“Se precisa, que el Decreto 3041 de 1966, contempla únicamente dos preceptos: el primero, que aprueba el Acuerdo 224 de la misma anualidad, contentivo del reglamento general del seguro social obligatorio de IVM; y el segundo, que establece su vigencia y la derogatoria del Decreto 1826 de 1965.

“Y el referido Acuerdo, cuyo contenido reprodujo en su totalidad aquél decreto citado, contempla en el literal b) del artículo 5:

ARTICULO 5º. Tendrán derecho a la pensión de invalidez los asegurados que reúnan las siguientes condiciones:

a) (...)

b) Tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años.



“Visto lo anterior, tal como lo concluyó el ad quem, la norma aplicable al sub- lite, es el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, pues para la fecha de estructuración de invalidez del actor, era esta la normativa vigente y por ende, el llamado a regular la situación jurídica planteada.

“Le asiste razón a la censura, en cuanto a los errores jurídicos y fácticos que le atribuye al Tribunal, al no computar el tiempo de servicio militar prestado por el demandante certificado por el Ministerio de Defensa Nacional (f.º 40-41), y considerar que no eran acumulables las cotizaciones efectuadas al ISS a los tiempos de servicios del sector público, por cuanto ello es permitido en los términos del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, cuyos derechos, privilegios y prerrogativas para aquellos servidores públicos que prestaron el servicio militar obligatorio, en cumplimiento de un deber Constitucional, ya venían consagrados también en los Decretos 2400 y 3074, de 1968 reglamentados por el D.R. 1950 de 1973, vigentes para la época en que el actor prestó su servicio militar.

“El artículo 101 de este último decreto, previó que el referido tiempo de servicio militar se tendría en cuenta para efectos de cesantía, pensión de jubilación o de vejez y prima de antigüedad, en los términos de la ley, beneficios que igualmente se consagraron, por mandato Constitucional, en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993.

“La Corte, sobre este tema en particular, señaló en la sentencia CSJ SL, 2 may. 2012, rad. 42383:

“[...]

“Para abordar el asunto en controversia, en primer lugar se ha de indicar que ya desde el año de 1968, la intención del ejecutivo era la de reconocer estímulos a aquellos servidores públicos que fueron llamados a prestar el servicio militar obligatorio, pues con la expedición de los Decretos 2400 y 3074, ambos de 1968, y reglamentados por el D.R. 1950 de 1973, se consagró en el artículo 101 de esta última normatividad, que -El tiempo de servicio militar será tenido en cuenta para efectos de cesantía, pensión de jubilación o de vejez y prima de antigüedad, en los términos de la ley-, beneficios que igualmente se consagraron, por mandato Constitucional, con la expedición de la Ley 48 de 1993, al disponer en el literal a) de su artículo 40 que “Todo Colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos: a) En las Entidades del estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez (sic) y prima de antigüedad en los términos de la Ley.”, consagrando así, como bien lo señala su Título V, “Derechos, prerrogativas y estímulos”, para aquellos servidores públicos que prestaron el servicio militar obligatorio, en cumplimiento de un deber Constitucional.”

Es así entonces, que como lo sostuvo la *a-quo*, para el análisis de la pensión de sobrevivientes que aquí se alega, deben tenerse en cuenta los tiempos en que el causante prestó el servicio militar, que como ya se advirtió, versan por el



periodo comprendido entre el 28 de septiembre de 1970 y el 30 de julio de 1972, equivalentes a 94.66 semanas.

En lo que atañe a la fidelidad en los términos del Decreto 3041 de 1966, igualmente el Órgano de cierre efectuó un análisis de similares condiciones en la sentencia SL3549-2019, Radicación No. 65811 del 28 de agosto de 2019, asentando de entrada que el estudio pensional se debe efectuar con la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado, que dentro del presente asunto acaeció el 3 de diciembre de 1981, por lo que no puede pretenderse por cuestiones de favorabilidad como lo alega la actora, dar aplicación al Acuerdo 019 de 1983, aprobado por el Decreto 232 de 1984, en tanto se estaría incurriendo en un desconocimiento a lo preceptuado en el artículo 16 del C.S.T., el cual regula que las leyes sociales son de aplicación inmediata, por lo que rigen hacia el futuro, sumado a que debe tenerse de precedente el principio de irretroactividad de la ley que regula la materia. Así lo sostuvo:

“Considera la corte que es pertinente recordar el criterio reiterado de esta corporación, según el cual, el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma vigente al momento de la muerte del afiliado o pensionado. De ahí que, tal y como lo señaló el fallador de segundo grado, la disposición que rige el asunto es el artículo 20 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el 1 del Decreto 3041 de la misma anualidad, cuyos requisitos no cumplió el afiliado, ya que si bien aquél cotizó más de 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la muerte, tan solo 71.85 de éstas, corresponden a los últimos tres años anteriores al fallecimiento, por lo que no cumplió con la exigencia legal; hechos que fueron aceptados en forma expresa en el recurso extraordinario.”

La recurrente en el desarrollo del cargo, invocó la aplicación de los principios del derecho común, dentro de un espíritu de equidad y justicia, para, no obstante aceptar que la muerte del señor Restrepo Saldarriaga ocurrió en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del citado año, solicitar la aplicación del art. 1 del Acuerdo 019 de 1983 aprobado por el art. 1 del Decreto 232 de 1984, el que, luego de casi un año y medio de ocurrido el deceso, modificó el art. 5 del Acuerdo 224 de 1966, y eliminó la exigencia de que, de las 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento, setenta y cinco (75), correspondieran a los últimos tres (3).

Corresponde a la sala resolver, si como lo alega la censura, el juez colegiado error en la aplicación de las normas acusadas en el cargo, o si su actuación se encuentra ajustada a la ley.

El artículo 20 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el art. 1 del Decreto 3041 del mismo año, vigente para la fecha del deceso del afiliado,



establecía:

(...)

De lo que viene de transcribirse, resulta evidente, que las normas vigentes a la fecha del deceso del afiliado, exigían que, de las 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores al deceso, 75 correspondieran a los últimos 3 años, como requisito para dejar causado el derecho a la pensión solicitada.

La exigencia concerniente a las 75 semanas, fue eliminada por el artículo 1 del Acuerdo 019 de 1983 aprobado por el art. 1 del Decreto 232 del 31 de enero de 1984, que modificó el artículo 5 del Acuerdo 224 de 1966, así:

(...)

Dada la claridad de las normas transcritas, es incuestionable que, a la fecha del fallecimiento del afiliado, se encontraba vigente la condición de que 75 semanas de las 150 exigidas dentro de los seis años anteriores, correspondieran a los últimos 3, como requisito para causar el derecho a la pensión de invalidez y, por extensión, a la de sobrevivientes, de conformidad con el artículo 20 del mencionado Acuerdo 224 de 1966.

Por lo dicho, no le asiste razón a la recurrente, toda vez que el fallador de segundo grado aplicó en debida forma las normas pertinentes, por ser las vigentes a la fecha de fallecimiento del afiliado.

El tribunal no podía dar aplicación al art. 1 del Acuerdo 019 de 1983 aprobado por el 1 del Decreto 232 de 1984. Hacerlo, sería desconocer el art. 16 del Código Sustantivo del Trabajo, de conformidad con el cual, las leyes sociales son de aplicación inmediata, y en principio, rigen hacia el futuro; así mismo, en virtud del principio de irretroactividad de la ley regulado en aquella, las nuevas normas no tienen la virtualidad de regular o afectar las situaciones jurídicas definidas y consolidadas conforme a preceptos sustanciales anteriores.

Más adelante reseñó:

“Consecuentemente, no era posible al ad quem aplicar retroactivamente lo dispuesto por el art. 1 del Acuerdo 019 de 1983 aprobado por el art. 1 del Decreto 232 de 1984, como lo pretende la censura; tampoco, en virtud del principio de equidad, porque el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, establece, que en caso de ausencia de normas directamente aplicables al caso, se hace uso de las que regulen materias semejantes, preceptuando que «[...] los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios [...], en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad», lo que significa que aquellos operan como fuente supletoria, ante la ausencia de una norma que regule la situación puesta a su consideración; supuesto que no se configura en el presente evento.”



Tal decisión, igualmente trajo a colación la sentencia SL8430-2018 y SL390-2019.

Así las cosas, puede concluir la Sala sin dubitación alguna, que como lo decidió la falladora de instancia, la actora no es merecedora de la pensión de sobrevivientes perseguida, toda vez que, al haber fallecido el señor JOSÉ ÁLVARO RAMÍREZ SUÁREZ el 3 de diciembre de 1981, el requisito de semanas cotizadas debe valorarse a la luz del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad en su integridad, que refiere que el afiliado debió acreditar 150 semanas de cotización dentro de los seis años anteriores al deceso, en las que 75 semanas debían cotizarse dentro de los últimos tres años, presupuesto que no fueron ostentados.

Lo anterior, en razón a que el fallecido durante el periodo comprendido entre el 3 de diciembre de 1975 y el 3 de diciembre de 1981, esto es, los últimos seis años antes del fallecimiento, tan solo acreditó un total de 78.98 semanas, y dentro de los tres años anteriores al deceso, que lo fueron desde el 3 de diciembre de 1978 hasta el 3 de diciembre de 1981, no efectuó cotización alguna.

Por los motivos expuestos, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad, la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 09 2019 00756 01
Demandante: OLGA CRISTINA MORALES DE ÁLVAREZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Olga Cristina Morales de Álvarez*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, para que se declare que cumple a cabalidad con los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por ser beneficiaria del régimen de transición.

Por consiguiente, se le condene a la encartada al reconocimiento y pago de la prestación económica deprecada.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 9 de octubre de 1953 y en la actualidad cuenta con 64 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición por cuanto cotizó más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.



Que mediante Resolución SUB 164018 de 2018 *Colpensiones* le negó el derecho pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones fue notificada en legal forma, y al no presentar escrito alguno se le tuvo por no contestada la demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1 de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, aunado a que las prerrogativas de dicha normativa se extendieron en principio a su favor hasta el 31 de diciembre del año 2014, toda vez que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas, de ahí que en inicio le fuesen aplicables las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

A pesar de ello, si bien la actora cumplió 55 años de edad en el 2008, no acreditó 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, ni 1000 semanas en cualquier tiempo al 31 de diciembre de 2014, plazo último que se extendió el régimen de transición conforme los lineamientos del Parágrafo 4º del mencionado Acto Legislativo 01 de 2005.

Seguidamente expuso, que el estudio pensional debía realizarse bajo la égida de los requisitos pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, sin que la actora hubiese acreditado por lo menos 1125 semanas al año 2008, fecha en que adquirió el requisito de la edad.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



La parte demandante interpuso recurso de apelación. Expuso que, el régimen de transición tiene claramente establecido unos presupuestos de derecho, por lo que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas, por lo que ya cumplía con los requisitos pensionales exigidos en la norma.

Refiere que bajo esta perspectiva, no entiende el por qué su estudio pensional haya sido extendido hasta el 31 de diciembre de 2014, máxime si la *Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y Colpensiones* no contestaron la demanda.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si a la aquí demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión pretendida.

c. Del caso en concreto:

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe advertirse que no fue objeto de reproche que *Colpensiones* mediante Resoluciones SUB 164018 del 20 de junio de 2018, SUB 229039 del 29 de agosto de 2018 y DIR 16249 del 5 de septiembre de 2018 (Fls. 3 a 9), negó el derecho pensional de la demandante básicamente por no cumplir con los requisitos del régimen de transición, ni con las prerrogativas de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.



Tampoco el hecho que la demandante cotizó un total de 1.009.15 semanas durante su vida laboral, por el periodo comprendido entre el 2 de enero de 1970 y el 31 de marzo de 2018 como da cuenta el reporte de semanas emitido por *Colpensiones*.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años,
o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos hasta el 31 de julio de 2010, o para el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando en ese evento tuviesen 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

En el caso de la demandante, se tiene que nació el 9 de octubre de 1953, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 40 años de edad, de ahí que en principio sea beneficiaria del régimen de transición.



En tal sentido, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, prevé la pensión de vejez, para el caso de las mujeres, cuando cumplan 55 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

La demandante cumplió la edad exigida el 9 de octubre de 2008, pues se itera, nació el mismo mes y día del año 1953, lo que conlleva a establecer que la edad la cumplió antes del 31 de julio de 2010, sin que para dicha calenda ostentara 500 semanas en los últimos 20 años al cumplimiento de la edad, pues tan solo acreditaba 8.57 semanas, ni tampoco acreditaba 1000 semanas en cualquier tiempo, ya que tan solo tenía 752.

Ahora, si bien a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 que lo fue el 29 de julio de dicha anualidad, ostentaba 752 semanas, por lo que el régimen de transición se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, tampoco acreditó el derecho pensional puesto que a dicha data cotizó un total de 859.14 semanas; circunstancia por la cual, es palmario que la actora no gozaba del derecho pensional a la luz del Decreto 758 de 1990.

Además, no acreditó el requisito pensional de la Ley 33 de 1988, ni mucho menos el de la Ley 71 de 1988.

Lo anterior, conlleva a que la prestación reclamada sea analizada bajo la égida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, la cual señala que para el año 2008, fecha en que la actora cumplió los 55 años de edad, debía acreditar 1.125 semanas, presupuesta que tampoco acredita pues como ya se expuso, durante toda su vida laboral acreditó un total de semanas de 1.009.15.

Así las cosas, al no ostentar la señora *Olga Cristina Morales de Álvarez* con los requisitos pensionales consagrados en las disposiciones normativas ya indicadas, habrá de confirmarse la absolución decidida por la *a-quo*.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



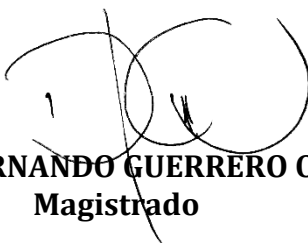
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

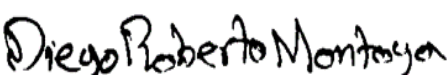
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

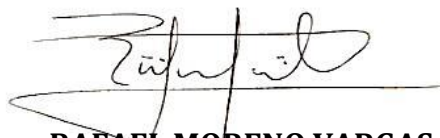
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

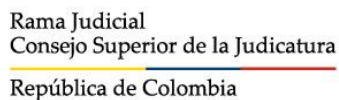


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la señora PILAR DEL CONSUELO RIAÑO RUIZ, parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

1.1DE LA DEMANDA:

La señora PILAR DEL CONSUELO RIAÑO RUIZ, formuló demanda en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL, hoy SKANDIA S.A., con la finalidad de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PORVENIR S.A., fundamentada esta pretensión en la indebida y nula información que se le otorgó por parte del fondo privado al momento de hacer el traslado.

Por consiguiente, se ordene a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A. a realizar todas las gestiones administrativas atinentes a declarar nulo el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; asimismo, que se ordene a las AFP a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a su vez, se ordene a COLPENSIONES recibirla



sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, procediendo con la corrección y actualización de su historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo la demandante que nació el 23 de diciembre de 1966, afiliándose al Sistema General de Seguridad Social por medio del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que el 12 de agosto de 1994 se trasladó a PORVENIR S.A., el 1º de diciembre de 1995 se trasladó a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., en abril del 2003, se afilió a la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., para el mes de abril de 2005, se afilió a la AFP OLD MUTUAL S.A., para octubre de 2005 se volvió a trasladar a PORVENIR S.A., para el mes de mayo de 2010 se trasladó a ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., para el mes de agosto de 2012 retornar a PORVENIR S.A. y, por último, en el mes de agosto de 2015 se trasladó nuevamente a OLD MUTUAL S.A., AFP a la que se encuentra actualmente afiliada.

Con respecto a dichas afiliaciones, alega la demandante que diligenció los formularios sin haber recibido previamente asesoramiento e información suficientes para que dicho consentimiento, manifestado en la firma del formulario, sea informado; que antes de cumplir los 47 años, realizó los trámites necesarios ante el Banco Caja Social, entidad donde trabajaba, para poder trasladarse de régimen pensional, pero cuando radicaron la solicitud, la accionante ya había cumplido los 47 años de edad, razón por la cual no pudo trasladarse.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opone a la totalidad de las pretensiones, considerando que la afiliación realizada por la señora PILAR DEL CONSUELO RIAÑO RUIZ es totalmente válida, señala que, si bien no estuvo presente en el momento en el cual la accionante se trasladó de régimen, no existe prueba que acredite que las AFP demandadas hayan hecho incurrir a la actora en un error al momento de efectuar el traslado, lo que sí se evidencia es negligencia por parte de la demandante a la hora de indagar sobre su situación pensional.

Formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen,



responsabilidad sui generis de las entidades de Seguridad Social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los Actos Jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; señala que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada por parte de la demandante es plenamente válida, y que no se puede endilgar responsabilidad a las AFP porque el monto pensional resulte inferior al esperado por la accionante, puesto que se trata de una situación que al momento del traslado de régimen era incierta, y no se demuestra la existencia de vicios de consentimiento en la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la innominada o genérica y traslado de la totalidad de aportes a Porvenir S.A.

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumenta que la demandante realizó el traslado de forma válida, por medio del formulario de afiliación.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

OLD MUTUAL S.A. se opone a las pretensiones en su contra, indica que la demandante se afilió a la AFP teniendo pleno conocimiento de las consecuencias de dicha afiliación, además, ya se había afiliado previamente a otra AFP, donde también suscribió un formulario de afiliación, por lo que ya tenía conocimientos previos respecto al funcionamiento del Régimen de



Ahorro Individual con Solidaridad, y SKANDIA S.A. en su momento, también cumplió con su deber de brindar información cierta, suficiente y oportuna a la afiliada.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de octubre de 2020, absolvió a las demandadas de la totalidad de las pretensiones en su contra; por ende, no declaro la nulidad ni la ineficacia del traslado de régimen.

Para arribar a dicha conclusión, el operador judicial trae a colación todo el recuento jurisprudencial que se ha tratado en materia de nulidad e ineficacia del traslado, la cual ha sido reiterativa en señalar la obligación que tienen las AFP de dar la información suficiente y transparente respecto a las consecuencias de trasladarse de un régimen a otro, de tal manera que el potencial afiliado pueda elegir el fondo que más le conviene a sus intereses.

No obstante, en el presente caso, en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante en audiencia, encuentra el juez de primera instancia que hubo una confesión de su parte, pues manifestó sí conocer las condiciones en que se daban en la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y tuvo conocimiento de dicha información gracias a la asesoría recibida por PORVENIR S.A. al momento del traslado. Tampoco se demuestra que hubiese sido presionada para efectuar dicho traslado pues, si bien la accionante señala que decidió trasladarse de régimen porque su jefe se lo sugirió, esta sugerencia no puede ser tomada como presión.

Asimismo, señaló que la actora si conocía que podía trasladarse a COLPENSIONES, pues ella misma indicó en la demanda que había intentado trasladarse de régimen antes de cumplir los 47 años, pero que no pudo hacerlo por una demora de su empleador en radicar la solicitud.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



La apoderada de la demandante, inconforme con la decisión, la apeló. Alegó que en el traslado efectuado se evidencian vicios en el consentimiento; solicita se tenga en cuenta la aplicación de la carga dinámica de la prueba, y la desproporcionalidad en el valor de la mesada pensional; que se valore que realmente en lo dicho por la demandante no se acredita que en la capacitación se le brindó la información completa, y que la duración de esta no implica que haya sido suficiente, por lo que no se puede tener como confesión el interrogatorio absuelto por la demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del



Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la



medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente caso, se vislumbra, a folio 56 del plenario, el formulario de afiliación por medio del cual se efectuó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PORVENIR S.A. a la demandante, el día 12 de agosto de 1994; no obstante, si bien en los formularios se establece que la decisión fue libre y voluntaria, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en señalar que el formulario de afiliación no es por sí mismo prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Es por esto que el formulario de afiliación por sí solo no es prueba suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información, y compete a los fondos demandados acreditar por otros medios que sí hubo un consentimiento informado tras la firma de este formulario.

Ahora frente, en el interrogatorio de parte refiere que es comunicadora social, y que actualmente trabaja como gerente comercial en el Banco AV Villas; así



mismo, indica que, al momento de realizar el traslado a PORVENIR S.A., lo hizo porque su jefe le recomendó hacerlo, toda vez que la accionante trabajaba en dicha entidad en ese momento; al preguntarle qué labores desempeñaba, indicó que trabajaba como asesora comercial en el tema de cesantías.

Respecto a la información que le dieron en ese momento, indica que le dijeron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar y por ende todos los aportes que hizo ante este Fondo los iba a recuperar al momento de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PORVENIR S.A., y que por esta razón era conveniente que se trasladara al fondo privado; de igual manera le indicaron que los fondos privados funcionaban diferente al Seguro Social, que mientras en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aportaba un monto a un fondo común del Estado, y al final el dinero que recibía de su pensión venía de ese fondo común, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tenía la opción de hacer un ahorro individual, y que inclusive, tenía la posibilidad de pensionarse anticipadamente. Indica que nunca le hicieron proyecciones pensionales.

Señala igualmente que se sintió engañada, porque al momento de afiliarse le dijeron que se podía pensionar con un monto superior, que iba a generar unos rendimientos beneficiosos en su cuenta de ahorro individual, y que los beneficios que le indicaron que iba a tener, no los tuvo realmente.

Que, si bien le hablaron de los aportes voluntarios, cuando ella averiguó por su cuenta respecto a este tipo de aportes, se percató que el monto tenía que ser elevado para poder ganar una buena pensión, y que tuvo conocimiento de esta situación al momento de hacer su último traslado, a la AFP OLD MUTUAL-SKANDIA.

Que intentó trasladarse de régimen en el mes de agosto del año 2013, momento en el que tenía 46 años, pero que debido a una incapacidad que tenía, solicitó al departamento de recursos humanos de su empresa el traslado a COLPENSIONES; no obstante, le indicaron que, por demora del fondo, la solicitud fue radicada el 24 de diciembre de 2013, fecha en la cual la demandante ya había cumplido los 47 años, razón por la cual le fue negado el traslado.



Asimismo, señala que los diversos traslados que hizo los hizo para obtener mejores rendimientos, pues algunos fondos daban buena rentabilidad; asimismo, indica que cuando se retronó a PORVENIR S.A. lo hizo porque el banco en el que trabajaba en tal entonces tenía una alianza con dicha AFP.

De igual manera, el hecho de haber verificado traslados entre diversas AFP no convalida la falta de información al momento del traslado de régimen.

Ahora bien, respecto a dicho medio de convicción, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2372-2018, Radicación No. 45041, del 23 de mayo de 2018, advirtió:

“La confesión está imbuida de ciertos principios probatorios, entre ellos -que es el que interesa al caso- el de indivisibilidad, consistente, en términos del legislador, en que la confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe; pero cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente (artículo 200 C.P.C.).

“De lo antes anotado es dado sostener que la confesión judicial, que es de la que se habla en este caso, debe verse como una unidad inescindible; por tanto, cuando el reconocimiento en ella contenido es categórico y asertivo del hecho confesado, o sea, sin adición alguna, estamos frente a lo que ha dado en llamarse confesión “pura y simple”; cuando además del reconocimiento del hecho se agregan por el confesante expresiones que modifican, aclaran o explican el hecho, se tiene una confesión calificada, no susceptible de ser dividida, pues el legislador entiende que aquí se conserva la unidad de la confesión, en tanto que el hecho confesado se debe tomar en los términos precisados por el confesante por vía de explicación, modificación, corrección o aclaración, situación que conlleva, necesariamente, a que si se acepta tal confesión, se acepten sin necesidad de prueba las adiciones que modifican, aclaran o explican el hecho confesado, salvo, obviamente, cuando exista prueba que desvirtúe tales agregados. (Negrillas fuera de texto original).

“Pero también es posible inferir de la norma antedicha que, aparte del hecho confesado, el declarante puede adicionar a su dicho hechos distintos al confesado, en tal caso, tales hechos, para que hagan parte de la unidad de la confesión, esto es, para que de aceptarse lo confesado se acepte lo adicionado, pues de lo contrario podrán separarse y de ellos esperarse su respectiva prueba para tenerlos por acreditados, deberán tener íntima conexidad con el hecho confesado, es decir, deberán mantener con el hecho confesado una ligazón necesaria, de tal naturaleza que, de abstraerse el hecho confesado desaparecerá el hecho adicionado y viceversa. En otros términos, la existencia de uno de los hechos expresados por el confesante dependerá de la del otro, por manera que, a pesar de la diferencia entre hecho confesado y hecho adicionado, el uno no podrá entenderse sin que se considere al otro. Entre ambos deberá,



entonces, evidenciarse una unidad lógica y natural, pues de no aparecer ella podemos distinguir en el dicho del confesante, por una parte, una confesión y, por otra, una alegación, por tanto, susceptibles de separar o dividir.

Pero si los hechos agregados son susceptibles de separar del hecho confesado, por contar con identidad y autonomía propias, como cuando también se adicionan por el confesante otros totalmente diversos y heterogéneos al confesado, la división de tal dicho resulta absoluta y físicamente visible, en tal caso, a dicha confesión se ha dado en llamar en la doctrina confesión ‘compuesta’, en otras palabras, una confesión pura y simple más una alegación que debe ser probada”.

Analizando el dicho de la demandante en el interrogatorio absuelto en audiencia, se evidencia que, si bien sí le dieron información respecto a las condiciones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y las del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y le indicaron que la pensión que devengaría bajo el Régimen de Ahorro Individual vendría de un ahorro que ella hace a una cuenta individual, solo le comentaron las implicaciones positivas de este ahorro, tales como el hecho de que se podría pensionar con un mejor monto, y que inclusive se podría pensionar anticipadamente, más no se confiesa que se le haya explicitado los montos que debía tener a su favor para financiar y acceder a la pensión, aspecto de vital relevancia para adoptar una decisión libre e informada.

Además, aseveró que el móvil que llevó a la demandante a trasladarse de régimen fue el hecho de que le dijeran que el ISS se iba a liquidar y que le convendría más trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues así recuperaría los aportes que había hecho al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, también lo hizo porque su jefe se lo recomendó, sin en manera alguna confesar que el traslado operó por la suficiencia de la información.

Asimismo, la misma demandante manifestó estar inconforme con su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, razón por la cual intentó trasladarse de régimen cuando tenía 46 años; sin embargo, debido a que los encargados de realizar este trámite radicaron la solicitud tardíamente, el traslado le fue negado.

Tampoco se puede inferir que la demandante tenía conocimiento de las condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por su trabajo,



pues fue reiterativa en decir se dedicaba a realizar asesorías en temas de cesantías, área que no se relaciona con temas pensionales.

Así las cosas, las AFP accionadas no cumplieron con la carga probatoria, y no se acredita cumplimiento del deber de información, por lo cual ha de declararse la ineficacia del traslado, y consecuencialmente ha de condenarse a las AFP a trasladar la totalidad de los dineros que se hubieren causado con ocasión de afiliación.

La devolución de estos dineros debe ser integral, esto significa que también se deben devolver los gastos de administración y los rendimientos financieros, teniendo en cuenta lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, la cual señaló lo siguiente:

“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 esta 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

De lo anteriormente citado se infiere que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros, los



cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la accionante, en caso de acceder a la prestación.

Ahora bien, con respecto a la prescripción, dicha excepción no es procedente en las acciones de ineficacia de traslado, así lo ha dicho el máximo órgano de cierre en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Como corolario de lo anterior, se revocará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora PILAR DEL CONSUELO RIAÑO RUIZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 12 de agosto de 1994, a la AFP PORVENIR S.A.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a PROTECCIÓN S.A. y a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos,



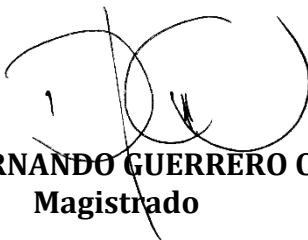
gastos de administración, primas de aseguradoras y cualquier otro emolumento que se haya generado durante su vinculación hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que les sea factible descontar suma alguna de dinero por ningún concepto.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora PILAR DEL CONSUELO RIAÑO RUIZ, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

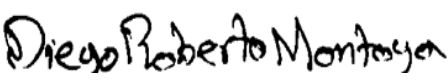
QUINTO: DECLARAR como no probada la excepción de prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

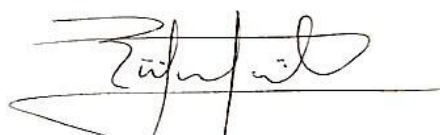
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 06 2019 00043 01

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

Ordinario Laboral **1100131050 06 2019 00043 01**
Demandante: JOBO LILI FLORIÁN RODRÍGUEZ
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia proferida el 5 de octubre del 2020 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 06 2019 00043 01

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOBO LILI FLORIÁN RODRÍGUEZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES a efectos que se condene a la demandada al reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, desde el 1º de junio del 2002, más la indexación de las sumas adeudadas y el pago de las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES mediante la Resolución No. 11415 del 2002, le concedió la pensión de vejez a partir del 1º de junio del 2002, conforme lo reglado en el Acuerdo 049 de 1990.

Aduce que convive en unión marital de hecho con la señora EMELINA LÓPEZ GUZMÁN desde hace 38 años de manera permanente e ininterrumpida, bajo el mismo techo, lecho y mesa, quien depende económicamente de él.

Precisó que el 23 de noviembre del 2018, presentó la respectiva reclamación administrativa, la que no ha sido desatada a la fecha.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 06 2019 00043 01

La demandada COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que los incrementos pensionales perdieron su vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Propuso y sustentó como medios exceptivos los que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de octubre del 2020 absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de fulminar condena en costas al demandante.

Como sustento de su decisión indicó que la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, estableció que los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, perdieron vigencia respecto de los pensionados que adquirieron el derecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; luego, como quiera que al accionante le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 1º de junio de 2002, de conformidad con la Resolución No. 11415 de 2002, no tiene derecho al incremento deprecado.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 06 2019 00043 01

En la medida en que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del libelista, resulta indispensable entrar a realizar el análisis de la presente providencia en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo.

c. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es un tema que ha sido ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 06 2019 00043 01

Justicia, concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encuentran vigentes.

Así puede colegirse que los aludidos incrementos mantienen su vigencia, no obstante, no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados debe entenderse que conservan su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4051-2018, Radicación No. 60955 del 18 de septiembre de 2018, señaló:

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

“Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de esta [...]”



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 06 2019 00043 01

Postura que además se ha mantenido en la sentencia SL809-2020, Radicación No. 68868, del 10 de marzo de dos 2020, en la que estableció:

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345

Con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

d. Del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990:

Conforme con lo manifestado en la demanda, por medio de la Resolución No 011415 del 2002 (Fl 20) se reconoció pensión de vejez al demandante, por lo que no es objeto de discusión en el presente caso, que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al haberle reconocido el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES pensión de vejez con



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 06 2019 00043 01

fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, y con ello, es beneficiario de los incrementos bajo estudio.

El literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, consagró los incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así:

“b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”

En tal sentido se aprecia, que son tres los requisitos que se debe acreditar para efecto del reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo: (i) la calidad de cónyuge, compañero o compañera permanente, (ii) la dependencia económica respecto del pensionado y, (iii) que el cónyuge, compañero o compañera permanente dependiente no disfrute de pensión, ello en la medida en que la filosofía de los referidos incrementos fue la de alivianar la carga que pesa sobre el pensionado que tiene bajo su responsabilidad la manutención.

Ahora bien, fueron evacuados los testimonios del señor SAMUEL SALAMANCA RODRÍGUEZ, trabajador del demandante y del señor MANUEL ORLANDO PRIETO RAMOS, quien laboró en un depósito de madera el cual era proveído por el demandante, quienes refirieron conocer al actor así como a la señora EMELINA LÓPEZ GUZMÁN, dando cuenta de su condición de compañera permanente, quien además depende económicamente del accionante.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 06 2019 00043 01

De igual manera, se aportó respecto de la señora EMELINA LÓPEZ GUZMÁN, el certificado de afiliación a la EPS FAMISANAR, en calidad de beneficiaria del demandante (Fl. 24).

Por tanto, se concluye que el actor cumple con los supuestos de hecho del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, y por ende le asiste el derecho al reconocimiento del incremento pensional por compañera permanente a cargo del 14% sobre la pensión.

Respecto a la prescripción, propuesta como excepción en la contestación de la demanda, encuentra esta Sala que se probó dentro del presente proceso, dado que a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha sentenciado que, es razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional o del cumplimiento de los requisitos, y la reclamación administrativa transcurrió un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T. o 151 del C.P.T. y de la S.S., y ello por cuanto los incrementos a que aluden los artículos precedentes, no forman parte integrante de la pensión por no gozar de los mismos atributos, por lo que pueden prescribir si no se reclaman en tiempo.

Tal postura ha sido sostenida invariablemente por dicha Corporación desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 06 2019 00043 01

En esta última, se rememoró lo dicho en la sentencia con radicación 27.923, en la que, respecto a la prescripción del derecho a reclamar los incrementos por personas a cargo, puntualizó que:

“(…) No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.

“La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos ‘subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen’, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.

“De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez”.

Aunado a lo anterior, en la sentencia con radicado 40.919 antes citada, señaló que por el acaecimiento de la prescripción se extingue el derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, por personas a cargo, al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, al punto que no es posible



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 06 2019 00043 01

considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante.

Dicha posición se ha mantenido, incluso en la sentencia SL 2711 del 17 de julio de 2019. Con fundamento en lo anterior, esta Sala se acoge al precedente unificado y permanente que ha mantenido nuestro máximo órgano de cierre, que además constituye doctrina probable.

En tal sentir, como quiera que al demandante le fue concedida su pensión de vejez mediante la Resolución No 011415 del 2002 (Fl 20), data para la cual ya se encontraba conviviendo con la señora EMELINA LÓPEZ GUZMÁN, al haberse presentado la reclamación administrativa hasta el 23 de noviembre del 2018 y radicarse la demanda que hoy nos convoca el 11 de enero del 2019 (Fl 1), resulta lógico colegir que operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

De cara lo indicado, se confirmará la sentencia absolutoria objeto de consulta, pero con fundamento en los argumentos que fueron expuestos por esta Sala en la presente providencia.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 06 2019 00043 01

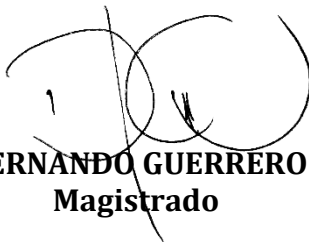
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

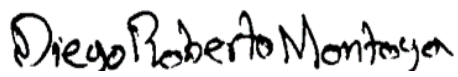
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de octubre del 2020, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, pero con fundamento en los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

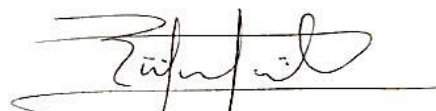
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 12 2018 00620 01
Demandante: NIDYA CIFUENTES PATAQUIVA
Demandado: COLPENSIONES Y SALUD TOTAL E.P.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por SALUD TOTAL E.P.S., en contra de la sentencia proferida el 16 de septiembre del 2020, por el Juzgado Doce Laboral del circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NIDYA CIFUENTES PATAQUIVA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de SALUD TOTAL E.P.S. y COLPENSIONES, con el objeto de que se declare que la demandante se encuentra afiliada a la EPS SALUD TOTAL y ha sido tratada clínicamente por dicha entidad; que se encuentra al día en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, pese a lo cual la EPS ha realizado el pago de las incapacidades de forma parcial.

Así mismo, se declare que es cotizante activa de COLPENSIONES y se encuentra al día en los pagos de aportes, pese a lo cual ha realizado la solución de las incapacidades de forma parcial. En consecuencia, solicita se condene a las accionadas a pagar las incapacidades adeudadas, más los intereses moratorios, a reconocerle los servicios requeridos de forma oportuna, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, manifestó en síntesis mantiene una relación laboral desde el 18 de octubre del 2005, realizando la sociedad empleadora de forma oportuna las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social, encontrándose afiliada a la ESP SALUD TOTAL y a COLPENSIONES, con un IBC igual al salario mínimo legal mensual vigente para cada año.

Refiere que por problemas de salud comenzó a ser tratada por la EPS SALUD TOTAL, siendo diagnosticada por la IPS respectiva con cervicalgia M542, síndrome de manguito rotador, epicondilitis bilateral, tendinitis, sacroileitis, masa en mediastino, POP neurolisis sacroiliacas bilateral, polialtralgias, fibromialgia y ojo seco; que acorde a un examen realizado el 23 de abril del 2016 se estableció que tiene un anticoagulante, lo que ha ocasionado incapacidades desde el 8 de marzo de 2016 hasta el 29 de enero del 2018; que la EPS le informó que actualmente presenta incapacidades superiores a 120 días y que su pronóstico es de origen común desfavorable, pronóstico que sería remitido a la AFP, así como a la empresa en la cual trabaja.

Que arribó a 180 días de incapacidad el 9 de febrero del 2015 y debido al no pago de las mismas, desde el día 181 se vio en la obligación de iniciar la respectiva acción de tutela, ante lo cual el Juzgado Cuarenta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante fallo del 22 de junio del 2016 le ordenó a COLPENSIONES asumir el pago de las mismas desde el 9 de febrero del 2015.

Que el 26 de agosto del 2016, se le notifica el dictamen de pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 25,05%, posteriormente la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó un 42,81%, el cual apeló y se encuentra pendiente de resolución por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Refiere que las incapacidades generadas desde el 22 de agosto del 2016 y hasta el 13 de febrero del 2018, han sido radicadas ante el Fondo de Pensiones COLPENSIONES, sin obtener el pago de las mismas y ante los requerimientos del Juzgado, el Fondo afirma que según la Ley 1753 del 2015 quien debe asumir el pago de estas incapacidades es la EPS, por manera que el Juzgado decide dar por cumplido el fallo de tutela y dispone el archivo del expediente.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que mediante Resolución No. 1030 del 10 de noviembre del 2016, reconoció el pago de los subsidios económicos por incapacidad causados del 9 de febrero del 2015 al 26 de agosto del 2016, sin que a la fecha se adeude concepto alguno por concepto de incapacidades.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de los intereses moratorios, buena fe y la genérica.

A su turno, SALUD TOTAL EPS se opone a las pretensiones de la demanda aduciendo que canceló en su integridad las incapacidades que le correspondía asumir, destacando que, al haber emitido concepto desfavorable de rehabilitación, conforme lo dispuesto en el Decreto Ley 19 del 2012, la AFP demandada es la llamada a reconocer y pagar las incapacidades.

Propone como medios exceptivos los que denomina: si la EPS accede al pago de incapacidades sin el lleno de los requisitos legales, estaría incumpliendo en indebida destinación de recurso públicos, solicitud de orden de pago a la ADRES en favor de SALUD TOTAL EPS y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 16 de septiembre del 2020, condenó a SALUD TOTAL EPS a pagar a la demandante las incapacidades causadas del 27 de agosto al 12 de noviembre del 2016, del 15 de noviembre al 12 de diciembre del 2016, del 5 de diciembre del 2016 al 2 de marzo del 2017, del 10 de marzo al 12 de abril del 2017, del 15 de abril al 5 de mayo del 2017, del 8 de mayo del 2017 al 5 de marzo del 2018 y del 4 de abril al 3 de noviembre del 2018, en cuantía no inferior al salario mínimo legal mensual vigente.



Absolvió a SALUD TOTAL EPS de las demás súplicas de la demanda y a COLPENSIONES de todas la suplicas en su contra, declarando no probadas las excepciones propuestas y condenando en costas a la EPS.

Como sustento de su decisión indicó que es de recibo que el afiliado se encuentre en situación de desprotección con posterioridad al día 540 de incapacidad de origen común, motivo por el cual la EPS debe asumir su pago, lo que además no se encuentra condicionada a que se haya surtido la calificación de la pérdida de capacidad laboral ni a la condición que la persona tenga un concepto de rehabilitación desfavorable.

Por otra parte, que en la sentencia T-401 2017 se ha señalado que es factible surtir un nuevo proceso de calificación de disminución ocupacional, así como requerir la revisión del dictamen de pérdida de calificación laboral que en principio se encuentra en firme; así las cosas, es un deber no solamente de la demandante el revisar la pérdida de calificación laboral sino de la EPS el solicitar la revisión del dictamen. Refiere que la accionante fue calificada por COLPENSIONES, la Junta Regional de Calificación de Invalidez y la Junta Nacional del Calificación de Invalidez estableciendo en el año 2017 una pérdida de la capacidad laboral del 42.81%, emitiéndose además por la EPS el concepto de rehabilitación desfavorable.

De otra parte, que COLPENSIONES acreditó el pago de las incapacidades entre el 9 de febrero del año 2015 hasta el 26 de agosto del año 2016, incluso en un total de 573 días, siendo que a partir del día 541 deben ser solucionadas por la EPS, la que tiene las acciones y competencias legales para los efectos de generar los recobros.

Así las cosas, se ordenó el reconocimiento de las incapacidades a partir del 26 de agosto del año 2016 y hasta el 3 de noviembre del año 2018, en cuantía que no puede ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente, obligación que estará a cargo de la EPS.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, SALUD TOTAL EPS presenta recurso de apelación en el que en suma indica en el fallo de la acción de tutela se ordenó



que las incapacidades deben estar a cargo de la AFP y se debía solicitar una revisión de la calificación de la pérdida de capacidad laboral emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para establecer realmente el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y se pueda decidir un eventual derecho pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el fallador de primera instancia para desatar el presente litigio debió tener en cuenta la orden impartida en la acción de tutela en la que se dispuso que el pago de las incapacidades se encuentra a cargo de la AFP; adicionalmente, si se debió solicita la revisión de la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la demandante.

c. Del fallo de tutela

En lo que respecta a la decisión adoptada dentro de la acción de tutela promovida por la libelista contra las hoy demandadas, corrobora la Sala que inicialmente el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá en sentencia del 22 de junio del 2016 ordenó de manera provisional a COLPENSIONES a través de su representante legal, pagar a la hoy accionante todas las incapacidades generadas por el médico tratante desde el día 181 (9 de febrero de 2015) hasta que se realice el dictamen de pérdida respectivo y adelante las gestiones pertinentes para que se realice la calificación de la pérdida de capacidad laboral.



Decisión judicial, en virtud de la cual COLPENSIONES profirió la Resolución No. 1033 del 10 de noviembre del 2016, por medio de la cual ordenó el pago de las incapacidades adeudadas a la demandante (Fls 62-63).

Posteriormente, el 12 de mayo del 2017, la accionante promueve incidente de desacato y en atención a la Resolución antes mencionada el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, con auto del 23 de abril del 2018, dispuso tener por cumplido el fallo de tutela proferido el 22 de junio del 2016 (Fl 88).

Seguidamente la demandante promueve una nueva acción de tutela, con ocasión a la cual el Juzgado Ochenta Civil Municipal de Bogotá, en sentencia del 22 de agosto del 2018, ordenó conceder el amparo a la demandante y ordenar al representante legal de la EPS SALUD TOTAL pagar a las demandante las incapacidades generadas desde el 26 de agosto del 2016 (Fls 120 -121) y hasta la fecha en que sea resuelto el recurso de apelación contra el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; fallo que fue modulado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá con sentencia del 19 de septiembre del 2018 (Fls 122) en el sentido de ordenar a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que en el término de cinco (5) días sea emitido el dictamen de pérdida de capacidad laboral, revocando en todo lo demás la sentencia apelada, por no cumplir con el requisito de inmediatez, conforme se desprende de lo indicado en la parte motiva de la misma.

De cara a lo expuesto, debe resaltar la Sala que si bien con ocasión de la primera acción de tutela instaurada por la demandante se determinó que las incapacidades se encontraban a cargo de la AFP, tal decisión fue adoptada de cara los supuestos fácticos acaecidos para la data de la providencia, esto es, por tratarse de incapacidades que superaban los 181 días, por lo que se dispuso en cabeza de dicha entidad el pago de las mismas, pero únicamente por el periodo comprendido el 9 de febrero del 2015 hasta que se emitiera el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral, providencia que incluso se tuvo por cumplida mediante auto del 23 de abril del 2018, de cara a lo dispuesto por COLPENSIONES en la Resolución No. 1033 de 2016.

Así pues, no puede pretender el apelante que, de cara a la providencia judicial previamente aludida, se le endilgue a COLPENSIONES la obligación de cancelar las incapacidades hoy reclamadas por la libelista, como quiera que ya el juez



de tutela definió en la oportunidad procesal pertinente que la obligación contentiva en el fallo de tutela fue satisfecha por dicha entidad.

Máxime si tenemos en cuenta que en la referida acción se definió exclusivamente lo tocante a las incapacidades generadas desde el día 181, esto es, desde el 9 de febrero del 2015, cuando en autos el debate se centró en establecer quien era la entidad a cargo del pago de las incapacidades generadas con posterioridad al 20 de agosto del 2016, en tanto se itera, que el 22 de agosto de esa misma anualidad el Juzgado que definió el amparo primigenio, estableció que COLPENSIONES cumplió la orden judicial.

Por manera que resulta lógico colegir que el fallo de tutela en modo alguno permite derruir los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia, con fundamento en los cuales se impuso la condena a la EPS, mismo que tampoco fueron debatidos en el recurso de alzada.

En otro giro, respecto al argumento consistente en que se debió solicitar un nuevo dictamen por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con el objeto de establecer si la demandante cumple con los requisitos necesarios para acceder a la pensión de invalidez, basta indicar que tal proposición, se encuentra totalmente alejada de la realidad procesal y los principios de congruencia que rigen esta actuación judicial, en la medida en que en el *sub-examine* el litigio no giró en torno a establecer si la demandante tenía derecho a obtener la pensión de invalidez.

Destacando que si bien el Juez de primera instancia goza de facultades *ultra y extra* petita (Art 50 del C.P.T y la S.S), estas solo pueden ser utilizadas cuando quiera que los supuestos de facto que dan lugar a dichos derechos han sido discutidos en el curso del proceso, presupuesto que no se cumple en autos.

Se sigue de lo indicado en precedencia, que ninguno de los argumentos expuestos en el recurso de alzada brinda a la Sala los elementos de juicio necesarios para revocar la providencia censurada, por lo que se confirmará la sentencia apelada.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.



V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

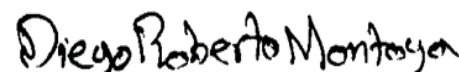
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 16 de septiembre del 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

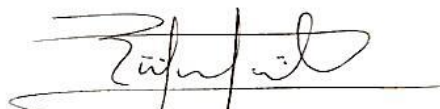
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 13 2019 00806 01
Demandante: MARTHA REBECCA MEJÍA BECERRA
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020).

AUTO

En virtud de la renuncia al poder allegada por la profesional del derecho DORIS ANGELICA CASTELLANOS SANTOS apoderada sustituta de la parte demandante, como quiera que esta cumple con los requisitos establecidos en el artículo 76 del C.G.P se acepta el mismo, por lo que para todos los efectos judiciales se tendrá como apoderada de la parte actora a la Dra. LIGIA GIRALDO BOTERO quien se identifica con la C.C No 24.867.023 y T.P No. 52.952, quien viene actuando como apoderada principal del extremo demandante.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la sentencia proferida el 20 de octubre del 2020, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARTHA REBECCA MEJÍA BECERRA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y de PROTECCIÓN S.A. a efectos de que se declare la nulidad del traslado de régimen por violación del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al no haberse respetado por parte de ING PENSIONES Y



CESANTÍAS S.A., el tiempo mínimo de permanencia de tres (3) años en el entonces Instituto de Seguros Sociales.

De forma subsidiaria decretar la nulidad o ineficacia del traslado por error de hecho proveniente de la falta de consentimiento informado.

En consecuencia, condenar a la AFP a devolver todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno o deterioros por la merma en el capital, incluso los gastos de administración en que hubiere incurrido; condenar a COLPENSIONES a aceptar los anteriores valores, ordenando la afiliación de la demandante al el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que nació el 19 de junio de 1963 y tiene cotizadas 1018,43 semanas; de las que 1017,86 han sido cotizadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al cual se trasladó en julio de 1996.

Precisa que jamás se le explicó que su pensión podría ser igual al salario mínimo, además que su decisión fue adoptada en una serie de falsas expectativas; relata que el 10 de mayo del 2019 solicitó a COLPENSIONES la declaratoria de nulidad del traslado de régimen, no obstante, dicha entidad se rehusó a recibir la reclamación, agotando así la reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, en atención a que obran en el expediente medios documentales probatorios suficientes para establecer que la decisión del traslado de régimen fue libre y voluntaria.

Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de reclamación administrativa, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos.



PROTECCIÓN S.A. se opuso a los pedimentos de la demanda, argumentando que no existe vicio en el consentimiento al momento de la afiliación que conlleve a la nulidad, ni ninguna causal de ineficacia.

Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta de juramento estimatorio de perjuicio como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 20 de octubre del 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como fundamento de su decisión adujo que el problema jurídico a determinar era si resulta ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por no cumplirse el término del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, existiendo una multiafiliación o multivinculación; de manera subsidiaria si el traslado es ineficaz por falta de información.

Señaló inicialmente que en el presente evento, no se evidenciaba un traslado de régimen pensional, toda vez que de la revisión del formulario aportado al plenario, se tiene que la afiliación a COLMENA se especificó como de vinculación inicial, mas no como traslado, por lo que no es dable establecer una eventual ineficacia, debiendo dirimirse lo atinente a la multivinculación.

Sobre tal aspecto argumenta que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original establecía que los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran, y una vez efectuada la selección inicial solo podrán trasladarse cada tres (3) años contados a partir de la selección inicial; por su parte el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 prohibió la multivinculación, por lo que dispuso que el afiliado solo podrá trasladarse en los términos de ley; sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora sin su observancia se hará válida la última vinculación, efectuada dentro de los términos legales.



Estimó a efectos de dirimir la multivinculación, de conformidad con el Decreto 3995 del 2008, que en efecto no se respetó el término mínimo de permanencia en el régimen inicialmente escogido por la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, toda vez que se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales el 2 de agosto de 1995, pese a lo cual se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 24 de junio de 1996.

No obstante, tal situación fue subsanada en tanto de conformidad al resumen de semanas cotizadas expedido por PROTECCIÓN S.A se evidencia que el mayor número de cotizaciones los efectuó la promotora de la litis a esa AFP, aportando solo 0.71 semanas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a la AFP PROTECCIÓN S.A. más de 1000 semanas, lo que permite evidenciar que efectivamente fue voluntad de la promotora de la litis permanecer como afiliada a la referida AFP.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que no comparte la decisión toda vez que no se ciñe a los principios de consonancia y congruencia, en tanto se resuelve un tema de multiafiliación, el cual no fue propuesto dentro de las pretensiones de la demanda, máxime que estimar que no operó un traslado, implica desconocer el periodo de cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

De igual manera, que se acreditó que no se cumplió el período de permanencia mínima de tres (3) años para efectuar cualquier cambio de régimen pensional, y que el traslado resulta ineficaz por la trasgresión al deber de información.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el objeto del debate se centra en desatar un problema de multifiliación como lo decidió la falladora en primera instancia o la ineficacia de un traslado por incumplimiento en el deber de información, como lo sostiene el apelante; en caso afirmativo, si hay lugar a la declaratoria del mismo.

c. Del objeto del debate

Anuncia la falladora de primer grado que el centro del debate acorde los pedimentos enunciados en la demanda se contraen a desatar una multifiliación, el cual concluyó desatando a favor de PROTECCIÓN S.A. No obstante, recalca el demandante que el objeto de la demandada no fue otro que obtener la ineficacia del traslado de régimen por el incumplimiento del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 frente a la inobservancia al deber de información.

Pues bien, pese a que la redacción de la demanda no fue la mejor, en tanto el demandante peticiona de forma principal la declaratoria de nulidad del traslado por no cumplirse el requisito de permanencia reglado en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y solo de forma subsidiaria, la nulidad del traslado o ineficacia por error de hecho proveniente de la falta de consentimiento informado, lo cierto es que se extrae de una lectura integral del libelo genitor que lo pretendido es la declaratoria de la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, bien sea por que no se cumplió con el término de permanencia exigido por el artículo 13 de la ley 100 de 1993 o por cuanto no se cumplió con el deber de información.

Implica lo enunciado que no se planteó la controversia con el ánimo de resolver una multifiliación, máxime que en los hechos de la demanda no se adujo que se afilió inicialmente a los dos regímenes pensionales. A *contrario sensu* se refirió que el traslado resultaba ineficaz por incumplir el período mínimo de permanencia, así como por infringir el deber de información.



Así, a efectos de desatar el objeto de debate planteado así como el recurso de alzada con fundamento en el *petitum* de la demanda, se tiene tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.



Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela



STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Así mismo, se tiene que el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su versión original, reza:

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional;”

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en dentro del plenario, se puede constatar a través del resumen de semanas cotizadas visible a folio 25, que la demandante se afilió inicialmente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales, el 2 de agosto



de 1995 (Fl 25 y CD Fl 41), procediendo a trasladarse a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. a través de solicitud de vinculación del 20 de junio de 1996, formularios que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Ahora, en lo que respecta al interrogatorio de parte, la demandante insiste que se afilió a la AFP cuando ingresó a laborar con una empresa en 1995 y en una asesoría grupal le explicaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, siendo más favorable a sus intereses afiliarse al Fondo Privado. Respecto de dicho medio de convicción, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2372-2018, Radicación No. 45041, del 23 de mayo de 2018, señaló:

“La confesión está imbuida de ciertos principios probatorios, entre ellos --que es el que interesa al caso-- el de indivisibilidad, consistente, en términos del legislador, en que la confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe; pero cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente (artículo 200 C.P.C.).

“De lo antes anotado es dado sostener que la confesión judicial, que es de la que se habla en este caso, debe verse como una unidad inescindible; por tanto, cuando el reconocimiento en ella contenido es categórico y asertivo del hecho confesado, o sea, sin adición alguna, estamos frente a lo que ha dado en llamarse confesión “pura y simple”; cuando además del reconocimiento del hecho se agregan por el confesante expresiones que modifican, aclaran o explican el hecho, se tiene una confesión calificada, no susceptible de ser dividida, pues el legislador entiende que aquí se conserva la unidad de la confesión, en tanto que el hecho confesado se debe tomar en los términos precisados por el confesante por vía de explicación, modificación, corrección o aclaración, situación que conlleva, necesariamente, a que si se acepta tal confesión, se acepten sin necesidad de prueba las adiciones que modifican, aclaran o explican el hecho confesado, salvo, obviamente, cuando exista prueba que desvirtúe tales agregados. (Negrillas fuera de texto original).

“Pero también es posible inferir de la norma antedicha que, aparte del hecho confesado, el declarante puede adicionar a su dicho hechos distintos al



confesado, en tal caso, tales hechos, para que hagan parte de la unidad de la confesión, esto es, para que de aceptarse lo confesado se acepte lo adicionado, pues de lo contrario podrán separarse y de ellos esperarse su respectiva prueba para tenerlos por acreditados, deberán tener íntima conexidad con el hecho confesado, es decir, deberán mantener con el hecho confesado una ligazón necesaria, de tal naturaleza que, de abstraerse el hecho confesado desaparecerá el hecho adicionado y viceversa. En otros términos, la existencia de uno de los hechos expresados por el confesante dependerá de la del otro, por manera que, a pesar de la diferencia entre hecho confesado y hecho adicionado, el uno no podrá entenderse sin que se considere al otro. Entre ambos deberá, entonces, evidenciarse una unidad lógica y natural, pues de no aparecer ella podemos distinguir en el dicho del confesante, por una parte, una confesión y, por otra, una alegación, por tanto, susceptibles de separar o dividir.

Pero si los hechos agregados son susceptibles de separar del hecho confesado, por contar con identidad y autonomía propias, como cuando también se adicionan por el confesante otros totalmente diversos y heterogéneos al confesado, la división de tal dicho resulta absoluta y físicamente visible, en tal caso, a dicha confesión se ha dado en llamar en la doctrina confesión 'compuesta', en otras palabras, una confesión pura y simple más una alegación que debe ser probada.

De lo expuesto se extrae que pese a la denominación del formulario suscrito ante COLMENA S.A., no podíamos estar ante una afiliación inicial al sistema, sino a un traslado de régimen habida consideración que estaba precedido de una afiliación inicial al ISS, hoy COLPENSIONES, sin que tal yerro en el diligenciamiento del formulario de traslado de régimen implicara una doble vinculación inicial; la que por demás resultaba a todas luces extemporánea, por cuanto no habían transcurrido más de 3 años desde la afiliación inicial, conforme lo reglado en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993; situación que nos lleva a colegir que se cumplen los presupuestos de facto del error enrostrado por la parte actora a la AFP con el objeto de demostrar que existió una irregularidad en el traslado de fondo, por cuanto este no se dio bajo los parámetros legales.

Aunado a lo anterior, se puede colegir que aparte del formulario de afiliación allegado por la AFP y el tenue conocimiento de la demandante sobre algunas de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no obra prueba determinante que permitan considerar que la AFP hubiese logrado desvirtuar la carga probatoria del deber de información que le asistía conforme los postulados anteriormente esbozados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; a *contrario sensu*, el hecho que la AFP ni siquiera se hubiera percatado de que la demandante ya se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y la conminara a diligenciar un formulario de vinculación,



denotan un desconocimiento total de la situación de la demandante y las consecuencias del traslado de régimen que le debieron ser explicadas de forma clara y tajante, para poder dar por satisfecho el deber de información que recaía sobre la AFP.

Ahora bien, lo anterior implica declarar la ineficacia del traslado y apareja además como consecuencia la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“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 esta 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.



Ahora bien, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, la AFP tienen el deber de devolver al Sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.



Finalmente, en torno a la excepción de prescripción como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Bajo estas premisas de orden factico y jurídico, la Sala se releva del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por las convocadas a juicio.

Atendiendo lo expuesto, la sentencia de primera instancia habrá de revocarse en su integridad. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de octubre del 2020, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora *MARTHA REBECCA MEJÍA BECERRA*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 24 de junio de 1996 a COLMENA.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la



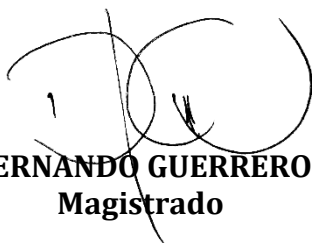
demandante, así como los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras y cualquier otro emolumento que se haya generado durante su vinculación hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que les sea factible descontar suma alguna de dinero por ningún concepto.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora MARTHA REBECCA MEJÍA BECERRA, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

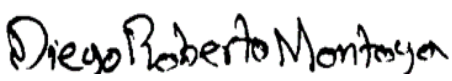
QUINTO: DECLARAR como no probada la excepción de prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

OCTAVO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

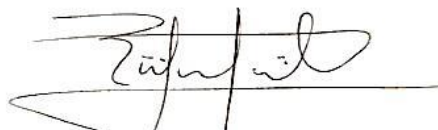
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 21 2019 00080 01
Demandante: MONICA PATRICIA NAVARRO MORENO
Demandado: MÉDICOS ASOCIADOS S.A. – CLÍNICA
FUNDADORES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por el demandante en contra de la sentencia proferida el 8 de julio del 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MÓNICA PATRICIA NAVARRO MORENO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad MÉDICOS ASOCIADOS S.A – CLÍNICA FUNDADORES, con el objeto de que se declare que la demandada fue su verdadera empleadora entre el 25 de agosto del 2017 y el 1° de julio del 2018.

En consecuencia, deprecia se condene a la demandada a liquidar y pagar las prestaciones sociales, compensación en dinero de las vacaciones, indemnización por despido injusto prevista en el artículo 64 del C.S.T., la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., la indemnización contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, la indemnización por la no consignación oportuna de los intereses de cesantías, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de las pretensiones adujo que las instalaciones de la CLÍNICA FUNDADORES en la ciudad de Bogotá, son administradas y operadas por la sociedad MÉDICOS ASOCIADOS S.A.; que el 25 de agosto del 2017 la demandante fue vinculada mediante contrato de trabajo en la sociedad mencionada en el cargo de Tecnóloga en Radiología, debiendo prestar sus servicios durante toda la relación laboral en la CLÍNICA FUNDADORES bajo las órdenes de la sociedad MÉDICOS ASOCIADOS S.A., cumpliendo un horario de trabajo de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., con una asignación salarial de \$1.400.000, precisando que en el curso de la relación laboral la demandada le suministró las herramientas de trabajo, recibiendo mensualmente el pago de su salario.

Refiere que el 7 de febrero del 2018, le informó a su empleador que se encontraba en estado de embarazo y el 14 de junio del 2018, la Cooperativa de Trabajo Asociado AGM, le comunicó que a partir del 1º de julio del 2018 estaría cesante, continuando como afiliada a la CTA, agregando que entró en periodo de incapacidad a partir del 27 de junio de la misma anualidad, sin que se le haya cancelado el salario correspondiente al mes de junio de 2018.

Finalmente, que presentó sendos derechos de petición a la demandada y a la CTA AGM SALUD, para obtener copias de los contratos, pero las entidades no han dado respuesta a su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Con auto del 1º de julio del 2020, se tiene por no contestada la demanda, por parte de la convocada a juicio MÉDICOS ASOCIADOS S.A.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 8 de julio del 2020, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de imponer costas.



Como sustento de su decisión indicó que acorde los medios probatorios aportados, se encuentra acreditado en el plenario que la demandante fue vinculada a la CTA para prestar servicios en el marco del convenio con la sociedad MÉDICOS ASOCIADOS S.A., sin haberse demostrado que en efecto laboró entre el 25 de agosto de 2017 y el 1º de julio de 2018, de manera permanente e ininterrumpida.

Es así como se considera que brilla por su ausencia una prueba testimonial o documental contundente que permita avizorar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que aduce la actora se ejecutó la labor contratada a favor de MÉDICOS ASOCIADOS S.A. en el establecimiento de su propiedad denominada CLÍNICA FUNDADORES.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte actora presenta recurso de apelación, en el que en suma indica que de la documental aportada al proceso, se acreditó el extremo inicial para el mes de agosto del año 2017, lo cual consta en el contrato autogestionario suscrito con la CTA AGM SALUD; de igual manera, el extremo final fue señalado en la demanda, y de conformidad con el artículo 97 del C.G.P., debe entenderse como confeso, dada la conducta procesal de la accionada.

De otra parte, se aportó un certificado de la CTA que da cuenta de dicha situación, por lo cual se cumplen los presupuestos del artículo 23 del C.S.T. a efectos de declarar la existencia del contrato de trabajo; esto es, la prestación personal del servicio en el horario expuesto, el pago del salario correspondiente a \$976,546 mensuales, y el factor subordinante, en tanto se solicitó a través de derecho de petición a la sociedad MÉDICOS ASOCIADOS S.A. que allegaran cierta documentación, lo cual no fue aportada, pese a lo cual se emitió una sentencia absolutoria.

De esta manera deja claro que efectivamente el trabajo regular, periódico y mensual está probado con un contrato de trabajo autogestionario, que los extremos de la relación laboral están consagrados en los hechos de la demanda y



no fueron controvertidos por la parte demandada, adicional a la misma desvinculación que efectúa la CTA AGM SALUD, la que soporta la decisión en la finalización del contrato suscrito con MÉDICOS ASOCIADOS S.A., por lo cual se debió dar plena aplicación al principio de primacía de la realidad.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala procederá a determinar si entre las partes en litigio existió el vínculo laboral alegado por la promotora del presente juicio.

4.3 DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO:

Las Cooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados, según lo regulado principalmente, en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015.

Ahora bien, el artículo 2.2.8.1.12 *ejusdem*, consagra que las relaciones entre la Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados, por ser de naturaleza cooperativa y solidaria, estarán reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el Acuerdo Cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado y de



Compensaciones, y en consecuencia, no se rigen por las disposiciones laborales, máxime que las Cooperativas de Trabajo Asociado han sido creadas con el fin de que los socios cooperados se reúnan libre y autónomamente, y son los mismos asociados quienes organizan las actividades de trabajo, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización.

Lo anterior, por cuanto así mismo determina el referido Decreto, que la contratación que se realice con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado, no puede tener como objeto el disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales, bien porque estas actúen como simples intermediarias en aquella relación contractual ejercida en favor de aquellos terceros o funjan como supuestas empresas de servicios temporales, suministrando personal para ejecutar labores del giro ordinario de aquellas empresas contratantes.

Asimismo, ha dejado sentado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que en caso de constatarse que la empresa contratante de la C.T.A, realmente fungió como verdadero empleador y que la C.T.A fue una mera intermediaria, ambas deberán responder de forma solidaria sobre el particular en sentencia SL-539, con Radicado 79771 del 12 de febrero del 2020, indicó:

“En primer lugar, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, es también una fuente normativa de la cual emerge la prohibición de ocultar relaciones laborales a través de figuras jurídicas empleadas con el único fin de defraudar los derechos laborales de los trabajadores, llámense cooperativas, sociedades comerciales, empresas unipersonales o contratos mercantiles. Cuando surge un pleito, es precisamente este principio medular del derecho del trabajo, el que ofrece respuesta sobre quién es el verdadero empleador o de dónde proviene la subordinación y dirección del trabajo, sobre todo cuando de relaciones triangulares o multipartitas se trata.

“En segundo lugar, el juez plural obvió que aún para la época de contratación del demandante e incluso desde su creación, las cooperativas tenían la obligación de operar de manera independiente y autogestionaria en la prestación de servicios a terceros (artículos 4 y 5° de la Ley 79 de 1988). Esto quiere decir que deben contar con autonomía directiva, técnica, financiera, ser poseedoras de los medios de producción y autogestionar los servicios que presten a los usuarios, pues, de lo contrario, serán un simple intermediario o una persona interpuesta que, al carecer de una estructura



*empresarial, **deberán responder solidariamente con la empresa principal***” (Negrillas fuera de texto).

Ahora, en torno a la acreditación de la relación de índole laboral es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Igualmente, se tiene adoctrinado que aún en el caso de tener acreditada la prestación personal del servicio, tal hecho por sí mismo, no exonera a la parte actora de su deber de acreditar los demás supuestos de hecho alegados como los extremos de la relación laboral. Así, lo recordó la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral entre otras en sentencia SL-102 del 2020, al referir:

“Y para concluir sobre este tópico, cumple recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el Tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la



procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» como serían los extremos temporales. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se trajo a colación lo dicho en la providencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

“[...]

“recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros (Subrayas fuera del texto).”

4.4 DEL CASO EN CONCRETO

De cara a lo indicado, con el objeto de desatar el fondo del litigio, le corresponde a la Sala analizar el material probatorio arrimado, con arreglo a las reglas de la sana crítica y la experiencia a fin de determinar si existen suficientes elementos de juicio que permitan corroborar el vínculo laboral alegado por la demandante.

Sobre este punto, se tiene que las únicas pruebas militantes en el plenario se contraen a las siguientes documentales:

- 1- Copia de la comunicación de fecha 7 de febrero 2018 de la demandante, por medio del cual informa a la Cooperativa de Trabajo Asociado AGM SALUD, su estado de embarazo (Fl 23).
- 2- Copia de las incapacidades del 27 de junio al 16 de julio 2018 y 26 de julio al 30 de julio del mismo año (Fls 24-25).
- 3- Solicitud radicada al 26 de octubre por la demandante ante la CTA AGM SALUD por medio del cual la demandante peticiona copia de la certificación laboral, copia de los contratos celebrados y el soporte jurídico de la decisión unilateral adoptada el 14 de julio 2018 sobre su situación como cesante desde el 1º de julio del 2018 (Fl 26).



- 4- Respuesta efectuada por la CTA AGM SALUD, en la cual se le informa a la demandante, que debido a la terminación del vínculo contractual que existía entre la CTA y la sociedad MÉDICO ASOCIADOS S.A. para la operación de los servicios de salud, proceso y subprocesos conexos y complementarios de la CLÍNICA FUNDADORES, FEDERMAN y sede SAN LUIS, fue necesario realizar la reestructuración masiva, lo que obligó a la CTA a dejarla en calidad de cesante, señalando también que lo anterior no implicaba que se terminara el vínculo asociativo (Fls. 27 a 29)
- 5- Comunicación de fecha 2 de agosto de 2018 suscrita por el representante legal de la CTA AGM SALUD, por medio del cual informa a la demandante que teniendo en cuenta la comunicación del 14 de julio de 2018, por la cual se notifica la terminación del convenio de trabajo autogestionario a partir del 1º de julio de 2018, el fondo de seguridad social de la CTA asumirá el pago de sus aportes al Sistema de Seguridad Social durante el término de su estado de embarazo y licencia de maternidad (Fl 30).
- 6- Copia de certificación suscrita por la señora Jefe de Gestión de Talento Humano de la CTA AGM SALUD, de fecha 1º de noviembre de 2018, por medio del cual se hace constar que la demandante estuvo asociada con dicha entidad, siendo su última contribución como tecnóloga radióloga, escanografía y mamografía desde el 25 agosto del 2017 hasta el 30 de junio de 2018 y recibía al momento de su retiro una contribución de \$976,456 (Fl 31).
- 7- Copia del convenio de trabajo autogestionario suscrito el 25 de agosto del 2017 entre el representante legal de la CTA y la demandante, cuyo objeto consistió en hacer su aporte de trabajo personal como tecnóloga en radiología, escanografía y mamografía en un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., un fin de semana cada 15 días sábado o domingo de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. y festivo rotatorio o rotativo de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., en la empresa cliente se señala MÉDICO ASOCIADOS S.A., con NIT. 860 66161-2 con sede en la ciudad de Bogotá (Fls 32-33).



- 8- Copia del contrato de gestión como operador de procesos y subprocesos conexos y complementario de salud, celebrado entre la CTA AGM SALUD y la sociedad MÉDICO ASOCIADOS S.A. desde el 7 de enero de 2014, allegado por el despacho mediante correo el 07 de julio del 2020 (CD Fl 75).

Aunado a ello, se evacuó el interrogatorio de parte de la demandada en el curso del cual admitió que MÉDICOS ASOCIADOS S.A. es una IPS, propietaria del establecimiento CLÍNICA FUNDADORES; que dicha sociedad suscribió un contrato de operación de servicios de salud conexos y complementarios en el año 2010, con la CTA AGM SALUD, precisando que desconocía qué relación tenía la actora con la CTA o si la misma prestó sus servicios en la CLÍNICA FUNDADORES. Puntualizando que la sociedad tomó la decisión de entregar la operación de la CLÍNICA FUNDADORES a la CTA, quienes eran autónomos administrativa y financieramente para manejar la clínica y la prestación de los servicios de salud, sin que la accionada haya tenido injerencia con respecto de los asociados, contrato que alude inició en el año 2010 y se extendió hasta el 30 de junio del 2018.

De esta manera, del acervo probatorio arrojado a las diligencias se logra colegir con meridiana claridad que se encuentra plenamente acreditado que la demandada contrató a la CTA AGM SALUD para que esta por su riesgo y cuenta prestara varios servicios médicos en la CLÍNICA FUNDADORES, y entre estos, el de radiología. Así mismo, no existe debate alguno en torno a que dentro del marco del referido contrato la CTA suscribió un Convenio de Trabajo Asociativo con la demandante, para prestar sus labores de Tecnóloga en Radiología.

En ese orden de ideas, es dable estimar que la accionante prestó servicios en la CLÍNICA FUNDADORES, no obstante, las pruebas documentales y el interrogatorio de parte, no resultan concluyentes de la efectiva prestación continuada del servicio en los extremos laborales señalados en la demanda.

Lo anterior, en tanto la comunicación del 7 de febrero 2018, fue dirigida por la demandante a la CTA informando su estado de embarazo, lo cual no permite establecer una prestación del servicio en beneficio de la sociedad accionada, lo



cual también se predica de las incapacidades medicas del 27 de junio al 16 de julio 2018 y del 26 de julio al 30 de julio del mismo año, la solicitud radicada ante la CTA peticionando copia de la certificación laboral, de los contratos y el soporte jurídico de la decisión unilateral adoptada el 14 de julio 2018; la comunicación del 2 de agosto de 2018 suscrita por el representante legal de la CTA AGM SALUD, por medio del cual informa a la demandante que asumirán el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social durante el término de su estado de embarazo y licencia de maternidad; y la copia del contrato de gestión como operador de procesos y subprocesos conexos y complementario de salud, celebrado entre la CTA AGM SALUD y la sociedad MÉDICO ASOCIADOS S.A.

De tal manera que las anteriores pruebas documentales, en manera alguna dan cuenta que la accionante haya prestado el servicio en beneficio de la sociedad accionada entre el 25 de agosto del 2017 y el 1º de julio del 2018.

De otra parte, en la respuesta efectuada por la CTA AGM SALUD, en la cual se le informa a la demandante, que debido a la terminación del vínculo contractual que existía entre la CTA y la sociedad MÉDICO ASOCIADOS S.A. para la operación de los servicios de salud, proceso y subprocesos conexos y complementarios de la CLÍNICA FUNDADORES, FEDERMAN y sede SAN LUIS, fue necesario realizar la reestructuración masiva, lo que obligó a la CTA a dejarla en calidad de cesante, se refirió que dicha determinación no implicaba que se terminara el vínculo asociativo, en virtud del cual, tal como se estableció en precedencia, se le informó que la CTA asumiría el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social.

De otra parte, en la certificación suscrita por la señora Jefe de Gestión de Talento Humano de la CTA AGM SALUD, de fecha 1º de noviembre de 2018, por medio del cual se hace constar que la demandante estuvo asociada con dicha entidad, siendo su última contribución como tecnóloga radióloga, escanografía y mamografía desde el 25 agosto del 2017 hasta el 30 de junio de 2018, con una contribución de \$976,456, en manera alguna se refiere que la prestación del servicio haya sido exclusiva para la sociedad MÉDICO ASOCIADOS S.A.; y en la copia del convenio de trabajo autogestionado, se da cuenta de una prestación del servicio en dicha modalidad contractual, sin que sea dable escindir tal documental a efectos de



extraer solo una prestación del servicio para la sociedad contratista, en tanto, dicha prueba certifica que, se reitera, el servicio fue en calidad de trabajo autogestionario.

Aunado a lo anterior, en el interrogatorio de parte de la accionada, no se confesó la prestación del servicio en los extremos aducidos por activa, y no se aportó prueba testimonial que diera cuenta que en efecto operó una prestación del servicio en los términos aducidos en la demanda.

De tal manera, que la prueba documental y el interrogatorio de parte, no permiten concluir que en efecto la accionante prestó el servicio de manera permanente y continúa para la sociedad accionada desbordando el contrato de trabajo autogestionario certificado.

De tal manera, que las pruebas documentales solo dan cuenta de manera fehaciente de su relación contractual y en calidad de cooperada de la CTA, y bajo la dirección de la misma, a quien siempre reconoció como coordinadora de la labor desarrollada, y por eso, fue a quien le comunicó de su estado de gravidez y de sus incapacidades.

Finalmente, en torno a la falta de contestación de la demanda y sus efectos, se tiene que conforme el parágrafo 2º del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S., por ser la norma que rige estos procesos de orden laboral y no el artículo 97 del C.G.P. alegado en la alzada, *“La falta de contestación de la demanda dentro del término legal se tendrá como indicio grave en contra del demandado”*, sin consagrar una presunción de veracidad. De otra parte, incluso el numeral 3º del citado artículo 31 del C.P.T y la S.S. consagra que la falta de pronunciamiento frente a los hechos de la demanda, permitirá que se tenga por probado el respectivo hecho, sin embargo se tiene por sentado de vieja data en la jurisprudencia que tal confesión ficta o presunta requiere de la declaración oportuna del juez, en la que se debe precisar los hechos objeto de confesión, así pues en sentencia SL-650 del 2016 la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, indicó:



“En todo caso, al igual que ha sido asentado por la jurisprudencia laboral en los otros casos previstos para la confesión ficta, se ha de entender que la aplicación de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 31 del CPT y SS se debe hacer oportunamente, esto es al momento de admitir la contestación de la demanda, con la debida precisión de los hechos presumidos como ciertos, con el fin de garantizar el derecho de defensa y de contradicción a la contraparte”.

Criterio recientemente reiterado en sentencia SL-170 del 2021, en la cual se indicó en torno al tema de las confesión ficta o presunta:

“Así las cosas, para que la confesión ficta sirva de medio de prueba, al tenor de lo previsto en el artículo 210 del CPC, vigente para aquella época, aplicable por cuenta del principio de integración normativa del art. 145 del CPT y de la SS, se requiere que aquella sea declarada por el juez en el momento preciso que se genera el hecho que le da origen, es decir, una vez se advierte la ausencia de la parte que está obligada a asistir, el juzgador de manera puntual debe proceder a señalar sobre cuáles supuestos fácticos recae la presunción de certeza, en aras de velar por el derecho de contradicción de la parte afectada, pues por tratarse de una presunción legal que admite prueba en contrario, el litigante ausente tiene derecho a saber sobre cuáles hechos debe proceder a hacer el esfuerzo por desvirtuar. Si se carece de tales elementos, no existe forma de derivar una confesión ficta, y mucho menos, que se tenga en cuenta en la sentencia, pues tal alegato será considerado extemporáneo.”

Por manera que al no existir manifestación expresa del juzgador en torno a cuáles son los hechos que se presumen confesos, presupuesto en el cual se sustenta la alzada, no podría tenerse por este medio acreditada la relación laboral alegada, ni sus extremos.

Aunado a ello, se recuerda que las presunciones de orden legal admiten prueba en contrario y en el *sub-lite*, el material probatorio recaudado nos permitió entrever la existencia de un vínculo Asociativo entre la demandante y la CTA. A más que tal consecuencia jurídica en modo alguno releva a la parte actora de la carga probatoria que le imponía el artículo 167 del C.G.P, con cargo a los hechos alegados en la demanda y respecto de los cuales, no se evidenció un ejercicio probatorio acertado.

Dimana de lo enunciado la inexorable confirmación de la providencia objeto de análisis en esta instancia.



DECISIÓN:

Por lo hasta aquí consignado, es menester de la Corporación confirmar en su integridad el fallo de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN

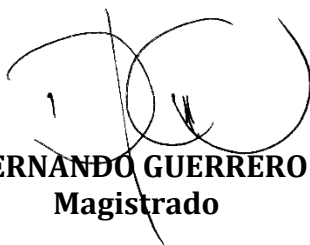
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

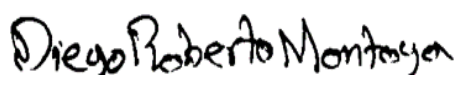
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de julio del 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, pro las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

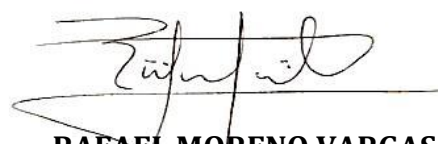
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOKA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 22 2018 00533 01

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

Ordinario Laboral 1100131050 22 2018 00533 01
Demandante: CLARA INES RESTREPO HURTADO
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Linda Vannesa Barreto Santa María*, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.013.637.319 y T.P. 280.307 del C. S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación formulados por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 31 de julio del 2020, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, así como dirimir el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de COLPENSIONES, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CLAUDIA INÉS RESTREPO HURTADO presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional; se ordene el traslado y



afiliación a COLPENSIONES, así como a la AFP a reintegrar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recibidos por motivo de la afiliación, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el 24 de septiembre de 1979, y se trasladó a la AFP SANTANDER S.A. el 15 de noviembre del 2000, hoy PROTECCIÓN S.A.

Destacando que la AFP no le suministró información alguna, ni comparativos del monto de las mesadas pensionales en cada régimen, no le fue explicitado cuánto capital requería para acceder a su derecho pensional, ni información suficiente sobre las características de cada régimen.

Finalmente, que solicitó a la AFP copia de los documentos que suministró para tomar la decisión del traslado, frente a lo cual no obtuvo respuesta; y que posteriormente petitionó a COLPENSIONES la anulación del traslado de régimen, sin que a la fecha haya suministrado respuesta alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES operó la *litis contestatio*, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, exponiendo que en el proceso no se evidencia prueba alguna que acredite que en efecto a la demandante se le haya hecho incurrir en error por falta de información de parte de la AFP.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.



Por su parte, la AFP PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando que el acto es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuanto se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 31 de julio del 2020 declaró la ineficacia del traslado de la demandante acaecido el 15 de noviembre del 2000, ordenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Lo anterior por cuanto consideró que a la demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al no existir una manifestación libre y voluntaria sobre la incidencia y los efectos que puede tener el traslado de régimen, ello en tanto la AFP accionada debió acreditar la información que se brindó a la actora al momento del traslado de régimen, sin que en el interrogatorio de parte haya confesado lo contrario.

Agregó que la suscripción del formulario de afiliación efectuado por la accionante no es concluyente de haber brindado una información adecuada y veraz, conforme a los lineamientos trazados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y que no es procedente la excepción de prescripción por cuanto el referido traslado de régimen presenta igual suerte al derecho pensional, pues es este el que determina a quien le es aplicable su reconocimiento.



III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PROTECCIÓN S.A. inconforme con la decisión presentó recurso de apelación señalando que no es dable reintegrar los dineros destinados a solventar gastos de administración, toda vez que su causación y cobro se encuentra regulado en la Ley 100 de 1993, máxime que se generaron rendimientos en la cuenta de ahorro individual, por lo cual se debe analizar lo atinente a las restituciones mutuas, a fin de no generar un enriquecimiento ilícito, ni un perjuicio a la AFP.

A su turno, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, señalando que la decisión atenta contra la prohibición legal de efectuar un traslado cuando falten menos de 10 años para acceder a la pensión; finalmente, que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe acotarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones,



consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto



663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que



recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o se tiene una exceptiva pensional próxima a concretarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A. del 15 de noviembre del 2000 (Fl. 325), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida,



“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. A *contrario sensu*, indicó que a efectos del traslado solo se le informó que podría acceder a una pensión a más temprana edad y que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar.

Por ende, no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019:

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

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

Cabe señalar que al no acreditarse por parte de la AFP que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al



momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“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 esta 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que



se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, de tal suerte que los reparos planteados en la alzada por la AFP no tienen vocación de prosperidad.

Ahora bien, respecto de la sostenibilidad financiera y la afectación del interés general sobre el particular, al cual ha hecho alusión *Colpensiones* en su recurso de alzada, al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.



“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En otro giro, en lo referente al argumento expuesto por COLPENSIONES en su apelación consistente en que la demandante no puede ser trasladada por encontrarse dentro de la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, por encontrarse a 10 años o menos de percibir su derecho pensional. Basta indicar que tal argumento, no tiene la facultad de derruir la decisión adoptada en el presente juicio, como quiera que en el *sub-lite* no se está analizando la viabilidad de que la demandante se traslade de régimen pensional, sino la ineficacia del traslado efectuado en el año 2000, por manera que al resultar este ineficaz, se tiene como inexistente.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, igualmente resulta imperioso pronunciarnos frente a la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social*



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 22 2018 00533 01

y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI.- DECISIÓN:

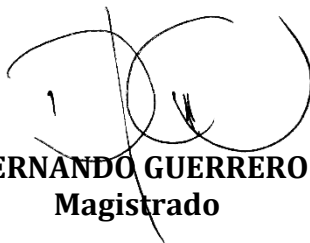
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

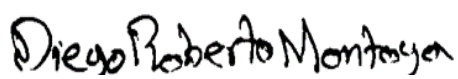
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de julio del 2020, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

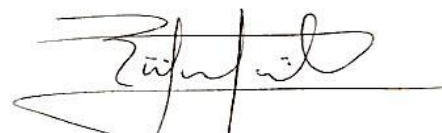
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOKA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 32 2019 00333 01
Demandante: MARTHA CONSUELO PINZÓN PINZÓN
Demandado: PROTECCIÓN S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la sentencia proferida el 19 de agosto del 2020, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Martha Consuelo Pinzón Pinzón*, promovió demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A.*, a efectos que se declare la nulidad efectuada a la AFP *Protección S.A.* en octubre de 1996, y que significó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por consiguiente, se condene a *Colpensiones* a inscribir sin solución de continuidad a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se condene a los fondos privados a trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, semanas de cotización trasladadas, la indexación de todas las sumas de dinero que no sean susceptibles de intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones, adujo que nació el 20 de abril de 1963, precisando que en la empresa donde laboraba se presentaron asesores de la AFP quienes realizaron asesorías grupales y sin recibir información técnica, transparente y adecuada y por móviles erróneos, firmó el formulario de afiliación a la AFP *Protección S.A.* y posteriormente se trasladó a *Colfondos S.A.*, igualmente sin que los asesores de la referida entidad le informaran sobre la incidencia negativa que tenía en su pensión de vejez.

Finalmente, refiere que agotó la respectiva reclamación administrativa ante *Colpensiones*.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, en atención a que ante dicha entidad el traslado de régimen se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria.

Propuso las excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de *Colpensiones*, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica.

Protección S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones propuestas, por tratarse de un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, la genérica e inexistencia de la obligación.

Por su parte, *Colfondos S.A.* procede a contestar la demanda, argumentando que brindó a la demandante la asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de trasladarse de régimen, en la que se le asesoró sobre las características del régimen.

Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción



de la obligación para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de agosto del 2020, dispuso declarar probadas las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad formulada por la demandada *Colpensiones*, inexistencia del derecho y la obligación formulada por *Protección S.A.* y no existir causal de nulidad alguna formulada por la demandada *Colfondos S.A.*; por lo que absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Como sustento de su decisión, indicó que como se aduce en la demanda el traslado de régimen de la demandante a través de *Protección S.A.* se dio en el año 1996, esto es, en la primera etapa del deber de información que conlleva una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Señala que contrario a lo afirmado por la demandante, el traslado de régimen no operó a través de *Colmena S.A.*, sino a través de *Protección S.A.*; extrayéndose del interrogatorio de parte que, si le fue suministrada la información requerida para decidir libremente el traslado, máxime que fue evasiva en responder algunas preguntas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que cuando se remitió el expediente se hizo de forma incompleta, lo cual no permite controvertir que el traslado inicial no se haya verificado en *Colmena*; de otra parte, que se valoró indebidamente el interrogatorio de parte, dejando de lado las aseveraciones atinentes a la insuficiencia de la información brindada así como que no tenía los conocimientos necesarios a fin de adoptar una decisión libre y consciente



sobre el régimen pensional, lo cual fue apreciado de manera errónea al señalar que evadió responder algunas preguntas.

Finalmente, que la carga de la prueba estaba a cargo de la AFP, lo cual no cumplió, aunado a ello que *Colpensiones* se allanó a las pretensiones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser



persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que



está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en dentro del plenario, se aportó el formulario de afiliación a *Protección S.A.* del 2 de septiembre de 1996 (Fl 227) y a *Colfondos S.A.* del 27 de agosto del 2008 (Fl 35 vuelto), formularios que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Ahora, en lo que respecta al interrogatorio de parte, se tiene que la libelista en el curso del mismo jamás llegó a expresar que se le hubiere brindado la información necesaria en aras de poder adoptar una decisión completamente informada; por cuanto si bien la promotora enuncia que la afiliación inicial lo fue a *Colmena*, tal dislate no permite colegir en forma alguna que las AFP hoy convocadas a juicio hubieren cumplido con su deber de información.

Máxime si tenemos en cuenta que superado el dislate respecto al nombre de la AFP a la cual realizó el traslado inicial, lo cierto fue que la promotora narró que se trasladó en el año de 1996, destacando que dentro de sus declaraciones no existe manifestación alguna que permita entrever que existió una confesión de su parte, pues jamás refiere haber recibido la debida información que requería suministrar la AFP con el objeto de obtener un consentimiento informado.



Por el contrario, la libelista señaló que para dicha anualidad laboraba en la empresa Merck Colombia S.A y a través del Departamento de Recursos Humanos citaron a un grupo de trabajadores para hacerles una presentación, en la cual les mencionan que el ISS se iba a liquidar y les hacen una propuesta de traslado, señalando que la AFP cuenta con soporte financiero.

Así las cosas, es patente que, si bien la demandante admite que le fueron expuestos algunas de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la mismas son insuficientes y superfluas, pues lo cierto es que no se le indicó cuales serían las consecuencias del traslado de régimen, ni se le aclararon con precisión las características de uno y otro régimen o la forma en que podría pensionarse en cada uno de ellos. *A contrario sensu*, la AFP basó parte de su capacitación en hacer entender a la demandante que su pensión se encontraba en riesgo ante la crisis económica que atravesaba el ISS, presentándole el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como la alternativa que le permitiría acceder al derecho pensional de una forma segura dentro del sistema financiero.

De suerte que para esta Corporación lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte en modo alguno permite entrever que las AFP demandadas hayan brindado la información suficiente a la afiliada, en procura de obtener un consentimiento libre e informado, precedido de una información clara y veraz que le permitiera tomar una decisión acertada para su futuro pensional, sin que la falta de precisión en el nombre de la AFP a la cual se trasladó inicialmente o de la anualidad en la cual se trasladó a *Colfondos S.A.*, puedan subsumir el incumplimiento en la carga probatoria que le incumbía a las hoy demandadas, el cual brilla por su ausencia, ante el precario material probatorio arrimado para acreditar la obligación a su cargo.

En este especialísimo asunto, se puede colegir que aparte del formulario de afiliación allegado por las AFP y el tenue conocimiento de la demandante sobre algunas de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no obra prueba determinante para que las AFP hubiesen logrado desvirtuar la carga probatoria del deber de información que le asistía conforme los postulados anteriormente por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.



Respecto de dicho medio de convicción, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2372-2018, Radicación No. 45041, del 23 de mayo de 2018, señaló:

“La confesión está imbuida de ciertos principios probatorios, entre ellos -que es el que interesa al caso- el de indivisibilidad, consistente, en términos del legislador, en que la confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe; pero cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente (artículo 200 C.P.C.).

“De lo antes anotado es dado sostener que la confesión judicial, que es de la que se habla en este caso, debe verse como una unidad inescindible; por tanto, cuando el reconocimiento en ella contenido es categórico y asertivo del hecho confesado, o sea, sin adición alguna, estamos frente a lo que ha dado en llamarse confesión “pura y simple”; cuando además del reconocimiento del hecho se agregan por el confesante expresiones que modifican, aclaran o explican el hecho, se tiene una confesión calificada, no susceptible de ser dividida, pues el legislador entiende que aquí se conserva la unidad de la confesión, en tanto que el hecho confesado se debe tomar en los términos precisados por el confesante por vía de explicación, modificación, corrección o aclaración, situación que conlleva, necesariamente, a que si se acepta tal confesión, se acepten sin necesidad de prueba las adiciones que modifican, aclaran o explican el hecho confesado, salvo, obviamente, cuando exista prueba que desvirtúe tales agregados. (Negritas fuera de texto original).

“Pero también es posible inferir de la norma antedicha que, aparte del hecho confesado, el declarante puede adicionar a su dicho hechos distintos al confesado, en tal caso, tales hechos, para que hagan parte de la unidad de la confesión, esto es, para que de aceptarse lo confesado se acepte lo adicionado, pues de lo contrario podrán separarse y de ellos esperarse su respectiva prueba para tenerlos por acreditados, deberán tener íntima conexidad con el hecho confesado, es decir, deberán mantener con el hecho confesado una ligazón necesaria, de tal naturaleza que, de abstraerse el hecho confesado desaparecerá el hecho adicionado y viceversa. En otros términos, la existencia de uno de los hechos expresados por el confesante dependerá de la del otro, por manera que, a pesar de la diferencia entre hecho confesado y hecho adicionado, el uno no podrá entenderse sin que se considere al otro. Entre ambos deberá, entonces, evidenciarse una unidad lógica y natural, pues de no aparecer ella podemos distinguir en el dicho del confesante, por una parte, una confesión y, por otra, una alegación, por tanto, susceptibles de separar o dividir.

Pero si los hechos agregados son susceptibles de separar del hecho confesado, por contar con identidad y autonomía propias, como cuando también se adicionan por el confesante otros totalmente diversos y heterogéneos al confesado, la división de tal dicho resulta absoluta y físicamente visible, en tal caso, a dicha confesión se ha dado en llamar en la doctrina confesión ‘compuesta’, en otras palabras, una confesión pura y simple más una alegación que debe ser probada.



Ahora bien, lo anterior implica declarar la ineficacia del traslado y apareja además como consecuencia la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“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 esta 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:



“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, las AFP tienen 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 Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en torno a la excepción de prescripción como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter*



de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Bajo estas premisas de orden factico y jurídico, la Sala se releva del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por las convocadas a juicio.

Atendiendo lo expuesto, la sentencia de primera instancia habrá de revocarse en su integridad. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de agosto del 2020, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora *MARTHA CONSUELO PINZÓN PINZON*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 2 de septiembre del 1996 a *Protección S.A*; así como el traslado entre AFP, mediante la afiliación a *Colfondos S.A* mediante formulario de afiliación del 27 de agosto del 2008.

TERCERO: CONDENAR a *Colfondos S.A.* y a *Protección S.A.* a trasladar a *COLPENSIONES* la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras y cualquier otro emolumento que se haya generado durante su vinculación hasta que se haga efectivo dicho



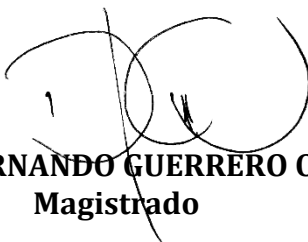
traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que les sea factible descontar suma alguna de dinero por ningún concepto.

CUARTO: CONDENAR a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *MARTHA CONSUELO PINZÓN PINZON*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

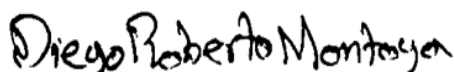
QUINTO: DECLARAR como no probada la excepción de prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

OCTAVO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **37201900011 01**
Demandante: YOLANDA SAN JUAN LOPEZ
Demandado: JOSÉ VARGAS GUTIÉRREZ Y NOHORA RITA
CABRA SARMIENTO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, en contra de la sentencia proferida el 10 de agosto del 2021 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora YOLANDA SAN JUAN LÓPEZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de JOSÉ VARGAS GUTIÉRREZ y NOHORA RITA CABRA SARMIENTO a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo a término indefinido, con vigencia entre el 10 de mayo de 1990 y el 28 de mayo del 2018; que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa y el salario promedio de la demandante fue de \$888.211, correspondientes al promedio de lo devengado en los últimos tres meses, sin que existiera solución de continuidad.

En consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, subsidio de transporte, aportes al sistema



Integral de Seguridad Social en Salud y Pensiones, la sanción moratoria por la falta de pago de las acreencias laborales a la terminación del contrato de trabajo, el daño moral por la terminación del contrato acorde lo dispuesto en el artículo 216 del C.S.T, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones indicó que el 10 de mayo de 1990 las partes celebraron un contrato de trabajo verbal e indefinido, para que se desempeñara como empleada del servicio doméstico, realizando las labores inherentes al cuidado de los hijos de los empleadores, la limpieza, lavandería, cocina y el mantenimiento del hogar; inicialmente fue contratada por 3 días a la semana entre los años 1990 a 2017, percibiendo un salario mensual de \$120.000; y desde el 15 de enero del 2018 empezó a laborar 4 días a la semana percibiendo un salario mensual de \$800.000, en un horario de 7:00 a.m a 8:00 p.m, hasta el 28 de mayo del 2018, data en la cual le informaron que su contrato de trabajo se terminaría.

Precisa que las labores a su cargo fueron desarrolladas de forma personal, pero jamás se le cancelaron las prestaciones sociales, auxilio de transporte, vacaciones y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Los accionados operaron la *litis contestatio* negando la existencia de la relación laboral, refiriendo el demandado que la relación con la promotora se desprendía de una amistad que la actora sostuvo con su cónyuge, señalando además que, en los periodos de tiempo alegados por activa, tuvo su domicilio en otras ciudades.

Proponen como medios exceptivos los que denominaron inexistencia del vínculo laboral, temeridad y mala fe y prescripción.



II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 31 de agosto del 2020, declaró la existencia de una relación laboral entre la demandante y los demandados, por el periodo comprendido del 15 de enero del 2015 al 28 de mayo del 2018 y condenó a los demandados a cancelar a la libelista \$309.882 por concepto de cesantías, \$221.631 por concepto de intereses de cesantías, \$221.614 a título de prima de servicios, \$154.911 de vacaciones y \$9.435,958 a título de sanción moratoria.

Como sustento de su decisión manifestó que no existe prueba documental que acredite la prestación del servicio, y la testimonial no resulta ser contundente a efectos de acreditar los extremos laborales; no obstante, en la contestación de la demanda se acepta que desde el año 2015 prestó servicios personales, aunado a ello que se corrobora tal situación con los mensajes aportados al plenario.

Concluyendo que se verificó la prestación personal del servicio desde el 15 de enero de 2015 al 28 de mayo del año 2018, y durante dos días a la semana como refirió la demandante, en virtud del cual le fue reconocida la suma de \$50.000 por día, estas conclusiones coinciden con lo dicho por los testigos, por lo menos para los períodos anteriormente indicados frente a la prestación del servicio.

Encontró prescritos todos los derechos laborales causados con anterioridad al 11 de enero del año 2016. Frente a la indemnización moratoria, estimó que no se desvirtuó la mala fe en la omisión del pago de acreencias laborales.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación, en el que señala que el extremo inicial del contrato de trabajo corresponde al año 1990, lo cual se acreditó con la prueba testimonial; de otra parte, que en el cruce de mensajes se puede evidenciar que laboraba durante



cuatro días a la semana, por lo que el salario era superior al estimado en primera instancia; finalmente, que se debe acceder a la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías.

De otra parte, la demandada NOHORA RITA CABRA, presenta recurso de apelación aduciendo que se hizo extensiva una confesión del codemandado, lo cual no resulta factible a efectos de acreditar la prestación personal del servicio; de igual manera, que los mensajes no acreditan tal situación, por el contrario, dan cuenta que presta servicios para otras personas, e incluso tal probanza no permite establecer un extremo inicial de la supuesta relación laboral.

De otra parte, que los testigos fueron contradictorios, y se debe revocar la condena a la indemnización moratoria, al no actuar de mala fe, y al erigirse la relación laboral de una indebida valoración probatoria.

Finalmente, el señor JOSÉ VARGAS GUTIÉRREZ en su apelación, expone que los testigos no ameritan credibilidad, al ser de oídas; de otra parte, que no es dable extraer una confesión de la contestación de la demanda, la cual es realizada por el apoderado judicial sin tener poder expreso para confesar.

Refiere que no existe prueba que acredite los extremos señalados por el a-quo, aunado a ello que los mensajes provienen de la misma demandante, y su valoración fue indebida; finalmente, que no resulta procedente la condena al pago de la indemnización moratoria, al no haber actuado de mala fe.

IV.- CONSIDERACIONES

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, atendiendo lo expuesto en los recursos de alzada le compete a la Sala definir si entre las partes existió una relación de carácter laboral, en caso afirmativo los extremos temporales de la misma, cual fue el último salario promedio devengado y si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., así como la sanción por la no consignación prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Para cuyos efectos, debe determinarse si el fallador de primera instancia realizó una valoración probatoria acertada, conforme los argumentos presentados por las partes en sus recursos de apelación.

c. Del Vínculo Laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción



de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Igualmente, se tiene adoctrinado que aún en el caso de tener acreditada la prestación personal del servicio, tal hecho por si mismo, no exonera a la parte actora de su deber de acreditar los demás supuestos de hecho alegados como los extremos de la relación laboral. Así, lo recordó la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral entre otras en sentencia SL-102 del 2020, al referir:

“Y para concluir sobre este tópico, cumple recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el Tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» como serían los extremos temporales. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se trajo a colación lo dicho en la providencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

[...]recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros (Subrayas fuera del texto).”

En igual sentir y en torno al caso puntual de los trabajadores del servicio doméstico, vale la pena rememorar, indistintamente de la decisión que se llegue a adoptar con arreglo al material probatorio recaudado, que cuando quiera que se acredite la prestación de dicha labor en el seno de un hogar se entiende que el rol de empleador lo cumplen de forma conjunta, los cónyuges o compañeros que conforme el hogar y resulten beneficiarios de la labor desarrollada. Conforme se desprende de la sentencia emitida por nuestro



máximo órgano de cierre en sentencia SL-4723 del 2019, en la que el cónyuge pretendió desligarse de la calidad de empleador, bajo el argumento de que las labores del hogar eran un tema que coordinaba su pareja, siendo del caso citar el siguiente aparte de la precitada providencia:

“Así mismo, en lo concerniente al punto de la falta de valoración de la demanda por parte del ad quem al no tener en cuenta que las órdenes eran impartidas por MARÍA CRISTINA ZAMBRANO DE PEÑA y no por su cónyuge, bajo la afirmación que «del nexo contractual, estaba excluido el señor PEÑA ROMERO, ya que este, solo se celebró [...] entre las dos señoras, lo cual es lógico y elemental, los esposos no intervienen en la contratación del servicio doméstico» (subrayas fuera del texto) (f.º15 de cuaderno de la Corte), resulta inaceptable a esta Sala el argumento, por ir en contravía de los lineamientos constitucionales del Estado social de derecho, que impone la eliminación de la discriminación incluso al interior de las familias fundado en los denominados roles de género y estereotipos tradicionalmente considerados como válidos, en grave menoscabo de grupos poblacionales determinados, lo cual, en este caso, se materializa en una afirmación misógena al pretender exculpar su responsabilidad patronal, que se dio por acreditada procesalmente, con el argumento de que no intervino en el desarrollo de una relación de trabajo por ser el caballero del hogar y no entenderse con el servicio doméstico, olvidando incluso que conforme al artículo 177 del CC la dirección conjunta del hogar es una obligación legal que asiste a los cónyuges.”

De esta forma, efectuadas las anteriores precisiones es del resorte de la Sala proceder a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca.

d. Del caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, es del resorte de la colegiatura proceder a determinar si entre las partes existió una relación laboral, así como los extremos laborales de la misma y el salario percibido.

Para tales efectos conforme lo reglado en el artículo 61 del C.P.T y la S.S, procederá la Sala con fundamento en las reglas de la sana crítica y la experiencia a realizar un análisis de las piezas procesales arrojadas en el plenario, dentro de las cuales se observa que la única documental aportada por



la libelista corresponde a una misiva, mediante la cual los demandados admiten que la demandante es amiga de la familia pero niegan adeudar las acreencias laborales por ella reclamadas (Fl. 12).

A su turno, el extremo opositor, como sustento de su defensa allegaron un derecho de petición elevado por la demandante mediante la cual solicita el pago de la liquidación de las prestaciones sociales en cuantía igual a \$7.411.068, que conforme la liquidación anexa corresponde a la acreencias adeudadas por el periodo comprendido del 2015 al 2016 (Fls 58-61); igualmente, adosan un contrato de trabajo suscrito con la señora CONCEPCIÓN SALAZAR HERNÁNDEZ, para que esta última desarrollara las labores de servicio doméstico (Fls 62-63).

Igualmente, en lo que respecta a las manifestaciones efectuadas por el señor JOSÉ VARGAS GUTIÉRREZ en el escrito de contestación, se tiene que en los hechos de la defensa el mismo relata de la existencia de una larga relación de amistad entre la demandante y su cónyuge, destacando que para el año 2015 ante el nacimiento de sus nietos, comenzó a frecuentar constantemente el hogar con el objeto de colaborar con la preparación de alimentos y estar pendiente de la ruta del menor; actividad por la cual, el demandado y su cónyuge, ante la precaria situación de la libelista, le ayudaban con un mercado y similar colaboración, precisando que dicha actividad era ejecutada en los días y hora que le era posible asistir a la demandante, pues en atención a sus compromisos familiares y precario estado de salud, la demandante no podía prestar los servicios de empleada doméstica en los términos aludidos en la demanda.

De otra parte, se surtieron los respectivos interrogatorios de parte, en el curso de los cuales el señor JOSÉ VARGAS GUTIÉRREZ reiteró que la actora nunca trabajó para él, aunque admite que la conoce desde 1995 o 1998; por su parte la señora NOHORA RITA CABRA SARMIENTO, niega que la demandante haya laborado para ellos, admitiendo que la conoció en el año 1990, cuando ella laboraba en el apartamento ubicado cerca de su vivienda, lo que dio lugar a que entablaran una amistad.



A su turno la demandante acepta que vivió en Villeta – Cundinamarca durante ocho meses en el año 2014, dedicándose al cuidado de su nieto entre los años 2013 y 2014, refiriendo que ella laboró para los demandados desde el año 1995 y por eso conoce a sus hijos, y que solo dejó de prestar el servicio en los años referidos.

Fueron absueltos los testimonios de ANA MERCEDES HENRÍQUEZ BAQUERO, quien refiere ser amiga de la demandante, que la conoció en el año de 1994, siendo la actora quien le comentó que laboraba para los demandados los días lunes, miércoles y viernes; además agrega que los demandados tenían una Frutería que ella frecuentaba como cliente y en la cual vio laborando en algunas oportunidades a la demandante para el año 2001. Que en el 2014 la accionante se retiró de laborar por una semana y que la relación laboral culminó en el 2018 y tiene entendido que el último salario era de \$50.000.

A su turno, el señor SAÚL GARCÍA refiere conocer que la actora laboró para los demandados con ocasión a los comentarios que le hizo su cónyuge, y tiene entendido que la demandante laboró entre los años 2016 y 2018.

También se practicó el testimonio de la señora MARINA DE JESÚS LÓPEZ PRADO, quien afirmó que la actora laboró para la demandada, porque ella le comentaba; precisa que la demandante debió trabajar para ellos por un tiempo prolongado y estima que el servicio era desarrollado los días lunes, miércoles y viernes, percibiendo como último salario la suma de \$50.000

Igualmente, se evacuó el testimonio de NÉSTOR ANDRÉS SANJUAN, quien fue tachado dado su calidad de hijo de la demandante, y en cuyo relato aseveró que su madre laboró como empleada del servicio doméstico de los demandados aproximadamente para el año 2000, devengando al finalizar la relación laboral \$50.000. Además, agrega que su madre también prestaba servicios para terceras personas y que su madre estuvo ausente ocho meses en el año 2014 y retomó servicios nuevamente para el año 2015.



En lo que respecta a los mensajes, consistentes en notas de voz, constata la sala que militan grabaciones, aparentemente de la demandante, y que están dirigidas al demandado, en las que se advierte (i) que la demandante afirma estar ocupada esa semana y solicita le dejen \$100.000 con una tercera persona; (ii) informa que no puede seguir trabajando por su estado de salud, y que se acercó al Ministerio de Trabajo a efectos de establecer la liquidación a la que tiene derecho, mencionando que había ingresado a laborar el 15 de enero del 2015 y se retiró el 28 de mayo del 2018; y (iii) manifestando que se pensionó en abril del año 2016.

De lo expuesto, constata la Sala que conforme se deduce de las afirmaciones realizadas por el demandado en su escrito de contestación, en efecto como lo sostuvo el *a-quo*, admite que la demandante desde el año 2015 frecuentó su hogar con ocasión del nacimiento de un nieto para desarrollar algunas actividades propias del servicio doméstico, lo que en suma nos conduce a presumir la existencia de un contrato de trabajo, sin que dicha presunción pueda ser derruida por la simple afirmación del demandado consistente en que como contraprestación se brindaban ayudas en mercado, pues lo cierto es que su relato lo único que nos permite entrever es la aceptación de la prestación de un servicio y aparentemente, a primera vista, una remuneración en especie por dicha actividad, que según los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, se entendería prestados a favor de la pareja como grupo familiar y no solo del demandante, como se pretende aludir en la alzada.

Confesión que, si bien no se extiende a la codemandada, si permite acreditar la prestación personal del servicio, reiterándose que así la señora NOHORA RITA CABRA no haya verificado la confesión, lo aseverado por el señor JOSÉ VARGAS GUTIÉRREZ, permite establecer la prestación personal del servicio a su favor.

Igualmente, se debe acotar que bajo el marco normativo del artículo 193 del C.G.P la confesión mediante apoderado judicial tiene pleno valor, al señalar *“La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la*



audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

De esta manera encuentra la Sala probada una prestación personal del servicio. Sin embargo, recuerda la Corporación que, aunque existe una presunción legal que opera a favor del trabajador en lo atinente al vínculo laboral, tal privilegio normativo no releva al trabajador de toda la carga probatoria, pues como bien se enunció, es su deber acreditar los demás supuestos de hecho enervados en la demanda, carga probatoria que a juicio de la Sala no fue acreditada.

Lo anterior, por cuanto lo cierto es que todos y cada uno de los testimonios traídos a juicio por la demandante, son testigos de oídas a quienes les constan las circunstancias de tiempo modo y lugar de la relación laboral, con fundamento en lo narrado por la promotora del litigio, y a ninguno le consta de forma directa que la relación laboral se haya extendido por el periodo comprendido del 10 de mayo de 1990 al 28 de mayo del 2018, como se alega en la demanda; así como tampoco, del 15 de enero del 2015 al 28 de mayo del 2018 que fue el periodo declarado por el *a-quo*, ni mucho menos existe una prueba fehaciente de que la demandante laborara para la familia por espacio de 4 días a la semana con una remuneración diaria de \$50.00 diarios o de 2 días a la semana como lo indicó el fallador de primera instancia.

Sobre este punto, es menester de la Sala precisar que ninguno de los testigos estuvo presente durante el desarrollo de la relación laboral, de tal manera que forman el convencimiento de la Sala respecto de los extremos de la relación laboral, pues de hecho los únicos testigos que aluden haber visto a la demandante durante el ejercicio de sus funciones lo fueron *Ana Mercedes Henríquez Baquero*, quien refiere que la vio algunas veces en la frutería de la pareja, pero no precisa el periodo, tan solo que fue para el año 2001 y el hijo de la demandante, quien aduce que acompañó a su madre algunas veces a desarrollar sus labores, pero la única fecha que recuerda con claridad es el año 2000 donde afirma que inició el vínculo.



Bajo esta misma línea, se tiene que ninguno de los testigos conocía de forma directa el valor del pago pactado, más allá de lo que les comentaba la demandante.

Así pues, las únicas pruebas de las cuales se puede servir la Sala para tener algo de claridad frente a los extremos de la relación laboral, se encontrarían conformadas por la declaración del demandado al afirmar que la demandante inició a visitar con frecuencia a la familia en el año 2015, pero tal afirmación resulta totalmente vaga e imprecisa para poder definir la fecha exacta en que inició el vínculo laboral o cuales eran los días que exactamente se presentaba la demandante a laborar, pues esta afirma con vehemencia en la demanda que lo fueron los días lunes, miércoles, jueves y viernes, lo que además reitera su apoderado en el recurso de alzada, siendo un supuesto de facto con total orfandad probatoria.

Ahora, el togado basó su decisión a más de la declaración obrante en la contestación, en los audios aportados a la demanda, los que a juicio de la Sala no permiten colegir lo definido en primera instancia, en la medida en que se contraen a grabaciones que presuntamente contienen afirmaciones realizadas por la propia demandante y que en tal virtud, no pueden redundar en beneficio propio, máxime cuando no existe una aceptación por parte del receptor del mensaje en el que este consienta si quiera los extremos de la relación laboral a los que alude la promotora en los mismos.

La misma postura, se tiene respecto del número de días laborados a la semana, pues en los referidos audios, solo se escucha a la demandante indicar que no puede retornar esa semana porque está atendiendo una situación del nacimiento de un menor, y que le dejen lo \$100.000 que se le adeudan con otra persona, pero de tal afirmación no podemos colegir que la demandante efectivamente laboraba todos los días de la semana o los 2 días que tuvo en cuenta el fallador de primera instancia, ni mucho menos los 4 días a que se hace alusión en el libelo genitor. A *contrario sensu*, tales afirmaciones nos llevan a inferir que labor desarrollada por la actora era esporádica, por lo que,



se itera, no podríamos dar por sentado que los servicios de empleada domestica se daban continuamente 2 días a la semana.

Corolario de lo hasta aquí referido, para la Sala no existen suficientes elementos de juicio para confirmar que la relación laboral que unió a las partes se extendió del 15 de enero del 2015 al 28 de mayo del 2018, con una prestación de 2 días de servicio a la semana y un salario de \$50.000 como lo sostuvo el fallador de instancia. Por manera que al no encontrar acreditados de forma clara y contundente los extremos de la relación laboral, ni los días en que efectivamente se prestó el servicio o el salario que fuere pactado entre las partes, no podría proceder a fulminar las condenas peticionadas por la libelista.

De manera que la actora, al no cumplir con la carga probatoria que le imponía demostrar los supuestos de hecho sobre los cuales recaen las normas jurídicas cuya consecuencia jurídica persigue, para esta Corporación no queda otra salida distinta que revocar la decisión adoptada en primera instancia, para en su lugar absolver a los demandados de todas y cada una de las pretensiones invocadas en el libelo genitor.

Se revoca la condena en costas dispuesta en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

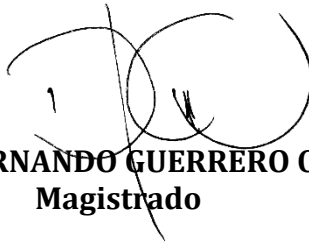
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 31 de agosto del 2020 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva, para en su lugar



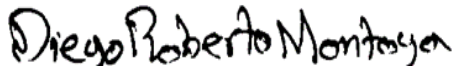
ABSOLVER a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



1100131050 06 2018 00026 01

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

Ordinario Laboral **1100131050 06 2018 00026 01**
Demandante: APOLINAR BELTRÁN RIPOL
Demandado: FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
 NACIONALES DE COLOMBIA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Acorde al poder de sustitución allegado por la parte demandada se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora YULIÁN STEFANI RIVERA ESCOBAR, identificada con C.C No 1.090.411.578 de Cúcuta y T.P No 239.922 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación propuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante proveído del 21 de septiembre del 2020.



I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor APOLINAR BELTRÁN RIPOL demandó al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA con el objeto que se ordene reliquidar el monto de la primera mesada pensional de la pensión de jubilación de origen convencional que le fue concedida por ALCALIS DE COLOMBIA – ALCO LTDA., calculado sobre el promedio de lo devengado en el último año de servicios; se condene a la demandada a reliquidar y pagar al actor el monto de la primera mesada pensional con fundamento en los salarios devengados en el último año de servicios, incluidas las primas percibidas en el mismo periodo; se liquide, reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se debió cancelar; los reajustes legales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que Trabajó en la empresa ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. entre el 20 de junio de 1972 y el 31 de julio de 1992, para un total de 20 años de servicios; que la empresa ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. le otorgó la pensión mensual de jubilación mediante la Resolución No. 000060 del 18 de noviembre de 1992 a partir del 1° de agosto de 1992, mediante la Resolución No. 001668 del 27 de agosto del 2002 le fue concedida la pensión de vejez por parte del ISS, por lo que la pensión pasó a ser compartida.



Para liquidar la primera mesada pensional la empresa ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. tuvo en cuenta un promedio mensual devengado del último año igual a \$492.777,35, debiendo tener en cuenta \$583.191; por cuanto debió sumarse el promedio de la prima de servicios, la prima de antigüedad y el salario en especie.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo que la pensión de jubilación del demandante fue liquidada conforme las normas legales vigentes para el momento del retiro del trabajador.

Propuso y sustentó como excepción previa la de cosa juzgada y como de mérito o de fondo los que denominó cobro de lo no debido, falta de causa o título para pedir, pago, prescripción, la genérica, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 21 de septiembre del 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión indicó que la parte demandada propuso la excepción de cosa juzgada, por cuanto en anterior proceso se definió el asunto



en virtud de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Cartagena, de fecha 20 de febrero de 1998, confirmada por el Superior inmediato, en la que se ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión del 100% de la prima de antigüedad, pretensión que de igual forma se suplica en el presente proceso.

De igual maneras que si bien la sentencia proferida en el anterior proceso no definió la reliquidación de la pensión con inclusión del monto que arrojó la liquidación final del contrato, se probó que la prestación objeto de solicitud de reliquidación se decidió bajo la normatividad de la Convención Colectiva de Trabajo 1992-1994, la cual no fue aportada al plenario.

II. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo* el demandante presentó recurso de apelación en el que en suma indica que si bien en el proceso que se llevó a cabo se reliquidó la prima de antigüedad, en el presente proceso se pretende la reliquidación de todos los factores salariales que tuvo en cuenta la empresa para hacer la liquidación de prestaciones sociales en el último año de servicios.

Y que si bien es cierto la Convención Colectiva de Trabajo no se aportó, se debe acudir al artículo decimoprimer de la Resolución No. 0060 que otorgó la pensión, esto es, que los factores salariales que se deben tener en cuenta son los del artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, normativa que establece que el valor de la pensión de jubilación será el equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas devengados por el trabajador en último año de servicios.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico

Conforme a los argumentos expuestos en el recurso de alzada, el objeto del presente debate se centra en establecer si la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación de origen convencional.

c. De la calidad de pensionado

No es objeto de debate que el demandante obtuvo el reconocimiento y pago de la pensión convencional por parte de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. mediante Resolución No 060 del 18 de noviembre de 1992 a partir del 1° de agosto de 1992 en cuantía igual a \$369.583 (Fl. 12). Así como tampoco se debate que el ISS, hoy COLPENSIONES, le concedió la pensión de vejez mediante la Resolución No .001668 del 2002.

d. De la Cosa Juzgada

La pasiva interpuso la excepción de cosa juzgada, con fundamento en el proceso promovido por el demandante contra la misma entidad, que fuere



conocido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, mediante al cual se ordenó a la pasiva realizar el reajuste, reliquidación y pago de la mesada pensional.

Así pues, para desatar la controversia, es necesario acudir a lo establecido en el artículo 303 del C.G.P, norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S, consagrando la primera norma el fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos”.

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.

Frente a dicha institución, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado entre otras, en la sentencia SL-8658 de 2015, rememorada en la sentencia SL-1303 de 2018, que:



“[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias”.

De cara a lo indicado, debe precisar la Sala que conforme se puede constatar de los medios probatorios arrimados al proceso, no cabe duda alguna en que tanto el presente proceso como el promovido ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, si sirven de los mismos hechos y partes, encontrando acreditados de esta manera dos de los presupuestos requeridos para que se configure la excepción de cosa juzgada, en tanto no existe discusión en que existe una identidad de partes y de causa.

Ahora, en torno al objeto de ambos procesos debemos tener en claro que en el *sub-lite* el debate gira en torno en que se conceda al demandante la reliquidación de la primera mesada de la pensión de jubilación de origen convencional otorgada por ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. - ALCO LTDA., calculándola sobre el promedio de lo devengado en el último año, incluyendo las primas percibidas en el mismo periodo; en consecuencia, se cancelen las diferencias generadas por el reajuste y los reajustes legales. Destacando que, aunque en el *petitum* no se especifica a qué prima hace referencia, en los fundamentos de facto del libelo genitor, tal solo se alude a la prima de antigüedad.



Ahora, al volver la mirada sobre el proceso que fue desatado por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, se constata en el CD contentivo del expediente administrativo del libelista (Fl. 36), la sentencia que fuere emitida el 20 de febrero de 1998, que los pedimentos que sirvieron de base para dicha providencia fueron:

“[...] se le condene a pagarle aumentos salariales a partir del primero de junio de 1991 en el mismo porcentaje en el que se le aumentó a otros trabajadores y que se reconozca como base para el promedio e incremento de la mesada pensional; a pagarle la pensión teniendo en cuenta el promedio salarial incrementado con los dos periodos vacacionales no disfrutados y que fueron compensados en dinero. Pide además, condenarla a pagarle la mesada pensional con el 100% de la prima de antigüedad, con el consiguiente pago de las diferencias y que para el futuro los reajustes se hagan con base en esta condena”

De cara a lo indicado, para esta Sala no cabe duda alguna en que el objeto de la presente litis ya fue abordado en el proceso que conoció el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, pues en dicha oportunidad se discutió el monto de la primea pensional del demandante y de hecho se buscó en el referido proceso que se tuviera como base la misma prima de antigüedad a la que se aluden en la presente demanda, así como la base salarial objeto de debate en el *sub-lite*.

Luego, aunque en efecto en el referido proceso la pretensión no se encaminaba a obtener literalmente una reliquidación pensional, no cabe duda alguna que ambos procesos se sirven de un único objeto y es el cálculo de la liquidación de la primera mesada pensional teniendo en cuenta los mismos factores salariales.



Incuestionable resulta así, la configuración de la cosa juzgada, como indefectiblemente lo determino el fallador de primera instancia.

Con todo, vale la pena indicar que si en gracia de discusión se entrara a analizar la posibilidad de reliquidar la pensión como se busca en autos, es patente que por tratarse de una pensión de orden convencional, resultaba preciso contar con la norma convencional en la que se originó el derecho pensional, pues este es el instrumento base para determinar el origen, naturaleza y forma de liquidación de la misma, sin que pueda subsanarse tal requerimiento, con la Resolución de reconocimiento pensional, indistintamente de que en esta se refiera las normas con fundamento en las cuales se debió liquidar la pensión, por cuanto es obligación realizar un análisis concienzudo de la integridad de normas llamadas a gobernar el tema, en este caso la pensión convencional que se pretendía reliquidar.

Bajo estos parámetros, deviene lógico confirmar en su integridad la providencia objeto de censura en esta instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



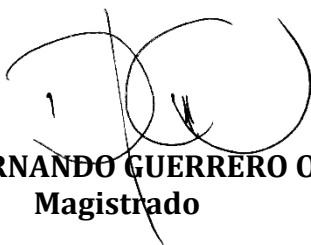
1100131050 06 2018 00026 01

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de septiembre del 2020, acorde lo dispuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **01 2018 00277 01**
Demandante: CARLOS MAURICIO ACOSTA GUERRERO
Demandado: GABRIEL SALAMANCA CASTAÑEDA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de noviembre del 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CARLOS MAURICIO ACOSTA GUERRERO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de GABRIEL SALAMANCA CASTAÑEDA a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido del 15 de enero de 1996 al 20 de diciembre del 2016, por lo que el demandado está en la obligación de cancelarle todas las obligaciones laborales derivadas del mismo.

En consecuencia de lo anterior, solicita se condene al demandado al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, la sanción por no consignación de las cesantías, la compensación en dinero de las vacaciones, la prima de servicios, la sanción moratoria, el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, la indemnización por despido injusto, lo que resulte probado *ultra y extra petita* más la indexación de las sumas adeudadas.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que laboró para el demandado del 15 de enero de 1996 al 20 de diciembre del 2016 en el establecimiento de comercio ubicado en la Bodega 13, Local 23 de Corabastos; que como salario pactaron diferentes valores durante la relación laboral.

Precisa que entre las partes se suscribieron diversas conciliaciones, en las que el empleador se obligaba a solucionar algunas sumas de dinero por el tiempo laborado, indicando que dichas condiciones le fueron impuestas para poder seguir laborando.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que no existió la relación laboral alegada. Precisa que para la data en que se aduce inició la relación laboral, ni si quiera existía el establecimiento de comercio, señalando que el actor gozaba de autonomía e independiente.

Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia del contrato de trabajo, discontinuidad de las relaciones jurídicas desarrolladas, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, buena fe y cosa juzgada.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de noviembre del 2020, declaró probada la excepción de cosa juzgada y absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión el fallador de primera instancia indicó que de las pruebas arrimadas al proceso, se puede concluir que, en el presente caso, el demandante prestó sus servicios de manera personal e independiente para el demandado, en la comercialización de productos agrícolas, pactando unos honorarios mensuales sin subordinación y en diferentes períodos, tal como se



desprende de las conciliaciones realizadas el 5 de agosto de 2008, en el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá; 5 de mayo de 2010, en el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá; 6 de marzo de 2012, en el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá; y del 8 de marzo de 2013, ante el Ministerio de Trabajo.

De tal manera, que de forma independiente y autónoma se llevaron a cabo las conciliaciones, mismas que recayeron sobre derechos inciertos y discutibles, máxime que las partes tenían capacidad para conciliar, y las mismas se hicieron ante las autoridades competentes, por lo cual se configuró la excepción de cosa juzgada.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que con la declaración del señor JOSÉ FELIPE MUÑOZ, se acredita la existencia del contrato de trabajo, al verificarse una prestación personal y subordinada del servicio, lo cual fue corroborado por los señores JOSÉ BENJAMÍN CASAS PINILLA y SAÚL ANTONIO CAÑIZARES.

Aunado a lo anterior, no resulta concebible que se niegue por el accionado la existencia de la relación laboral, motivo por el cual sus manifestaciones no se corresponden con la realidad.

Finalmente, que el hecho de haber suscrito las conciliaciones no le resta procedibilidad a los derechos laborales, máxime que en la sentencia T-029 de 2016, de la Corte Constitucional, se ha expresado que se debe proteger el trabajo humano. Finalmente, solicitó se tengan en cuenta las documentales aportadas con el recurso.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si en el presente caso operó la cosa juzgada como lo adujo el *a-quo*, o si por el contrario no se debe declarar probada tal excepción, en tanto se encuentra acreditado el vínculo laboral alegado por el demandante.

Siendo del caso precisar desde ya, que no podrán ser tenidas en cuenta las documentales que pretendió aportar como prueba el demandante al momento de presentar el recurso de apelación, por no ser la oportunidad para allegar las mismas, precisando que estos documentos tampoco reúnen los requisitos enunciados en los artículos 83 y 84 del C.P.T y la S.S para que sea dable ordenar su práctica o ser considerados en esta instancia.

c. De la Cosa Juzgada y los efectos de la conciliación:

En materia laboral sabido es que por mandato expreso del artículo 53 de nuestra Carta Política, aquellos derechos de carácter laboral que sean por su naturaleza ciertos e indiscutibles no podrán ser objeto de conciliación, como quiera que son derechos de orden público e irrenunciables (Art. 14 del C.S.T). Sin embargo, aquellos que no se enmarquen dentro del referido grupo, bien pueden ser conciliados por las partes.

Bajo esta misma línea, encontramos que las conciliaciones, surjan dentro del proceso o por fuera de este, prestan mérito judicial y hacen tránsito a cosa juzgada, acorde lo dispuesto por el artículo 54 del Decreto 1818 de 1998, concordante con la Ley 640 del 2001, características que han sido plenamente reconocidas por nuestra Corporación de cierre, entre otras en sentencia SL-3071 del 2020, en la cual se indicó:



“Por último, la conciliación, como lo afirma la sociedad recurrente, se asemeja a una sentencia judicial con efectos de cosa juzgada y, por tanto, es inmutable, empero, ello solo será así siempre que su objeto y causa sean lícitos, no se desconozcan derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador y, en general, no se transgreda la Constitución y la ley.”

Bajo esta medida, basta recordar que un derecho será cierto cuando quiera que no exista discusión alguna respecto a los fundamentos de facto que dan lugar a su existencia y sea diáfano que no se presenta ningún factor que impida su exigibilidad; e igualmente, será indiscutible cuando no exista certeza sobre su causación. Así pues, tenemos que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia con Rad. 32051 del 17 de febrero del 2009, expresó:

“[...] el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales”.

Luego, siempre que se trate de derechos inciertos y discutibles, no existe impedimento legal alguno para que las partes los concilien, caso en el cual, la fórmula conciliatoria hará tránsito a cosa juzgada e impedirá que las partes puedan debatir en un conflicto judicial los mismos.

En este orden de ideas, al descender al *sub-examine* encuentra la Corporación que el demandante en aras de acreditar la existencia de la relación laboral aporta:



(i) Acta de Conciliación del 5 de agosto del 2008, suscrita por las partes ante el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual las partes reconocen que el demandante prestó los servicios para el demandado de forma independiente y discontinua, del año 2001 al 30 de agosto del 2008. Destacando que aun cuando estas se rigieron por un contrato de orden civil se le ofrece al contratista una bonificación por \$5.600.000, en virtud del cual el demandante declara al demandado a paz y salvo por todo concepto en contraprestación por los servicios prestados y demás acreencias que se pudieren derivar de los contratos suscritos entre las partes (Fls. 22-23).

(ii) Acta de Conciliación suscrita ante el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, con ocasión a los contratos suscritos por las partes entre el 2008 y el 30 de abril del 2010, precisando que, si bien esta lo fue de tipo civil, el demandado cancela una bonificación por \$3.000.000, en virtud de los cuales el demandante lo declara a paz y salvo, por todo concepto derivado de los servicios prestados en el referido periodo (Fls 24-25).

(iii) Acta de Conciliación suscrita el 6 de marzo del 2012, ante el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, con ocasión del contrato de prestación de servicios de comercialización de productos agrícolas, celebrado por las partes el 21 de junio del 2010 el cual finaliza el 29 de febrero del 2012 de forma voluntaria. Se destaca que, en el mismo documento se reconoce que el referido contrato podría dar lugar a la reclamación de un vínculo regido por un contrato de orden laboral, por lo que las partes deciden conciliar cualquier tipo de derecho o beneficio que pudiere llegar a existir por un valor de \$3.200.000, declarando el demandante a paz y salvo al demandado, por cualquier concepto (Fls 27-29).

(iv) Acta de Conciliación No. 1087 celebrada ante el Ministerio de Trabajo y la Seguridad Social el 8 de marzo del 2013, por medio de la cual las partes reconocen que la relación que rigió los servicios del demandante por el espacio comprendido del 15 de marzo de 2012 al 7 de marzo del 2013 fueron de orden civil, recibiendo el demandante a título conciliatorio la suma de \$3.400.000, a razón de los cuales se declara a paz y salvo al demandado (Fls 30-31).



De lo manifestado, no cabe duda alguna que en el *sub-lite* operó la cosa juzgada por lo menos en lo tocante a los servicios que fueron prestados por el demandante desde el año 2001 hasta el 7 de marzo del 2013, habida consideración que el demandante suscribió sendas actas de conciliación en las que concilió cualquier tipo de derecho que pudiere derivarse de los servicios prestados al demandado durante el referido interregno de tiempo.

Destacando que si bien, la conciliación no puede recaer sobre derechos ciertos e indiscutibles, en el presente no se predica tal supuesto, habida consideración que existe un claro debate jurídico sobre la existencia misma de la relación laboral y, por ende, de la exigibilidad y causación de los derechos laborales hoy reclamados, lo que comporta que nos encontramos frente a derechos inciertos y discutibles; por tanto, susceptibles de conciliación.

De otra parte, se destaca que en el juicio el demandante jamás solicitó o petición que se declarara la ineficacia de las conciliaciones previamente eludidas. Máxime que si aún en gracia de discusión ello hubiere sido así, lo cierto es que dentro del plenario no obra prueba alguna que nos permita entrever que las mismas se dieron bajo algún vicio del consentimiento, a saber: error, fuerza o dolo (Art. 1508 del C.C); destacando que la simple afirmación efectuada por el demandante en el interrogatorio de parte en la que se alude que el promotor firmó las actas debido a que si no lo hacían lo iba a despedir, no se puede tener como prueba del constreñimiento alegado pues se trata del propio dicho del demandante, así como tampoco resulta suficiente lo indicado por el testigo JOSÉ FELIPE MUÑOZ ÁVILA, al afirmar que firmaban las conciliaciones para no quedarse sin trabajo, pues realmente no aporta elementos de juicio suficientes para acreditar de forma verídica las circunstancias de tiempo modo y lugar, en las cuales supuestamente se obligó al demandante a firmar las conciliaciones previamente aludidas.

En todo caso, la Sala no encuentra sentido en que tal fuerza se haya extendido en el tiempo, de tal suerte que el demandante haya llegado a firmar cuatro actas de conciliación, ante autoridades judiciales y administrativas, sin dejar anotación alguna o llegar a manifestar el vicio del consentimiento que hoy



pretende alegar en la alzada, con el ánimo de que se desconozcan las actas de conciliación.

Con todo, debe precisar la Sala que los precitados acuerdos de conciliación no hicieron alusión alguna a los derechos que se pudieren derivar de la prestación de los servicios que hoy se alega, durante los periodos comprendidos entre el 15 de enero de 1996 y el año 2000, así como del 8 de marzo de 2013 al 20 de diciembre del 2016.

Implica lo aludido que la figura de la cosa juzgada no se podía declarar en lo que a estos interregnos de tiempo corresponde y por lo tanto, aunque el actor anhelaba la declaratoria de un único contrato, con fundamento en la facultad *minus petita*, es del resorte de la Sala entrar a establecer si en efecto el actor logró acreditar el vínculo laboral que alega, por lo menos para los periodos del 15 de enero de 1996 al año 2000, así como del 8 de marzo de 2013 al 20 de diciembre del 2016.

d. Del Vínculo Laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso,



le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Igualmente, se tiene adoctrinado que aún en el caso de tener acreditada la prestación personal del servicio, tal hecho por sí mismo, no exonera a la parte actora de su deber de acreditar los demás supuestos de hecho alegados como los extremos de la relación laboral. Así, lo recordó la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral entre otras en sentencia SL-102 del 2020, al referir:

“Y para concluir sobre este tópico, cumple recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el Tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» como serían los extremos temporales. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se trajo a colación lo dicho en la providencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

“[...]recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros (Subrayas fuera del texto)”.

De esta manera, con el objeto de determinar si en el *sub-lite* se acreditó el vínculo laboral alegado, se constata que al plenario fueron allegadas las declaraciones extrajuicio de JOSÉ FELIPE MUÑOZ ÁVILA, JOSÉ BENJAMÍN CASAS PINILLA, SAÚL ANTONIO MUÑOZ CAÑIZARES y PEDRO ALFONSO NOMESQUE, en los que aducen que el demandante trabajó en la bodega No 13, local 23 de propiedad del demandando, en el cual desempeñó labores el demandante como vendedor. Precizando en la declaración el señor JOSÉ FELIPE MUÑOZ, que el demandante no recibió el pago de sus acreencias, no



disfrutó de vacaciones y en diciembre del 2016 se le exigió firmar un documento en el que declaraba a paz y salvo al accionado. Así mismo, en la declaración de JOSÉ BENJAMÍN CASAS PINILLA se aduce que el vínculo laboral se extendió de 1999 a diciembre del 2016 (Fls. 32-36).

De otra parte, se absolvieron los respectivos interrogatorios de parte en el curso de los cuales el demandado acepta que conoce al demandante, señalando que le prestó algunos servicios, sin confesar fechas exactas, así como tampoco admite que el libelista que haya trabajado de manera subordinada, admitiendo que le canceló los rubros acordados en las Actas de Conciliación. Igualmente, admite que es comerciante y que trabaja en Corabastos, precisando que los acuerdos se hicieron en tanto el actor trabajaba como independiente y de manera esporádica.

A su turno el demandante, admite que firmó las conciliaciones, pero aduce que lo hizo ante la coacción de no tener trabajo; refiere que laboró para el demandado hasta el año 2016, cumpliendo órdenes del demandante, así como un horario de trabajo. Igualmente, indica que prestó servicios desde que tenía 13 años, esto es en el año 1996, hasta el 20 de diciembre del 2016.

De otra parte, fue evacuado el testimonio del señor PABLO EMILIO ARIAS HERNÁNDEZ, quien aduce que conoce al demandante hace más de 20 años, y le consta que el actor laboraba en la Bodega 23, local 23, siendo el empleador el señor GABRIEL SALAMANCA; refiere no conocer el salario y que la relación laboral culminó al haberse negado el actor a firmar un documento, hecho que señala le consta por habérselo comentado el demandante.

Igualmente, compareció como testigo el señor JOSÉ FELIPE MUÑOZ ÁVILA, quien fue tachado por cuanto formuló demanda contra el demandado, situación que acepta el testigo. En lo que respecta a su declaración, advierte el deponente que laboró para el demandado desde marzo del año 2000 y por ello le consta que era el empleador del demandante; señaló que cumplía horario de trabajo y que el contrato feneció al no suscribir un documento, y que los acuerdos de conciliación se firmaban para no quedarse sin trabajo.



Finalmente, fue escuchado el señor NELSON APULEYO ACOSTA, quien también fue tachado por ser hermano del demandante y labora con el demandado, señalando el testigo que ha firmado varios acuerdos de conciliación con el demandado en varios despachos judiciales, siendo el actual administrador de la bodega; refiere que el actor manejó una bodega del demandado, sin conocer las condiciones, no obstante por la manera en que se desarrolla Corabastos, no se tiene un horario fijo y no le consta durante cuánto tiempo laboró, precisando que el trabajo consiste en intervenir en las negociaciones de productos, considerando que dicha laboral es autónoma, en tanto tenía plena disponibilidad, permaneciendo en otros locales.

Ahora, en lo atinente a las tachas de sospecha formuladas contra los testigos, basta indicar que las mismas, en modo alguno llevan a que se descalifiquen los testimonios, sino que imponen al juzgador, realizar un análisis más acucioso de sus declaraciones. Sobre este punto la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3721 del 2019, indicó:

*“Tiene dicho esta Corporación que «la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar” (Sent. Cas. Civ. de 28 de septiembre de 2004, Exp. No. 7147-01), **tanto más si se advierte que, en muchos casos, son los parientes quienes, ubicados en una mejor perspectiva, tienen contacto directo con los hechos averiguados, sobre todo cuando de relaciones de familia se refiere.** Debe haber, pues, una ponderación más aguda, sin que por ello se prescinda de la información que suministran, misma que, si es capaz de superar los juicios de coherencia, seriedad y objetividad, puede ser tomada como base para decidir» (sentencia CSJ SL, del 12 de ago. 2011, rad. 11001-31-10-021-2005-00997-01).”*

Precisando en lo que respecta a la calidad de trabajador del testigo NELSON APULEYO ACOSTA así como se ser hermano del demandante, que por sí mismas no desmienten su dicho y, por el contrario, nos permiten establecer



que tuvo conocimiento directo de los hechos que hoy relata. Igual sucede con la declaración del señor JOSÉ FELIPE MUÑOZ, pues el hecho de tener otras demandas contra el convocado a juicio no es un hecho que de manera automática lo descalifique. En torno a ello la H Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL18102 del 2016, refirió:

“El artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social concede al juzgador un amplio margen de libertad para valorar las pruebas, y si bien puede cernirse sobre un deponente alguna duda sobre su imparcialidad, v. gr. por ser contraparte de uno de los intervinientes en un proceso distinto, ese hecho por sí mismo no descalifica su atestación si no existen otros elementos de juicio que evidencien la iniquidad. Podrá entonces el juez si lo encuentra razonable, darle credibilidad al testimonio en esas condiciones, y fundar en él su convicción sobre un determinado hecho del proceso, sin que quepa predicar mácula en la sentencia por dicho motivo”.

De cara a lo enunciado encuentra la Sala que de los testimonios vertidos en el juicio y las declaraciones extrajuicio aportadas por el demandante, se puede entrever que el demandante prestó sus servicios de forma personal para el demandante, comercializando productos en la bodega 13, local 23 de Corabastos de propiedad del demandado, lo que en efecto permite presumir la existencia de una relación de carácter laboral, acorde los parámetros trasados por el artículo 24 del C.S.T.

Sin embargo, dicha presunción admite prueba en contrario; en este evento, la Sala al analizar todos los medios probatorios allegados, avizora que el demandado logró acreditar que la labor desarrollada por el demandante, no fue ejecutada bajo continúa subordinación, hecho que se constata especialmente con la declaración vertida por el señor NELSON APULEYO ACOSTA, quien fue claro al afirmar que su hermano era libre en la ejecución de las labores encomendadas, pues el demandado ni siquiera permanecía de manera permanente en la bodega del accionado.

Aunado a ello, de todos los testimonios queda claro que la actividad desarrollada por el demandante, consistía en comprar y vender productos con el capital del demandado, desvirtuándose que dicha actividad fuera ejecutada bajo la continua subordinación del demandado. Nótese como el testigo PABLO



EMILIO ARIAS, refiere que el demandado era el empleador, lo que aduce por ser el accionado el propietario de la bodega, sin relatar haber observado personalmente al señor GABRIEL SALAMANCA impartiendo órdenes al demandante, siendo además testigo de oídas al referir que el actor le comentó que debía solicitar permiso frente a condiciones de los negocios.

Así mismo, el testigo JOSÉ FELIPE MUÑOZ ÁVILA, tampoco da cuenta que haya visto al demandado impartiendo órdenes al demandante, imponiéndole un horario o exigiéndole su cumplimiento, ni mucho menos sancionándolo por incurrir en una falta. Al punto que en torno al tema de la subordinación, solo refiere que las órdenes impartidas fueron sobre devolver la carga o negociar su precio, situación que resulta insuficiente para predicar la existencia de la continua subordinación como elemento esencial para la configuración del contrato de trabajo anhelado, pues denotan en realidad que el demandante era libre en su actividad como comerciante, ciñéndose estrictamente a unas pautas exclusivamente frente al punto de la negociación, pero realmente manejaba de forma autónoma la bodega y la negociación del producto agrícola que le fuere encomendado.

Con todo, aun si en gracia de discusión, basándonos exclusivamente en que la subordinación se predicaba de las instrucciones dadas por el demandado en torno a que se devolviera una carga o se negociara mejor el precio, por ser esta la única afirmación que podría llegar a dar cuenta de la existencia del precitado elemento esencial del vínculo laboral. Lo cierto es que no existe prueba alguna respecto a los extremos de la relación laboral alegada por el demandante, pues frente al extremo inicial ningún testigo indicó de forma expresa que la labor haya comenzado en 1996 como lo aduce el libelista y de otra parte, frente al extremo final, aunque en las declaraciones extra juicio JOSÉ FELIPE MUÑOZ ÁVILA y JOSÉ BENJAMÍN CASA PINILLA, refieren que lo fue en diciembre del 2016, lo cierto es que en la contestación de la demanda se solicitó la ratificación de dichas declaraciones acorde lo reglado en el artículo 222 del C.G.P., lo cierto es que en el presente juicio en la prueba testimonial solo se aduce que el contrato terminó por cuanto el actor no accedió a firmar unos documentos.



Implica lo enunciado que aun cuando diéramos por sentado que la relación que ató a las partes lo fue de índole laboral, el demandante no logró probar los extremos de la relación laboral alegada, o por lo menos que los periodos que acorde a las facultades *minus petita*, podría entrar a declarar la Sala, por manera que de seguir este camino en todo caso la decisión sería absolutoria, por cuanto el demandante no habría satisfecho la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P.

Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

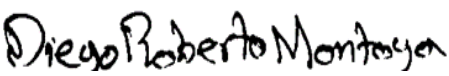
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de noviembre del 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

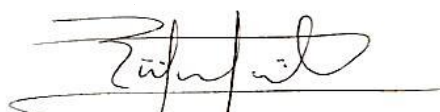
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



1100131050 03 2019 00183 01

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

Ordinario Laboral **1100131050 03 2019 00183 01**
Demandante: EFRAÍN JOSÉ GUTIÉRREZ MARTÍNEZ
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería al abogado *Michael Cortazar Camelo*, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.435.292 y T.P. 289.257 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con ocasión de la sentencia proferida el 18 de octubre del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:



1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EFRAÍN JOSÉ GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a efectos que se declare la nulidad del traslado realizado por el demandante el 14 de julio de 1999 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto los agentes promotores de la AFP no le suministraron la debida información al libelista, lo que acarrea su regreso automático, declarándola como la única afiliación válida, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 28 de octubre de 1957, comenzando a cotizar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 19 de noviembre de 1985, como trabajador dependiente.

Precisa que el 14 de julio de 1999 se trasladó a PORVENIR S.A. atendiendo a lo que le manifestó la ejecutiva de ventas JUDITH MOLINA, quien le indicó que en la AFP tendría mejores garantías, se podría pensionar a los 55 años y con un monto pensional superior.

El 15 de febrero del 2019 solicitó a la AFP la nulidad de la afiliación, pero la misma le indicó que tal solicitud no era procedente; así mismo, acudió ante COLPENSIONES, sin que la misma se haya desatado a la fecha.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



1100131050 03 2019 00183 01

PORVENIR S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones enervadas en su contra, aduciendo que la decisión de la demandante fue libre y consentida, prueba de ello en la firma del formulario de afiliación.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de octubre del 2020, declaró la ineficacia del traslado del demandante realizado el 14 de julio de 1999, con efectividad a partir del 1° de septiembre de la misma anualidad, condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante, ordenó a COLPENSIONES a aceptar los dineros de la FP y declaró no probada la excepción de prescripción.

Para arribar a dicha conclusión en primer lugar indicó que, si bien las pretensiones se encaminan a la declaratoria de una nulidad, en atención de los postulados jurisprudenciales, lo procedente es que el asunto sea analizado en el escenario de la ineficacia del traslado.

Consideró que, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría



al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP, quien no acreditó tal aspecto.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. inconforme con la decisión, presenta recurso de apelación en el que en suma indica que el demandante se trasladó de régimen en el año 1999, de forma libre y voluntaria, al habersele brindado una información oportuna y completa. Que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, y no hizo ningún trámite para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Sin tener en cuenta lo anterior el fallador de primera instancia declaró la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, normativa que establece la ineficacia cuando existen actos que impiden o atenten contra la afiliación del trabajador, es decir que se exigen conductas dolosas, lo que no fue demostrado en el proceso.

De otra parte, que se restó valor probatorio al formulario de afiliación, el cual es una preforma acorde con la Ley 100 de 1993, y que está regulado por la Superintendencia Financiera; de igual manera que el demandante es un consumidor financiero, y tiene obligaciones en tal calidad, actuando de manera negligente según lo narrado en el interrogatorio de parte.

Señala que el demandante se encuentra incurso en una prohibición legal de trasladarse de régimen, de conformidad con la ley 797 del 2003, debiendo analizarse el principio de estabilidad financiera.



Finalmente, que el actor reconoció que se le brindo información y que no resulta procedente la devolución de gastos de administración.

A su turno, COLPENSIONES formuló recurso de alzada indicando que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada en el año 1999 es completamente válida, por cuando dentro del proceso no se demostró la existencia de vicios en el consentimiento que hubiere afectado su decisión.

Así mismo, pone de presente que en el interrogatorio de parte se evidencia que el demandante tenía conocimiento con respecto a las características del régimen administrado en su momento por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, máxime que se evidencian contradicciones entre los aseverado en la demanda y el interrogatorio de parte.

Señala que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera; que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, por lo cual el error de derecho cual no vicia el conocimiento; finalmente, que debe ser absuelta de la condena en costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe acotarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser



1100131050 03 2019 00183 01

persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación



introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior,*



1100131050 03 2019 00183 01

se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



1100131050 03 2019 00183 01

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 14 de julio de 1999 a PORVENIR S.A; el cual implicó un traslado de régimen, y que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte no se confesó que se haya suministrado la información suficiente para que se diera un consentimiento informado, supuesto que tampoco se puede dar por sentado a raíz de las someras explicaciones que dio sobre las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto el interrogatorio debe ser valorado de



1100131050 03 2019 00183 01

forma total y no parcializada, deviniendo necesario recordar que la libelista indicó que su traslado se originó por cuanto se señaló que el ISS se iba a liquidar, mientras que en la AFP se podría pensionar a cualquier edad.

De otra parte, no se aportaron pruebas que acreditan el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además aparea la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“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 esta 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado



1100131050 03 2019 00183 01

en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al principio de sostenibilidad financiera, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464 de 2019, ha señalado lo siguiente:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».



“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Así las cosas, no se observa vulneración alguna al principio de sostenibilidad fiscal en el fallo de primera instancia, pues la AFP devolverán a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, teniéndose en cuenta los requisitos de edad y las semanas cotizadas, independientemente de si ha estado cotizando a un fondo público o a un fondo privado, y debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación a la AFP jamás existió, esta tienen el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado a su fondo provenientes de la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, comporta necesario traer a colación lo establecido por el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable,*



1100131050 03 2019 00183 01

implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Finalmente, en torno al punto de las costas, basta recabar en que estas operan de forma objetiva, con ocasión a las reglas previstas en el artículo 365 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del Estatuto Procesal Laboral, el cual prevé que las mismas deben ser asumidas por la parte vencida en juicio, indistintamente si las condenas son de tipo declarativo o pecuniario, por manera que al resultar adversa la providencia a COLPENSIONES, resulta lógico que se le imponga el pago de las costas.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

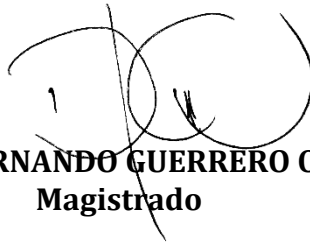
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de octubre de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.



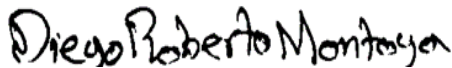
1100131050 03 2019 00183 01

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

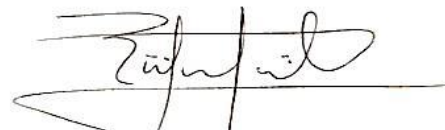
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



1100131050 03 2019 00219 01

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

Ordinario Laboral **1100131050 03 2019 00219 01**
Demandante: LUIS FELIPE PEÑA AVILA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con ocasión de la sentencia proferida el 15 de julio del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS FELIPE PEÑA ÁVILA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a efectos que se declare que existió vicio en el consentimiento en la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia se declare la nulidad de la inscripción a



1100131050 03 2019 00219 01

COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. de la afiliación del demandante realizada el 11 de febrero de 1999; se declare que está vigente la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y por tanto la AFP debe reintegrar todos los dineros recibidos por concepto de las cotizaciones del demandante.

A consecuencia de lo anterior, solicita se condene a PORVENIR S.A a pagar al demandante, el valor de los aportes a pensión recibidos por la AFP a partir del mes de marzo de 1999, inclusive con sus rendimientos y sin descuento alguno; condenar a la AFP a reconocer al demandante la indexación de dichos conceptos; condenar a COLPENSIONES a recibir al demandante sin solución de continuidad, a recibir los dineros debidamente indexados; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expresó que nació el 5 de junio de 1959 y se encuentra próximo a los 60 años, se afilió al ISS el 17 de junio de 1988 y solicitó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación en COLPATRIA del 11 de febrero de 1999, fondo que posteriormente fue adquirido por PORVENIR S.A.

Refiere que recibió asesoría de una empleada de PORVENIR S.A. de nombre Paola Andrea Guaca, quien la indujo en error en su asesoría asegurándole que su pensión sería igual o mayor que a la que accedería en el ISS, sin informarle las consecuencias negativas del traslado.



1100131050 03 2019 00219 01

Finalmente, que el 28 de diciembre del 2018, solicitó la anulación de la afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., y el 11 de enero del 2019 radicó carta ante COLPENSIONES solicitando su retorno.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, precisando que el traslado de régimen del demandante no se efectuó en contra de ninguna prohibición legal, al contrario, en el mismo se dio cumplimiento a todos los lineamientos legales.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

De otra parte, COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a los pedimentos del libelo genitor toda vez que dentro del acervo probatorio no se allegó demostración alguna de la existencia de algún vicio del consentimiento que afectara la decisión libre y voluntaria del demandante.

Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; inexistencia de la obligación de la afiliación; excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de julio del 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., realizado el 11 de febrero de 1999; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados; ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de los aportes que efectuó PORVENIR S.A. para que proceda a activar la afiliación del demandante; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la AFP.

Para arribar a dicha conclusión en primer lugar indicó que, si bien las pretensiones se encaminan a la declaratoria de una nulidad, en atención de los postulados jurisprudenciales, lo procedente es que el asunto sea analizado en el escenario de la ineficacia del traslado.

Concluyó que se configuró la ineficacia del traslado que realizara la demandante ante la AFP en razón a que de conformidad con lo establecido en el Decreto 692 de 1994, artículo 11, inciso 4º, una vez efectuada la selección, el empleador debía adelantar el proceso de vinculación a la respectiva administradora mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto, aspecto que no se llevó a cabo por cuanto el referido formulario no contenía rúbrica del empleador.



1100131050 03 2019 00219 01

Consideró que, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP.

Por último, argumentó que, si bien la demandante realizó traslados dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con diferentes administradoras de fondos pensionales, ese actuar no convalida la ineficacia del traslado, pues el traslado de regímenes vulnera ostensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. apeló la decisión indicando que se debe tener en cuenta el interrogatorio de parte y la confesión verificada; de otra parte, que para el momento histórico del traslado no se exigía realizar proyecciones, y el hecho que no se cumplan las expectativas pensionales, no implica *per se* que se haya hecho incurrir en engaño.

Finalmente, solicita se tenga en cuenta el principio de sostenibilidad financiera previsto en el Acto Legislativo 01 del 2005 y que para la fecha del traslado el demandante no tenía causada la pensión ni ostentaba una expectativa legítima, en tanto no era beneficiario del régimen de transición.

COLPENSIONES en el recurso de apelación señala que el precedente de la Corte Suprema de Justicia, desconoce los pronunciamientos de constitucionalidad de la Corte Constitucional, en los que se han establecido los requisitos para el traslado de régimen pensional; de otra parte, que ante la variación del IBL del



1100131050 03 2019 00219 01

actor, no es dable estimar configurado un daño o perjuicio; de otra parte que con el traslado se afecta a COLPENSIONES al disponer el reconocimiento pensional de una persona que no ha verificado aportes al Sistema, además se ordena la devolución de los rubros sin tener en cuenta la indexación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.



Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho



1100131050 03 2019 00219 01

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la*



1100131050 03 2019 00219 01

jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que



1100131050 03 2019 00219 01

pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. del 1° de febrero de 1999 (Fl 80); el cual, si bien implica un traslado de régimen, y aun cuando refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por*



demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante realmente no confesó que se le haya brindado la información suficiente, clara y precisa, que permitiera dar por sentado que existió un consentimiento informado, por el contrario, adujo el libelista que se trasladó con COLPATRIA por cuanto le ofrecieron en una reunión corta, mejores beneficios que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizándose una proyección a futuro de una mesada pensional de \$8.000.000 o \$8.500.000, sin señalarse la manera de arribar a dicho monto. Destacando que si bien acepta la suscripción del formulario, agregando que no lo leyó; aunado a lo anterior, la información que reposa en el formulario no resulta suficiente como para dar por sentado que el demandante confesó el haber recibido la información suficiente sobre las características y consecuencias que acarreaban el traslado de régimen.

De igual manera, tampoco se puede dar por acreditado el cumplimiento del deber de información con ocasión del testimonio rendido por el señor Alfonso Fajardo, como quiera que tan solo indicó que conoció al demandante en el año 1995, cuando laboraban en Panamericana, y la asesora de COLPATRIA, de nombre Paola Guaca les indicó las ventajas del traslado, haciéndoles una proyección de la mesada pensional, con un programa a través del cual les calculó a todos que el monto de la pensión sería más alto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además que se podría pensionar a una menor edad. Luego es patente que del mismo tampoco se desprende o se avizora el cumplimiento del deber de información que recaía sobre la demandada, conforme lo explicado en líneas precedentes.



1100131050 03 2019 00219 01

De otra parte, no se aportaron pruebas que acreditan el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“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 esta 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.



1100131050 03 2019 00219 01

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo atinente al principio de sostenibilidad financiera al que alude Colpensiones en la alzada, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464 de 2019, ha señalado lo siguiente:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a



1100131050 03 2019 00219 01

través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Así las cosas, no se observa vulneración alguna al principio de sostenibilidad fiscal en el fallo de primera instancia, pues la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, teniendo en cuenta los requisitos de edad y las semanas cotizadas, independientemente de si ha estado cotizando a un fondo público o a un fondo privado, y debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación a la AFP jamás existió, esta tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado a su fondo provenientes de la afiliación.

Precisando en lo tocante a la solicitud de indexación, que al ser reintegradas las sumas de dinero con los respectivos rendimientos, frutos e intereses, no resulta pertinente ordenar la indexación de las mismas, por cuanto la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, se encuentra superada mediante el pago de los respectivos intereses, como de tiempo atrás lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, generando la incompatibilidad entre el pago de los intereses y la indexación de las sumas de dinero adeudadas, como fuere expuesto, entre otras, en sentencia con Rad. 41392 del 6 de diciembre del 2011, en la cual se explicó:



1100131050 03 2019 00219 01

“Sobre esta base es claro que el ad quem le dio una inteligencia a la norma acorde a lo que ha sostenido esta Corporación sobre el asunto, en cuanto al carácter resarcitorio de los intereses moratorios cuyo fin es el de paliar, en cierto modo, la pérdida del poder adquisitivo del dinero, tal como lo señaló la Sala en la sentencia del 12 de mayo de 2005, radicación 22605 (...)”

Criterio que, si bien se ha aplicado en lo tocante a la mora en el pago de las mesadas pensionales, nada impide que se aplique en lo tocante a los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como quiera que los mismos tienen una naturaleza jurídica similar, en tanto ambos son recursos del Sistema General de Pensiones, por tanto, *mutatis mutandi*, resulta aplicable el mismo criterio.

Ahora, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



1100131050 03 2019 00219 01

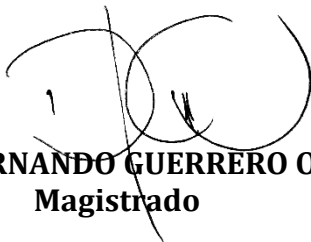
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

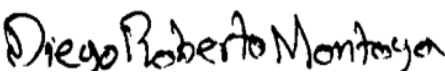
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de julio del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme lo expresado en la parte motiva de la presente decisión

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

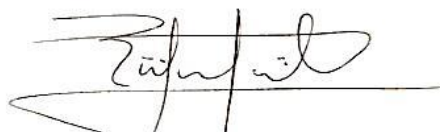
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 03 2019 00560 01

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

Ordinario Laboral 1100131050 03 2019 00560 01
Demandante: ROSAURA SANABRIA ESPINOSA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería al abogado *Michael Cortázar Camelo*, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.435.292 y T.P. 289.257 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida el 5 de septiembre del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:



1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ROSAURA SANABRIA ESPINOZA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a efectos que se declare la existencia de un vicio en el consentimiento que indujo en error a la demandada a cargo de la AFP PORVENIR S.A; se declare en consecuencia la ineficacia o la nulidad del formulario de afiliación suscrito por la demandante y se mantenga afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expresó que nació el 8 de julio de 1959, estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1° de enero de 1997; señala que fue visitada en el Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General de Sanidad Militar por el promotor de la AFP, procediendo a suscribir el formulario de afiliación el 10 de octubre del 2001.

Destaca que el traslado se dio debido a que el promotor de la AFP le indicó que el ISS se liquidaría, por lo cual no accedería al beneficio pensional, en tanto que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podría solicitar la pensión en cualquier tiempo, demás que la mesada pensional sería superior.

Refiere que el 9 de julio del 2019 solicitó la nulidad de la invalidez del traslado ante PORVENIR S.A, quien denegó su solicitud. Igualmente, elevó solicitud ante COLPENSIONES el 30 de julio del 2019, sin que a la fecha haya obtenido respuesta alguna.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de forma libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, por lo que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, la innominada o genérica.

De otra parte, PORVENIR S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que el traslado atendió a una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de septiembre del 2020 declaró la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., realizado el 10 de octubre de 2001, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo del traslado de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haberlos redimido, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno; ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros a PORVENIR S.A. para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiere trasladado de régimen, así mismo que actualizara la historia laboral; declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas y condenó en costas a las AFP.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. propuso recurso de apelación contra la sentencia proferida aduciendo que la información que se brindó a la demandante fue completa, clara y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, sin haberse acreditado una conducta dolosa a fin de obtener el traslado de régimen.

De otra parte, que el formulario de afiliación si acredita el libre consentimiento de la afiliada, al ser un documento público que se presume auténtico; refiere que para el año 2001 no se exigía que la asesoría se plasme documentalmente ni que



se realicen proyecciones pensionales.

De igual manera que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 del 2003 y la sentencia C-1024 del 2004, implicando la decisión una desfinanciación del Sistema; estima que no se consideró que la accionante también tiene obligaciones como consumidora financiera.

Argumenta que no es dable ordenar la devolución de gastos de administración, respecto de los cuales además si opera el fenómeno prescriptivo.

A su turno COLPENSIONES presenta recurso de apelación en el que en suma indica que no es de recibo que la accionante refiera que no haya tenido la posibilidad de asesorarse al momento del traslado, siendo ambigua al momento de explicitar las razones por las cuales adoptó la decisión, en tanto no específico qué implicaba el ofrecimiento de una mesada superior en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad;

Refiere que no es dable trasladar la carga de la prueba, al no cumplirse los requisitos normativos para tal efecto; argumenta que no se analizó lo atinente a la estabilidad financiera ni el hecho que no se causó un daño antijurídico a la actora. Finalmente, que el *a-quo* no tuvo en cuenta la indexación y el perjuicio que causaría a COLPENSIONES frente a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse



del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 03 2019 00560 01

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la*



validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se es o no beneficiario del régimen de transición o si



se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a *Porvenir S.A* del 10 de octubre del 2001 (Fl 125); el cual, si bien implica un traslado de régimen y aun cuando refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información suficiente, clara y precisa, que permitiera dar por sentado que existió un consentimiento informado, por el contrario expuso que en el mes de octubre del 2001 se llevó a cabo una reunión en el Teatro Patria para explicar la forma de operar del Fondo Privado, y aunque no asistió a la misma, los promotores de PORVENIR S.A. la abordaron para ofrecerle la afiliación, suscribiendo el formulario tras informársele que el ISS se iba a liquidar y obtendría una mejor mesada pensional.



Debe acotarse que, pese a que en el recurso de alzada se refiere que la accionante fue ambigua, lo cierto es que dicha circunstancia en manera alguna acredita el deber de información, el cual, se reitera, debe ser acreditado por la AFP.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“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 esta 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera



ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo atinente al principio de sostenibilidad fiscal al que alude COLPENSIONES en la alzada, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464 de 2019, ha señalado lo siguiente:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».



“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Así las cosas, no se observa vulneración alguna al principio de sostenibilidad financiera en el fallo de primera instancia, pues la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, teniéndose en cuenta los requisitos de edad y las semanas cotizadas, independientemente de si ha estado cotizando a un fondo público o a un fondo privado, y debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación a la AFP jamás existió, y esta tienen el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado a su fondo provenientes de la afiliación.

Ahora, en lo tocante a la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, criterio igualmente aplicable a los gastos de



administración, en tanto se constituyen en fuente directa de financiación de la prestación económica.

Precisando en lo tocante a la solicitud de indexación, que al ser reintegradas las sumas de dinero con los respectivos rendimientos, frutos e intereses, no resulta pertinente ordenar la indexación de las mismas, por cuanto la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, se encuentra superada mediante el pago de los respectivos intereses, como de tiempo atrás lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, generando la incompatibilidad entre el pago de los intereses y la indexación de las sumas de dinero adeudadas, como fuere expuesto, entre otras, en sentencia con Rad. 41392 del 6 de diciembre del 2011, en la cual se explicó:

“Sobre esta base es claro que el ad quem le dio una inteligencia a la norma acorde a lo que ha sostenido esta Corporación sobre el asunto, en cuanto al carácter resarcitorio de los intereses moratorios cuyo fin es el de paliar, en cierto modo, la pérdida del poder adquisitivo del dinero, tal como lo señaló la Sala en la sentencia del 12 de mayo de 2005, radicación 22605 (...)”

Criterio que, si bien se ha aplicado en lo tocante a la mora en el pago de las mesadas pensionales, nada impide que se aplique en lo tocante a los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como quiera que los mismos tienen una naturaleza jurídica similar, en tanto ambos son recursos del Sistema General de Pensiones, por tanto, *mutatis mutandi*, resulta aplicable el mismo criterio. De cara a lo indicado, emerge ineludible la confirmación íntegra de la decisión que fuere adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 03 2019 00560 01

V. DECISIÓN:

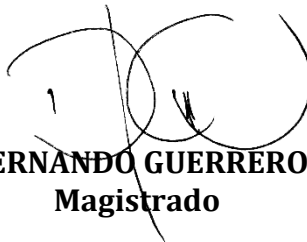
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

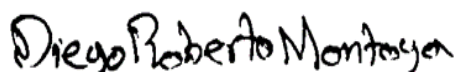
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de septiembre del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme lo expresado en la parte motiva de la presente decisión

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

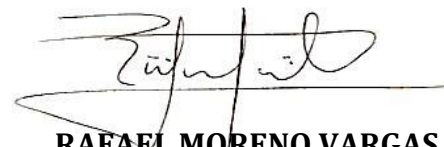
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOKYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



1100131050 09 2019 00418 01

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

Ordinario Laboral 1100131050 **09201900418 01**
Demandante: HÉCTOR MEDINA RODRÍGUEZ
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante la sentencia proferida el 4 de noviembre del 2020 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HÉCTOR MEDINA RODRÍGUEZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES a efectos que se condene a la demandada a reconocer y pagar el incremento pensional por cónyuge a cargo del 14%, conforme lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, el pago de los intereses



1100131050 09 2019 00418 01

moratorios, las costas y agencias del derecho, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que mediante Resolución No. 0376669 del 24 de noviembre del 2004 le fue concedida la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre del 2004 en cuantía inicial de \$358.000; que convive con su cónyuge bajo el mismo techo, lecho y mesa, quien depende económicamente de él.

Finalmente, que presentó derecho de petición solicitando el reconocimiento de la prestación económica, el que fue resuelto de forma negativa con oficio del 27 de abril del 2019.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto no se cumplen los presupuestos legales para acceder al mismo, teniendo en cuenta que los beneficios perdieron vigencia con la derogatoria orgánica de la Ley 100 de 1993.

Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y la obligación, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990, buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



1100131050 09 2019 00418 01

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de noviembre del 2020, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación y condenó en costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión indicó que los incrementos que refiere el literal b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no se encuentran vigentes, por cuanto fueron derogados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal como lo adoctrinó la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En la medida en que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del libelista, resulta indispensable entrar a realizar el análisis de la presente providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor del actor.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



1100131050 09 2019 00418 01

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo.

c. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es un tema que ha sido ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encuentran vigentes.

Así puede colegirse que los aludidos incrementos mantienen su vigencia, no obstante, no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados debe entenderse que conservan su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4051-2018, Radicación No. 60955 del 18 de septiembre de 2018, señaló:

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las



1100131050 09 2019 00418 01

pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

“Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de esta [...]”

Postura que además se ha mantenido en la sentencia SL809-2020, Radicación No. 68868, del 10 de marzo de dos 2020, en la que estableció:

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345

Con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.



1100131050 09 2019 00418 01

d. Del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Conforme con lo manifestado en la demanda, por medio de la Resolución No. 0037669 del 2004 (Fl. 8) se reconoció pensión de vejez al demandante, por lo que no es objeto de discusión en el presente caso, que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al haberle reconocido el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, y con ello, es beneficiario de los incrementos bajo estudio.

El literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, consagró los incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así:

“b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”

En tal sentido se aprecia, que son tres los requisitos que se debe acreditar para efecto del reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo: (i) la calidad de cónyuge, compañero o compañera permanente, (ii) la dependencia económica respecto del pensionado y, (iii) que el cónyuge, compañero o compañera permanente dependiente no disfrute de pensión, ello en la medida en que la filosofía de los referidos incrementos fue la de alivianar la carga que pesa sobre el pensionado que tiene bajo su responsabilidad la manutención, en este caso, de su cónyuge.



1100131050 09 2019 00418 01

Ahora, en lo que respecta a la calidad de cónyuge de la señora LUZ MERY MORENO *Rojas* se aportó el registro civil de matrimonio de la pareja, visible a folio 9.

Igualmente, fue evacuado el interrogatorio del demandante quien se limitó a indicar que su cónyuge no trabaja y depende económicamente de él, por cuanto es el único que recibe ingresos en el hogar, afirmaciones que fueron constatadas por su cónyuge en la declaración rendida en el juicio.

Así mismo, fue evacuado el testimonio del señor ADÁN ANTONIO DÍAZ, quien expresa es vecino de la pareja y por tal razón tiene conocimiento de que la señora LUZ MERY MORENO es cónyuge del demandante y depende económicamente de la pensión que percibe el actor, lo que les consta por cuanto se visitan continuamente, precisando que, si bien la pareja tiene una hija, no les presta colaboración económica.

Por tanto, se concluye que el señor HÉCTOR MEDINA RODRÍGUEZ cumple con los supuestos de hecho del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, y por ende le asiste el derecho al reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo del 14% sobre la pensión.

Respecto a la prescripción, propuesta como excepción en la contestación de la demanda, encuentra esta Sala, que esta se probó dentro del presente proceso, dado que a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha sentenciado que, es razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, en la medida



1100131050 09 2019 00418 01

en que entre la fecha del reconocimiento pensional o del cumplimiento de los requisitos, y la reclamación administrativa transcurrió un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T. o 151 del C.P.T. y de la S.S., y ello por cuanto los incrementos a que aluden los artículos precedentes, no forman parte integrante de la pensión por no gozar de los mismos atributos, por lo que pueden prescribir si no se reclaman en tiempo.

Tal postura ha sido sostenida invariablemente por dicha Corporación desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367.

En esta última, se rememoró lo dicho en la sentencia con radicación 27.923, en la que, respecto a la prescripción del derecho a reclamar los incrementos por personas a cargo, puntualizando que:

“(...) No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.

“La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos ‘subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen’, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.



1100131050 09 2019 00418 01

“De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez”.

Aunado a lo anterior, en la sentencia con radicado 40.919 antes citada, señaló que por el acaecimiento de la prescripción se extingue el derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, por personas a cargo, al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante.

Dicha posición se ha mantenido, incluso en la sentencia SL 2711 del 17 de julio de 2019. Con fundamento en lo anterior, esta Sala se acoge al precedente unificado y permanente que ha mantenido nuestro máximo órgano de cierre, que además constituye doctrina probable.

En tal sentir, como quiera que al demandante le fue concedida su pensión de vejez mediante la Resolución No 0037669 del 2004 (Fl. 8), data para la cual ya se encontraba casado con su cónyuge y esta dependía económicamente de él, no cabe duda alguna que al haberse radicado la reclamación administrativa hasta el 27 de abril del 2019 (Fl. 22) y quedar radicada la presente demanda el 12 de junio del 2019 (Fl. 14), operó el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de los incrementos pensionales hoy reclamados.



1100131050 09 2019 00418 01

De cara lo indicado, se confirmará la sentencia absolutoria objeto de consulta, pero con fundamento en los argumentos que fueren expuestos por esta Sala en la presente providencia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de noviembre del 2020, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, pero con fundamento en los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



1100131050 09 2019 00432 01

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

Ordinario Laboral **1100131050 09 2019 00432 01**
Demandante: EDGAR DAVID RODRIGUEZ BARRAGAN
Demandado: CHEVROM PETROLEUM COMPANY
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación propuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de agosto del 2020.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDGAR DAVID RODRÍGUEZ BARRAGÁN presentó demanda ordinaria laboral en contra de CHEVROM PETROLEUM COMPANY con el objeto que se declare que tiene derechos adquiridos de carácter pensional consolidados con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, en particular, el derecho a la mesada 14 a partir de junio del 2017 y las sucesivas.



En consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la mesada catorce (14) a partir de junio del 2017 y sucesivamente las que se generen hacia adelante; la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que el 2 de noviembre del 2001 suscribió un acta de conciliación con la empresa CHEVROM PETROLEUM COMPANY ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en la que consta que la demandada le reconoció una pensión voluntaria a partir del 1º de diciembre del 2001 en cuantía mensual de \$5.720.000 con los incrementos y limitaciones que por ley se aplican a las pensiones legales del sector privado; igualmente; precisando que la pensión voluntaria se reconoció y pagó en forma completa desde la celebración del acuerdo hasta el mes de junio del 2016.

Mediante Resolución No GNR 205486 del 13 de julio del 2016, COLPENSIONES ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del demandante por valor de \$10.901.008, para el año 2016 el valor de la pensión se fijó en \$10.341.825.

A partir del año 2001 y hasta el 2016 la pasiva le pagó la mesada adicional 14, pero desde junio del 2017 la empresa dejó de pagar el 100% de la mesada 14, por lo que mediante derecho de petición del 15 de diciembre del 2018 reclamó



1100131050 09 2019 00432 01

a la pasiva el reconocimiento de la misma, pero le fue negada por la encartada con oficio del 8 de enero del 2019.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada al operar la *litis contestatio* se opuso a los pedimentos del demandante, aduciendo que la pensión de vejez del libelista fue concedida en el año 2016 y el Acto Legislativo 01 del 2005 suprimió la mesada reclamada, precisando que en el acta de conciliación suscrita con el promotor no se pactó el derecho al reconocimiento y pago de la precitada mesada.

Propone como medios exceptivos los que denominó pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 20 de agosto del 2020, condenó a la demandada a continuar reconociendo la totalidad de las mesadas adicionales que se venía pagando en junio de cada año, junto con los respectivos incrementos legales anuales; condenó a la demandada a pagar al actor por concepto de las diferencias adeudadas por mesadas adicionales del 2017 al 2019 la suma de \$33.047.349, junto con las causadas en lo sucesivo y hasta que se produzca la inclusión en nómina; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.



1100131050 09 2019 00432 01

Como sustento de su decisión, indicó que la cuantía total de la pensión voluntaria de carácter compartida fue fijada por las partes, así como el número de mesadas que se hicieron pagaderas dada la fecha de su causación, lo que debe mantenerse ante el pago de la pensión legal, en la medida en que las diferencias o el mayor valor incluye todo lo que no fue asumido por COLPENSIONES, es decir, la mesada 14 en su cuantía total, puesto que se reitera, este valor lo otorgó el empleador conforme al artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y previamente al Acto legislativo 01 del 2005, por lo que al no ser asumida por COLPENSIONES, el valor de la mesada adicional por no permitirlo la nueva normativa, la misma debe seguir siendo otorgada en su cuantía total por la accionada al ser parte de las diferencias entre la pensión compartida y la pensión voluntaria pactada en el acuerdo conciliatorio.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que el actor no tiene un derecho adquirido sobre lo que no soluciona COLPENSIONES, máxime que el Acto Legislativo 01 del 2005 impuso una limitación al pago de la mesada 14 que no puede ser asumida por el empleador.

Que la accionada pagó las cotizaciones y los aportes con destino al ente de seguridad social y este se subrogó en la pensión, debiendo pagar la diferencia con lo reconocido por COLPENSIONES, más no en lo que deja de pagar por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Señala de igual manera que no se adeuda el 100% de la mesada adicional, sino



1100131050 09 2019 00432 01

la diferencia en el pago con la que está reconociendo COLPENSIONES; de otra parte, que en el acuerdo establecido en el acta de conciliación se dispuso que la pensión voluntaria se convertiría en una legal y una vez reconocida por parte del ISS, la empresa demandada subsumiría el valor del pago mayor, por lo cual la pensión está condicionada al Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente, que no existe ningún perjuicio para el actor, toda vez que su mesada es superior a tres salarios mínimos, por lo cual no tiene derecho al pago de la mesada 14.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico

Conforme a los argumentos expuestos en el recurso de alzada, el objeto del presente debate se centra en establecer si la demandante tiene derecho a que la demandada le continúe cancelando la mesada 14, cuyo pago le fue suspendido desde el año 2017.

c. De la calidad de pensionado



1100131050 09 2019 00432 01

No es objeto de debate que la pasiva le concedió al demandante la pensión voluntaria, conforme lo dispuesto en el Acta de Conciliación surtida ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de noviembre del 2001, en la suma mensual de \$5.720.000 con los incrementos legales y las limitaciones establecidas para las pensiones del sector privado, precaviendo:

“(...) el reconocimiento de una pensión voluntaria, a partir del 01 de noviembre del 2001, por la suma mensual de \$5.720.000,00 pensión voluntaria ésta, que tendrá los incrementos y limitaciones que por Ley se aplican a las pensionales legales del sector privado. Esta pensión voluntaria, en la eventualidad que la Empresa por Ley tenga que reconocer la pensión, se convertirá en legal, y una vez el ISS, reconozca la pensión, la Empresa continuará pagando únicamente la diferencia si existe, entre el valor que este reconociendo la Compañía, y lo que le pague por pensión dicho Instituto. (...)”

De lo que deviene lógico colegir que la pensión voluntaria concedida al demandante se previó con el carácter de compatible, con la de vejez que pudiere reconocer el otrora ISS, hoy COLPENSIONES.

Ahora, se destaca que también se encuentra acreditado que al demandante le fue concedida la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES a través de la Resolución No. GNR de 205 486 del 13 de julio de 2016 en cuantía inicial de \$10.901.008 a partir del 25 de mayo de 2016, disponiendo el pago del retroactivo pensional a favor de CHEVROM PETROLEUM COMPANY, en virtud de la aplicación de la figura de la compatibilidad pensional (Fl 25-28 y 128-131).

d. De la compatibilidad pensional:



1100131050 09 2019 00432 01

Para desatar el objeto de la controversia, debe memorarse que el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, establece que los empleadores inscritos al ISS a partir de la fecha de su publicación, esto es el 17 de octubre de 1985, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando al ISS para que dicha entidad, al cumplimiento de los requisitos legales, proceda a pagar esa pensión, quedando a cargo del empleador sólo el mayor valor si lo hubiere. La citada regla fue reproducida por el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990.

La Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral determinó que, a partir del 17 de octubre de 1985, fecha de entrada en vigencia del Acuerdo 029 del mismo año, las pensiones extralegales y voluntarias tienen carácter compartido. La citada Corporación aclaró que las partes pueden a través de convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo, pactar la compatibilidad pensional, evento en el cual no habrá lugar a observar lo establecido por las citadas normas. Teniendo así que el empleador pagará el mayor valor resultante entre la pensión extralegal que acordaren, y la pensión legal que con posterioridad reconociera el ISS en aquel entonces.

Descendiendo al caso en concreto, se encuentra que no fue objeto de censura en esta instancia, que al demandante le fue reconocida por la pasiva una pensión voluntaria a partir del 1° de noviembre del 2001, sobre 14 mesadas anuales. Por tanto, se tiene que, en efecto, al no encontrarse prueba en el proceso, ni haberse alegado que se pactara la no compatibilidad, debía por parte de la pasiva pagarse el mayor valor respecto de la pensión que hubiere



1100131050 09 2019 00432 01

reconocido el ISS, que como lo expuso la *a-quo* y no fue censurado, esta última se reconoció sobre 13 mesadas al año.

Con todo, no se puede pasar por alto que el Acto Legislativo 01 del 2005, proscribió el reconocimiento de la mesada 14, para aquellas personas cuyo derecho pensional se causara con posterioridad a la vigencia del mismo; esto es, del 22 de julio de la misma anualidad; con excepción que aquellas pensiones que no superen los 3 salarios mínimos y se causaren antes del 31 de julio del 2011.

Sobre el particular la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en las sentencias SL-8296 de 2017 y SL4911 de 2018, respecto de la mesada deprecada, indicándose en la primera de estas que:

“Esta Corporación en anteriores oportunidades, en procesos seguidos contra la misma demandada, se ha referido al tema de la llamada mesada catorce, ligada a pensiones convencionales causadas con anterioridad al 25 de junio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, para precisar que es un derecho adquirido.

“En sentencia CSJ SL17444-2014, en lo pertinente se adoctrinó:

“[...]

“Contrario sensu, como la prestación, en el sub lite se reconoció mucho antes de la citada modificación constitucional es patente que se debe respetar ese derecho, incluso porque en el inc. 9° del Art. 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos. Ello, en el entendido que el derecho se causó con anterioridad al 25 de junio de 2005, fecha en que entró en vigencia el mencionado Acto Legislativo, circunstancia que corrobora la documental aportada al plenario.



1100131050 09 2019 00432 01

“Razón por la cual, no se puede afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, máxime cuando como quedó dilucidado, la entidad accionada le venía reconociendo el pago de la mesada catorce hasta antes de que el I.S.S. les reconociera la pensión de vejez, luego la misma forma parte del «mayor valor» al cual por ley está obligado a asumir por efecto de la compartibilidad pensional.

“Esta postura de la Sala ha sido reiterada en diversos pronunciamientos tales como: CSJ SL13254-2015, CSJ SL7917-2015, CSJ SL11584-2015, CSJ SL7917-2015, CSJ SL7909-2015, CSJ SL4819-2015, entre otros” (Negrita original del texto).

Es así que, como lo dijo el juzgador primigenio la pensión concedida de forma voluntaria por la encartada al demandante, se causó y comenzó a ser disfrutada por el libelista con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, pues se itera fue concedida a partir del 1° de noviembre del 2001.

De lo anterior, deviene lógico colegir que el mentado derecho pensional, no se podía ver afectado con cargo a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 del 2005, ni siquiera por el hecho de estar constituido por más de 3 salarios mínimos, por cuanto dicha limitación solo afecta a aquellas pensiones causadas con posterioridad a la entrada en vigencia del mismo. Por manera que el reparo formulado por la pasiva en torno a este aspecto no tiene vocación de prosperidad.

En tal sentir, como quiera que la pensión voluntaria se venía concediendo por 14 mesadas al año, a razón del fenómeno de la compartibilidad pensional, la encartada debía continuar cancelando la mesada 14 al libelista, como de forma acertada lo determinó el togado.



Lo anterior, en razón a que como se estudió en la precitada jurisprudencia, no se puede afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, pues al ser parte la mesada catorce del derecho pensional, sin que sea accesoria a este, se considera que forma parte del mayor valor, viéndose con ello disminuido el ingreso del actor en junio de cada año, al recibirse solo una mesada, cuando antes recibía dos, de lo que se colige que razón le asiste al actor y a la sentenciadora de primera instancia.

Bajo tales presupuestos, resulta lógico colegir que ninguno de los argumentos planteados en la alzada goza de vocación de prosperidad, de manera que se mantendrá incólume la decisión de primigenia.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

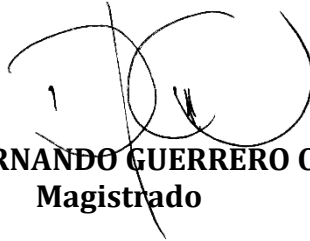
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante proveído del 20 de agosto del 2020.



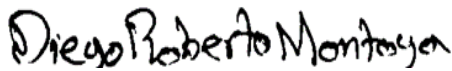
1100131050 09 2019 00432 01

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 18 2017 00796 02**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral**

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **18 2017 00796 02**
Demandante: GERARDO AUGUSTO URIBE GARCIA
Demandado: LASER MEDICAL CARE S.A.S EN
LIQUIDACIÓN Y AURA IBETH RUIZ ROSAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 10 de agosto del 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GERARDO AUGUSTO URIBE GARCÍA, instauró demanda ordinaria en contra de LASER MEDICAL CARE S.A.S. y AURA IBETH RUIZ ROSAS con el objeto que se declare que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo del 29 de junio del 2012 al 30 de diciembre del 2014; se declare que el contrato finalizó de forma unilateral y sin justa causa, percibiendo un salario de \$3.000.000.

Consecuencialmente solicita que se condene a las demandadas al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, la sanción



moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y la devolución de los aportes a pensión que debió realizar el trabajador en un 12%.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que inició labores para los demandados el 29 de junio del 2012, mediante contrato verbal de trabajo, siendo contratado como consultor para la revisión, orientación y puesta en marcha, pagos bancarios, estrategias financieras y administrativas en la empresa demandada, cuyo objeto principal es la actividad de prestaciones de servicios médicos, quirúrgicos, medicina estética y láser.

Refiere que inicialmente se pactó un horario de trabajo de 20 horas los días lunes, miércoles y viernes, con un salario de \$1.300.000, siendo necesario que la labor fuera desarrollada de forma personal por el actor; que a partir de septiembre del 2012 le imponen realizar contratos, nóminas, la revisión de estados financieros y pagos de proveedores; en diciembre del 2012 es reconocido en el cargo de financiero y para el año 2013 se le fueron incrementando las labores, al ser designado como Gerente Administrativo y Financiero, con un reajuste salarial mensual de \$3.000.000.

Precisa que con ocasión de su cargo tuvo que enfrentar todo tipo de cobros con trabajadores y contratistas, atendiendo los requerimientos personales y escritos realizados por los gerentes y personas delegadas por diferentes empresas, para el cumplimiento de las obligaciones pactadas; actividades que debía desarrollar en las instalaciones de la empresa, debiendo estar disponible fines de semana y feriados, con el objeto de atender los requerimientos de los empleados.

Desarrolló las funciones hasta el 30 de noviembre del 2014, data en la cual se tomó la decisión de terminar el contrato de trabajo, procediendo a cancelarle los salarios de septiembre a noviembre del 2012, por manera que le quedaron adeudando los salarios de enero de 2013 a 30 de diciembre del 2014.



Precisa que en varias oportunidades la demandada le manifestó que su actividad sería compensada haciendo un traspaso del 5% de las acciones de la empresa, pero nunca se dio dicho trámite.

Finalmente agrega que mediante diversas comunicaciones ha tratado de buscar un arreglo justo para las partes, pero por ningún medio ha obtenido una conciliación y el 3 de octubre del 2017, elevó ante la encartada un derecho de petición con el objeto de obtener el reconocimiento de las sumas adeudadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Las demandadas por conducto de común apoderado judicial presentan contestación a la demanda en el que se oponen a la declaratoria del contrato de trabajo petitionado por el libelista, señalando que las actividades desarrolladas por el demandante fueron efectuadas de forma autónoma e independiente, con ocasión de un contrato de prestación de servicios, destacando que incluso en el libelo genitor existe una contradicción en torno al extremo inicial de la relación laboral.

Propone como medio exceptivo previo el que denominó falta de jurisdicción y competencia y como de mérito o de fondo los de inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, falta de causa y objeto lícito, inexistencia del derecho para demandar y ausencia absoluta de los elementos sustanciales por el actor para incoar la acción, ausencia de los requisitos para exigir indemnización alguna, buena fe, mala fe del actor, pago, compensación, prescripción, insuficiencia de poder y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de agosto del 2020, resolvió absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora.



Como sustento de su decisión manifestó que se acreditó la prestación personal del servicio, no obstante, al analizar la prueba testimonial concluyó que fue derruida la presunción de la subordinación, toda vez que no cumplía un horario de trabajo y se desempeñaba como asesor de la empresa demandada de manera autónoma e independiente, ejerciendo actividades en el área contable y económica, teniendo conocimientos profesionales sobre dichos aspectos.

De igual manera que incluso el actor confesó que se le hizo una oferta de ser socio de la empresa, lo cual se enmarcó en el contrato civil de prestación de servicios.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante apeló la sentencia, manifestando en síntesis que en el plenario está comprobado que el actor se desempeñó como Gerente Administrativo y Financiero de la empresa LÁSER MEDICAL CARE S.A.S., lo cual se desprende incluso del oficio del 30 de diciembre del 2014 dirigido al señor Gerardo Uribe García por el secretario de la Asamblea de Accionistas, en el cual se le reconoce tal calidad, lo cual también se predica de la documental en la cual la señora Aura Ibeth Ruiz, representante legal de la empresa, se refiere al actor como Asesor Financiero, y en los correos electrónicos en los cuales se lo refiere como el Gerente Administrativo y Financiero.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, atendiendo lo expuesto por la parte promotora en el recurso de alzada, se tiene por sentado que la controversia gira en torno a establecer si entre las partes medio un contrato de trabajo y si con ocasión del mismo, las accionadas deben ser condenadas al pago de las acreencias laborales reclamadas en el libelo genitor.

c. Del Vínculo Laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Con todo vale la pena indicar que de contera la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha indicado en reiterados pronunciamientos que incluso en



tratándose de contratos de prestación de servicios, el contratante tiene la potestad de coordinar con el contratista horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión y vigilancia, sin que medie la subordinación jurídica propia de un vínculo laboral. Sobre el particular, en sentencia SL 444 del 2019, con Radicación No 58413, precisó:

“De otra parte, la labor, se recaba, no se ejecutó bajo la tutela de las accionadas, aunque aquellas siguieran las directrices [...] pues la existencia de reglas, precisiones y exigencias de la manera como debe ejecutarse el servicio, por sí mismas, no están excluidas en los contratos de prestación de servicios, como lo señaló esta Sala recientemente en la sentencia SL 4143-2019, 25 sep.2019, rad.79216 en los siguientes términos:

“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

“Por otra parte, es preciso indicar que, en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

“Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

d. Del caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca,



siendo del caso establecer si la labor desarrollada lo fue, de conformidad con el principio de primacía de la realidad, en virtud de un contrato de trabajo.

Para tales efectos, procedió la Sala a realizar un análisis integral de los medios probatorios arrojados dentro de los cuales se tienen los interrogatorios de parte evacuados por las partes, en el curso de los cuales la representante legal de la encartada LASER MEDICAL CARE S.A.S admite que conoce al demandante desde el año 2012, cuando lo recomendaron para realizar una asesoría financiera, por lo que suscribieron un contrato de prestación de servicios en el mes de septiembre de dicha anualidad y de forma verbal, por lo que pasó cuentas de cobro por honorarios hasta octubre o noviembre del 2014, cuando finalizó el vínculo; admite que el 30 de diciembre del 2014 con los socios le solicitaron la entrega de una información relevante que estaba bajo su custodia y habían evidenciado algunas irregularidades; además que la relación terminó por aspectos financieros, además que el demandante se ausentaba y se excusaba cuando lo convocaban a reuniones, destacando que no cumplía horario de trabajo y no recibió llamados de atención.

Por su parte el libelista, admitió que la relación culminó el 20 de diciembre del 2014, lo que decidió debido a que le desconocieron participación como accionista; que la relación inició en el año 2012 siendo con posterioridad designado como Subgerente Financiero y Administrativo.

Igualmente, indicó que tenía flexibilidad en el horario, sin embargo, que de ello no se desprende que no cumplía una jornada laboral; aseveró que se le ofertó ser socio de la empresa. Así mismo, admitió que durante un tiempo fue el representante legal de la empresa, sin haber percibido los pagos debido a la situación contable de la empresa, lo cual no se registró ante la Cámara de Comercio.

De otra parte, fueron evacuados los testimonios de *Giovanny Ceceri Vega*, quien fue asesor de la demandada entre los años 2014 y 2015, en virtud de las acciones que adquirió por la gestión del demandante, quien lo invitó a que fuera partícipe, sin embargo los balances no correspondían a la realidad, por lo cual obtuvo pérdidas; aseveró no conocer el tipo de contrato que lo



vinculaba a la empresa, teniendo un puesto de trabajo, lo cual evidenció en las reuniones que tuvo con él; de igual manera corrobora que no cumplía un horario de trabajo y entregaba cuentas de cobro de los servicios que prestaba.

La señora María Melba Romero refiere que trabaja para la demandada, y por tanto conoció al demandante en abril del 2014, pues fue este quien le hizo la entrevista de trabajo en calidad de Asesor de la empresa; que, tras el mes de noviembre de dicha anualidad, el demandante no retornó a la empresa; asevera que no cumplía horario de trabajo, que nunca estuvo incluido en nómina, por lo que sus pagos se hacían tras la presentación de las cuentas de cobro.

Finalmente, en declaración de la señora Martha Isabel Martínez, se afirma que el demandante desarrollaba algunas actividades para la empresa, sin conocer el tipo de contrato que había suscrito. Reitera igualmente, frente a lo ya dicho por los otros testigos, que el promotor no cumplía un horario de trabajo y no tenía una oficina asignada.

En lo que atañe a la prueba documental, en el plenario reposa una comunicación dirigida al demandante por parte de la sociedad demandada en la cual se le solicita la entrega de información y compra de acciones, en la que además se le especifica que no puede continuar con ningún tipo de gestión a nombre de la empresa hoy demandada, cancelando toda vinculación de tipo profesional (Fl. 24); correos electrónicos y soportes de actividades y gestiones adelantadas por el promotor para la empresa hoy demandada (Fls. 25 a 245 y 305-371); la propuesta de prestación de servicios presentada por el demandante del 28 de agosto del 2012 (Fl. 315) y otra para Asesoría administrativa y financiera (Fls. 318-319), junto con las cuentas de cobro y los comprobantes de egreso (Fls. 318 - 347).

De lo enunciado se vislumbra que si bien el demandante logró acreditar que prestó sus servicios de forma personal como Asesor Financiero, la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T. quedó plenamente derruida mediante los testimonios rendidos, el propio interrogatorio del demandante y las



documentales aportadas; pues lo cierto es que dicha labor de asesoría fue efectuada de forma autónoma e independiente, por manera que el demandante no se encontraba sujeto al cumplimiento de un horario, por manera que si bien podía desarrollar las labores que requería en la empresa, no es menos cierto que jamás se le exigió asistir un número fijo de horas o determinados días de la semana, tampoco contaba con un puesto fijo y aunque en efecto para su labor utilizó algunos elementos de la compañía como los libros de contabilidad, tal circunstancia *per se* no denota la existencia de una relación laboral.

Así mismo, destaca la Sala que si bien en los correos electrónicos aportados aparece que al demandante se le hicieron ciertos requerimientos para el desarrollo de su gestión, ninguno de los mismos permite verificar la continua subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo, por el contrario lo que encuentra la Sala es que se le remitía la información contable y financiera que requería para su gestión, y en contadas ocasiones se le solicitó, *verbi gratia* comunicarse con algún proveedor o se le hizo el requerimiento de algún tipo de información de carácter financiero.

Supuestos que, lejos de confirmar la existencia de la relación laboral, lo único que permiten reiterar es que desarrollaba funciones propias de asesoría, en cuyo curso es lógico que se le interrogue y consulte para la adopción de medidas y decisiones a tomar, en tanto precisamente para tal actividad fue contratado.

De igual forma, se puede verificar que dicha gestión estuvo precedida de una oferta de prestación de servicios presentada por el libelista que se ejecutó y canceló, atendiendo a las cuentas de cobro presentadas por el demandante para dicho efecto.

Luego, dimanando de lo hasta aquí expuesto que la relación existente entre las partes, no se sujetó a la relación laboral alegada por el demandante, sino a una de estirpe netamente civil, en el marco de un contrato de prestación de servicios, como en efecto fuere determinado por el fallador de primera instancia, dando lugar a la confirmación de la providencia objeto de censura.



Dimana de lo hasta aquí enunciado la inexorable confirmación de la sentencia objeto de análisis en esta instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

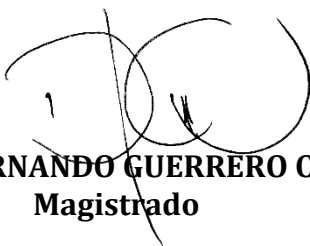
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

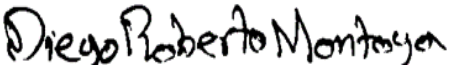
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de agosto del 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

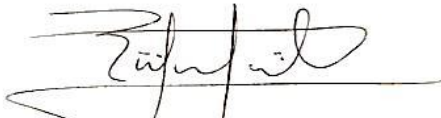
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 18 2019 00131 01**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 18 2019 00131 01
Demandante: DAVID AUGUSTO PATIÑO CALVO
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones* así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 10 de agosto del 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *David Augusto Patiño Calvo* interpuso demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Colfondos S.A.* a efectos que se declare la nulidad del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida



al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por *Colfondos S.A.*, por el incumplimiento de los deberes legales de información y asesoría, lo que genera un error de hecho que vicia el consentimiento; declarar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia se condene a la AFP a trasladar a *Colpensiones* la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros, cuotas de administración e intereses a que haya lugar; y a *Colpensiones* a reactivar la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como a actualizar la historia laboral, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 2 de diciembre de 1961; que la AFP lo persuadió a través de engaños para que se vinculara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, generando su traslado el 1° de agosto del 2001, precisando que la AFP no le informó al momento de la vinculación, ni posteriormente, sobre las implicaciones de trasladarse de régimen.

Que hasta enero del 2018 pudo conocer los perjuicios e inconvenientes que había traído para él el hecho de estar afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que antes de dicha anualidad ninguna de las demandadas le haya informado sobre las diferencias en el monto de la mesada pensional.

Señala que radicó ante *Colpensiones* la respectiva reclamación administrativa con el fin que la entidad activara su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, manifestando un vicio en el consentimiento al momento de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cual fue desatado de manera negativa por la entidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra por el incumplimiento en los deberes legales de información y deber de asesoría, señalando que la pretensión va encaminada a la condena de una entidad diferente, y en todo caso, el libelista no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 del 2010, para poderse trasladar en cualquier tiempo.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción; buena fe y la genérica.

A su turno, *Colfondos S.A.* se opuso a las pretensiones en tanto la afiliación realizada por el demandante se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad su elección.

Propuso como medios exceptivos inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor a *Colfondos S.A.*, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 10 de agosto del 2020, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP *Colfondos S.A.*, declarando para todos los efectos legales que se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenó a la AFP a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a *Colpensiones*, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración; ordenó a *Colpensiones* recibir los dineros ahorrados por el demandante en la cuenta de ahorro individual; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la AFP.



Como sustento de su decisión, hizo alusión a la Jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia, en la que se alude al deber de información que recae sobre la AFP y la carga probatoria que incumbe a la misma respecto a su deber de acreditar la diligencia debida respecto a la información, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado o si está próximo a adquirir el derecho pensional, destacando que el diligenciamiento del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de dicho requisito.

Así, como quiera que la AFP no demostró el cumplimiento del deber de información a su cargo, determinó que el traslado efectuado se debe declarar ineficaz.

Finaliza recordando que, en este caso por tratarse de un derecho pensional, no opera el fenómeno jurídico de la prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo Colpensiones* presenta recurso de apelación, aduciendo que en atención al traslado del régimen pensional se realizó acorde a las normas vigentes para la data del traslado y aunque las sentencias de la Corte Suprema de Justicia indican que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP, debe hacerse un análisis frente a las pruebas tanto de la parte demandante como de la demandada, y en el interrogatorio de parte el demandante aseveró que si conocía las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como las consecuencias de su traslado, de forma que su inconformidad radica es sobre el monto de su pensión, lo cual es un error de derecho y no un vicio del consentimiento que puede afectar o nulitar la ineficacia del traslado de la parte demandante.

Igualmente, solicita se tenga en cuenta que el actor se encuentra incurso en la prohibición prevista, al contar con menos de 10 años para cumplir la edad necesaria para pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por *Colpensiones*; igualmente, solicita se tenga en



cuenta que la ignorancia de la ley no es excusa y no puede ser la negligencia de la parte demandante el fundamento para pretender la nulidad e ineficacia del traslado, pues tenía la obligación de verificar la información que había sido suministrada por parte del asesor de la AFP.

Por último, teniendo en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera, que pretende el actor beneficiarse de un régimen al cual no ha hecho aportes, sino que por el contrario permaneció de forma consciente en la AFP.

En caso de confirmarse la providencia solicita se confirme la absolución de costas de dicha entidad, así como la devolución de los gastos de administración.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por



escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las



operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-



2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no se aportó el formulario de afiliación a *Colfondos S.A.*, obrando sobre el particular únicamente el reporte de SIAFP (Fl. 106), en el cual se puede corroborar que el demandante se trasladó a *Colfondos S.A.* el 19 de junio del 2001 con fecha efectiva el 1° de agosto de 2001, por lo cual, aunque se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, dichas documentales no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal



como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna el accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, pues se limitó a indicar que a la empresa arribó un asesor de la AFP que le hizo una explicación muy escueta y de lo único que recuerda es un eslogan en el que se le indicaba que podría obtener una mejor pensión y una menor edad, pero nada se le explicó en torno a las ventajas y desventajas del traslado.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, pues la AFP no cumplió con el *onus probandi* que le correspondía. Lo anterior además aparece como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que haya percibido Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“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 esta 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al reparo, realizado por *Colpensiones* respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 18 2019 00131 01

público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta debe pronunciarse la Sala en lo tocante a la excepción de prescripción, destacando sobre el particular que el máximo órgano de cierre, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

En virtud de lo anteriormente analizado, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de agosto del 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la

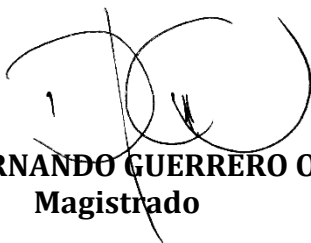


TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 18 2019 00131 01

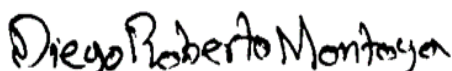
referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 18 201900461 01**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 18 201900461 01
Demandante: JOSÉ IVÁN PINZÓN
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 21 de septiembre del 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ IVÁN PINZÓN interpuso demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a efectos de que se declare que tiene derecho a percibir la pensión de vejez desde el 22 de mayo del 2018 y hacia futuro.



En consecuencia, se condene a la demandada a pagar le las mesadas pensionales adeudadas, los intereses moratorios y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que nació el 22 de mayo de 1953, cotizando a COLPENSIONES desde 1985 hasta el 2016; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 587,76.

Por lo indicado y al cumplir los 60 años de edad, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en el año 2013, pero la misma le fue negada mediante la Resolución No. GNR 24914 del 24 de enero del 2014.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES operó la *litis contestatio*, en la que se opuso a las pretensiones aduciendo que el actor no reúne los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, en los términos previstos en el Acuerdo 049 de 1990.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 21 de septiembre del 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probadas las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, condenando en costas al demandante.

Como sustento de su decisión manifestó que conforme las pruebas arrimadas al proceso, se acreditó que el demandante no cumple con la densidad de semanas exigidas para ser beneficiario del régimen de transición, por lo que no se le puede aplicar el Acuerdo 049 de 1990, resultándole aplicable la Ley



100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003 y como quiera que el demandante no reúne las 1300 semanas exigidas por la referida norma, absolvió a la encartada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Por activa se interpone recurso de apelación señalando acorde la jurisprudencia vigente y lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los requisitos de edad y las semanas se deben acreditar hasta el año 2014.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante es beneficiario del régimen de transición y si con fundamento en el mismo, le asiste el derecho a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

c. Del Régimen de Transición:

Inicialmente debe señalarse que en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se estableció un régimen de transición consagrado a favor de quienes, a la entrada en vigencia de la mentada normativa, acreditaran 15 años de servicios o 35 años de edad en el caso de las mujeres o 40 años de edad en el caso de los hombres. Régimen que les permite a este grupo poblacional, acceder al derecho pensional bajo los parámetros legales establecidos en la disposición



normativa anterior, en lo tocante a la edad, tiempo y monto de la pensión que les resulte aplicable.

Con todo, basta indicar que el mismo no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, en cuyo caso dicho régimen se extiende hasta el año 2014, como quiera que el referido Acto Legislativo dispuso:

“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”

Entendimiento normativo que ha compartido de forma pacífica la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en reiterados pronunciamientos judiciales como la sentencia SL- 5192 del 2020, al explicar:

“Pues bien, pese a que el ataque es fáctico, la Sala considera oportuno recordar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones -1.º de abril de 1994 para este asunto- tuvieran 35 o más años de edad en el caso de las mujeres y 40 o más años de edad en el de los hombres o 15 o más años de servicios cotizados, podrán alcanzar la pensión de vejez o de jubilación con los requisitos de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto del régimen al que se encontraban adscritos antes de esa fecha.

“Sin embargo, el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política limitó la vigencia del referido régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, y con el fin de salvaguardar las expectativas de las personas cercanas a causar la pensión por virtud de esa transición, extendió tal término hasta el 31 de diciembre de 2014, siempre que al 29 de julio de 2005 tuvieran al menos 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios.”

d. Del caso en concreto:



En el *sub-lite* constata la Sala que el demandante a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, lo que en principio lo haría beneficiario del régimen de transición a voces de lo inicialmente reglado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

No obstante, al entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 del 2005, dicha prerrogativa únicamente se le podría mantener hasta el año 2014, siempre y cuando hubiere acreditado 750 semanas. Requisito este que no fue satisfecho por el demandante, en tanto del reporte de semanas cotizadas que reposa a folios 14 a 15 se contrae que para entonces apenas acreditaba 358,71, lo que comporta que el régimen de transición únicamente se le extendió hasta el 31 de julio del 2010.

Así las cosas, en la medida en que el Acuerdo 049 de 1990, estableció como presupuestos para acceder a la pensión de vejez, en el caso de los hombres acreditar 60 años de edad y que el demandante nació el 22 de mayo de 1953, por lo que arribó a la edad exigida para acceder al derecho pensional anhelado hasta el año 2013, es patente que no dejó causado su derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el régimen de transición anhelado ante del 31 de julio del 2010.

De esta manera, al no contar con las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 01 del 2005, perdió la posibilidad de pensionarse con el régimen de transición alegado.

Con todo, si en gracia de discusión se analizara el derecho pensional conforme lo reglado por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, no se puede perder de vista que la misma exige un caudal de 1300 semanas y en el presente caso, el demandante apenas acredita 846,71 semanas (Fls 14-15).

Las anteriores reglas de orden legal nos conducen a inferir sin dubitación alguna que el demandante no tiene los requisitos necesarios para acceder al derecho pensional perseguido.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 18 201900461 01

Por lo enunciado, no encuentra la Sala reproche alguno que realizar a la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, lo que nos conduce a confirmar la sentencia apelada.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

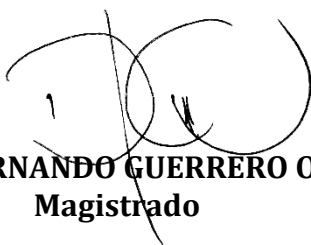
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

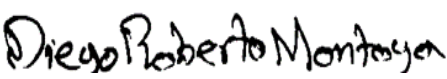
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de septiembre del 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 22 2019 00476 01

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

Ordinario Laboral 1100131050 22 2019 00476 01
Demandante: GLORIA STELLA ÁLVAREZ VÁSQUEZ
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Belcy Bautista Fonseca*, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.748.898 y T.P. 205.907 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación formulados por COLPENSIONES y la demandante, contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, así como dirimir el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de COLPENSIONES, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GLORIA STELLA ÁLVAREZ VÁSQUEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a efectos que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



En consecuencia se ordene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos a favor de la demandante con motivo de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se ordene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, procediendo a realizar los respectivos pagos a la demandante con los incrementos de ley, el pago de los intereses moratorios y los perjuicios generados.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 11 de enero de 1960, se afilió a COLPENSIONES el 31 de julio de 1985, se trasladó a COLFONDOS el 1º de abril del 2000, atendiendo a que el asesor de la AFP de le indicó que podría pensionarse a cualquier tiempo.

Posteriormente, solicitó se autorizara su traslado a COLPENSIONES, no obstante, la AFP mediante comunicación del 23 de junio del 2017, le negó su solicitud. Refiere que el 13 de diciembre del 2017 solicitó el estudio de su capital acumulado y el 22 de diciembre del 2017, le informaron que el mismo era insuficiente para acceder al derecho pensional.

Refiere que formuló acción de tutela en contra de la AFP en aras de acceder a su traslado, pero la misma fue resuelta de forma desfavorable por el juez competente, por considerarla improcedente; finalmente, que agotó la reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, como quiera que la decisión fue producto de la decisión libre y voluntaria de la demandante.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del



consentimiento, la genérica, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante a COLFONDOS S.A., prescripción, compensación y pago.

A su turno COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto no se observa dentro del expediente prueba alguna que dé cuenta que efectivamente se le haya hecho incurrir en error.

Formula como medios exceptivos los que denomina inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 4 de septiembre del 2020 declaró la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del 3 de febrero del 2000; ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores de las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas y absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Lo anterior por cuanto consideró que a la demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al no existir una manifestación libre y voluntaria sobre la incidencia y los efectos que puede tener el traslado de régimen; ello en tanto la AFP accionada debió acreditar la información que se brindó a la actora al momento del traslado de régimen, sin que en el interrogatorio de parte se haya confesado lo contrario.



Agregó que la suscripción del formulario de afiliación efectuado por la accionante no es concluyente de haber brindado una información adecuada y veraz, conforme a los lineamientos trazados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y que no es procedente la excepción de prescripción por cuanto el referido traslado de régimen presenta igual suerte al derecho pensional, pues es este el que determina a quien le es aplicable su reconocimiento.

También es objeto del debate que una vez declarada la ineficacia del traslado se pronuncie este despacho respecto del reconocimiento de la pensión de vejez de la actora, sobre el particular aunque se presentó dentro de la reclamación administrativa la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, no sería acertada la decisión de proferir un reconocimiento pensional, por cuanto COLPENSIONES no cuenta con los aportes para tal efecto, y no es dable conocer el monto de la devolución en cuanto a rendimientos y gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte demandante presentó recurso de apelación en el que en suma indicó que a COLPENSIONES si le incumbe reconocer la pensión desde el momento que hizo la reclamación administrativa, esto es, desde el 5 de febrero del 2019, fecha a la cual ya había causado los requisitos pensionales.

A su turno COLPENSIONES, presentó recurso de apelación en el que en suma indicó que no es dable que se acceda a las pretensiones de la demanda y se declare la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la demandante se encuentra en la prohibición legal descrita en el artículo 2º de la Ley 797 del año 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 del 93, en la cual prohíbe su traslado cuando faltaren 10 años de edad para adquirir el derecho a la pensión.

Igualmente reiteró los argumentos expuestos en los alegatos, indicando que en el presente asunto no se acreditaron los vicios del consentimiento, carga probatoria que le correspondía al actor, máxime que son hechos que acaecieron hace 20 años, y que, de conformidad con las normativas vigentes para la fecha, las AFP



cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en los formularios de afiliación.

De otra parte, que la accionante contaba con plena capacidad, y la decisión implica desconocer el principio de sostenibilidad financiera.

Finalmente, señala que, en el evento de confirmarse la sentencia, se condicione el cumplimiento a la previa devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Asimismo, se ordene a la AFP no realizar descuentos por concepto de seguro de invalidez o de vejez.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.



Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el



artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o se tiene una exceptiva pensional próxima a concretarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente caso ni siquiera fue aportado el formulario de afiliación a la AFP, obrando como constancia del traslado el reporte del RUAF de folio 132 en el que se constata que el traslado se realizó el 3 de febrero del 2000.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin de tomar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; por el contrario, se le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar y que se podría pensionar a menor edad.



Por ende, no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019:

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

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

Cabe señalar que al no acreditarse por parte de la AFP COLFONDOS S.A., que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”



Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“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 esta 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por manera que atendiendo a la solicitud elevada por COLPENSIONES en la alzada frente a este puntual aspecto, se realizará la adición del fallo en tal sentir.



En lo que respecta al pedimento de COLPENSIONES encaminado en que se condicione el cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP no realice el traslado de los recursos, no accederá la Sala a dicha solicitud, por cuanto resulta necesario que la demandante quede afiliada de forma inmediata al Régimen de Prima Media con Prestación Definida conforme lo indicado en líneas precedentes. Ello es así, por cuanto condicionar el cumplimiento de la condena impuesta a COLPENSIONES, hasta tanto la AFP realice el traslado de los recursos, conllevaría que la afiliación de la demandante quede al arbitrio de las hoy demandadas.

En otro giro, respecto de la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, lo cual se predica también respecto de la devolución de los gastos de administración, al ser una consecuencia directa de la declaración de la ineficacia, y ser parte de los dineros que el Sistema debe tener en su poder a efectos de financiar la pensión con la destinación específica que se regula en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

d. Del reconocimiento de la pensión de vejez

Finalmente, en torno a la solicitud del reconocimiento pensional elevada por la demandante, conforme las disposiciones establecidas para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, basta indicar que dado a que a la fecha la afiliación se encuentra vigente y que para el reconocimiento pensional se debe tener en cuenta hasta la última semana de cotización, acorde lo dispone el artículo 35 del Decreto 758 de 1990, no resulta dable entrar a verificar el lleno de los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez o mucho menos proceder a realizar su liquidación o establecer su fecha de disfrute, por manera que no se puede acceder al pedimento consistente en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.



De cara a lo indicado, se adicionará la decisión que fuere adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 4 de septiembre del 2020, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, en el sentido de precisar que la devolución de los saldos debe efectuarse sin surtir descuento alguno por gastos de administración o primas de seguros, ni ningún otro emolumento.

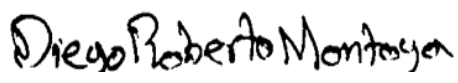
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

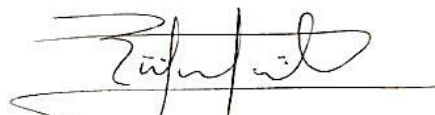
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOLYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 22 2019 00482 01**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral 1100131050 22 2019 00482 01
Demandante: BETTY MORENO IREGUI
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Belcy Bautista Fonseca*, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.748.898 y T.P. 205.907 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

De otra parte, *Porvenir S.A* allega poder de sustitución, conforme al cual se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho *John Jairo Rodríguez Bernal*, identificada con C.C No. 1.070.967.487 y T.P No 325.589 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación formulados por PROVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, así como dirimir el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de COLPENSIONES, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES



1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Betty Moreno Iregui* formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a efectos de que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, más los respectivos rendimientos financieros; se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado de régimen y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 15 de octubre de 1961, e inicialmente se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 8 de marzo de 1985; que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de septiembre de 1999.

Precisa que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad operó tras haber sido inducida en error por parte del asesor de PORVENIR S.A., no se le informó cuál sería el monto del capital requerido para ser beneficiaria de la pensión de vez, ni cuáles serían los requisitos para obtener la garantía de pensión mínima, así como las condiciones y requisitos que debía reunir para obtener la devolución de saldos.

Así mismo, indica que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen el 1º de febrero del 2019, pedimento que fue denegado por la entidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES operó la *litis contestatio* aduciendo que no existe prueba alguna de la cual se pueda evidenciar que a la demandante se le indujo en



error; de igual manera que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y no se vició su consentimiento.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que la demandante no prueba la existencia de la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de información, por lo que no hay lugar a realizar traslado alguno, más aún cuando la misma se encuentra en la restricción de la que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 4 de septiembre del 2020 declaró la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad acaecido el 7 de julio de 1999; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien a su vez está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Lo anterior por cuanto consideró que a la demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al no existir una manifestación libre y voluntaria sobre la incidencia y los efectos



que puede tener el traslado de régimen; ello en tanto la AFP accionada debió acreditar la información que se brindó a la actora al momento del traslado de régimen, sin que en el interrogatorio de parte se haya confesado lo contrario.

Agregó que la suscripción del formulario de afiliación efectuado por la accionante no es concluyente de haber brindado una información adecuada y veraz, conforme a los lineamientos trazados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y que no es procedente la excepción de prescripción por cuanto el referido traslado de régimen presenta igual suerte al derecho pensional, pues es este el que determina a quien le es aplicable su reconocimiento.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia, aduciendo que se pretende invalidar un acto legítimo que tiene plena validez; que la omisión en la información no se probó en el transcurso del proceso, además que la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal para trasladarse al faltarle 10 años o menos para pensionarse; de otra parte, no se acreditaron vicios del consentimiento.

Refiere que para la fecha del traslado no existía obligación de soportar la información en documento distinto al formulario de afiliación, además la demandante debió también informarse, pues de su elección dependía su derecho pensional, máxime que contaba con capacidad profesional a fin de entender las condiciones de su traslado e incluso de hacer uso del derecho de retracto.

Finalmente, solicita se tenga en cuenta la sostenibilidad financiera, pues no se puede permitir que personas que no han cotizado al sistema se beneficien de las prestaciones económicas; y que, en el evento de confirmarse la sentencia, esta sea condicionada a la devolución de las sumas por parte de la AFP, debidamente indexados por los periodos que estuvo afiliada, por cuanto no se



puede dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto no se efectúe el traslado de los recursos.

Por su parte, PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida por el *a-quo*, indicando que la demandante se afilió de forma libre y voluntaria, estando la afiliación acorde a las normas vigentes para dicha época, máxime que pese a que la demandante se trasladó cuando tenía 37 años de edad y tenía la posibilidad de trasladarse de régimen, decidió mantenerse en el mismo; además el traslado no se dio con ocasión de la liquidación de CAJANAL.

Que se trata de una persona plenamente capaz y con conocimientos profesionales que estaba en capacidad de ilustrarse sobre el sistema; que no se valoró en debida forma el interrogatorio de parte; finalmente que se impone una obligación respecto de la información inexistente para el momento del traslado y que no se debe disponer la devolución de saldos, máxime que dicha pretensión de encuentra prescrita.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:



Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho



irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos*



opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición o se tiene una exceptiva pensional próxima a concretarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con PORVENIR S.A., en donde efectivamente se observa el traslado para la fecha 7 de julio de 1999 (Fl. 150), en el cual si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; por el contrario, indicó que se trasladó en el año de 1999 en tanto un asesor de PORVENIR S.A la abordó y le dijo que se podría pensionar en cualquier momento, a una menor edad y con un monto pensional más alto; aclarando que le preguntó al asesor si tendría algún inconveniente al estar afiliada durante 14 años a CAJANAL, frente a lo cual solo le mencionó que le resultaba más beneficioso el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por ende, no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019:

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las



administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

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

Cabe señalar que al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos S.A, que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“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 esta 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del



fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, basta indicar que aun cuando el demandante efectuó cotizaciones y estuvo vinculado a la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL, antes de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cierto es que con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada COLPENSIONES, por ende y, en atención de la liquidación de CAJANAL y la orden perentoria de trasladar sus afiliados al extinto Instituto de



Seguros Sociales, resulta procedente ordenar a la AFP efectuar el traslado de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, entidad que por demás es la que en la actualidad se encarga de la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, acorde lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

En otro giro, en lo que respecta al reparo relacionado con la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, lo cual se predica también respecto de la devolución de los gastos de administración, al ser una consecuencia directa de la declaración de la ineficacia, y ser parte de los dineros que el Sistema debe tener en su poder a efectos de financiar la pensión con la destinación específica que se regula en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Finalmente, en lo que respecta al pedimento de COLPENSIONES encaminado en que se condicione el cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP no realice el traslado de los recursos, no accederá la Sala a dicha solicitud, por cuanto resulta necesario que la demandante quede afiliada de forma inmediata al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a efectos de que sí desea continuar realizando cotizaciones, estas se puedan continuar haciendo al fondo al que legalmente se entiende debe estar afiliada, conforme lo indicado en líneas precedentes. Ello es así, por cuanto condicionar el cumplimiento de la condena impuesta a COLPENSIONES, hasta tanto la AFP realice el traslado de los recursos, conllevaría que la afiliación de la demandante quede al arbitrio de las hoy demandadas.

Precisando, que al ser reintegradas las sumas de dinero con los respectivos rendimientos, frutos e intereses, no resulta pertinente ordenar la indexación



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 22 2019 00482 01

de las mismas, por cuanto la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, se encuentra superada mediante el pago de los respectivos intereses, como de tiempo atrás lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, generando la incompatibilidad entre el pago de los intereses y la indexación de las sumas de dinero adeudadas, como fuere expuesto, entre otras, en sentencia con Rad. 41392 del 6 de diciembre del 2011, en la cual se explicó:

“Sobre esta base es claro que el ad quem le dio una inteligencia a la norma acorde a lo que ha sostenido esta Corporación sobre el asunto, en cuanto al carácter resarcitorio de los intereses moratorios cuyo fin es el de paliar, en cierto modo, la pérdida del poder adquisitivo del dinero, tal como lo señaló la Sala en la sentencia del 12 de mayo de 2005, radicación 22605 (...)”

Criterio que, si bien se ha aplicado en lo tocante a la mora en el pago de las mesadas pensionales, nada impide que se aplique en lo tocante a los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como quiera que los mismos tienen una naturaleza jurídica similar, en tanto ambos son recursos del Sistema General de Pensiones, por tanto, *mutatis mutandi*, resulta aplicable el mismo criterio.

De cara a lo indicado, emerge ineludible la confirmación íntegra de la decisión que fuere adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de septiembre del 2020, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso

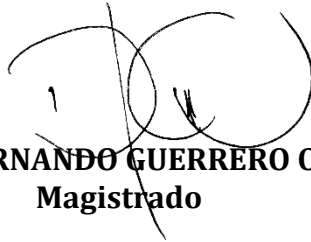


TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 22 2019 00482 01

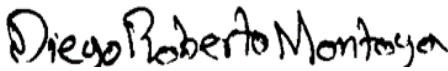
ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

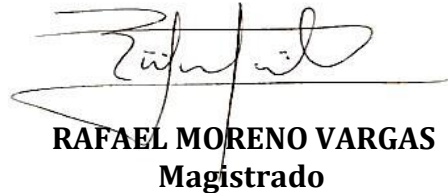
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 25201500747 01

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

Ordinario Laboral **1100131050 25 2015 00747 01**
Demandante: GERTRUDIS RODRIGUEZ DE VIDAL
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la sentencia proferida el 23 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GERTRUDIS RODRÍGUEZ VIDAL formuló demanda en contra de COLPENSIONES a efectos que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor WALDINO VIDAL MONTAÑO en los términos del Acuerdo 049 de 1990 desde el 20 de marzo del 2012, calculando el monto de la pensión conforme lo



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 25201500747 01

dispone el artículo 20 del referido Acuerdo, el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y las costas procesales

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el señor WALDINO VIDAL MONTAÑO trabajó desde el 1° de junio de 1981 hasta el 30 de septiembre de 1998, tiempo durante el cual estuvo afiliado y cotizó para el ISS un total de 633 semanas; que hizo vida marital por más de 30 años con el causante desde el 25 de octubre de 1980; que el causante falleció el 19 de marzo del 2012.

Solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 10 de mayo del 2012, pero la encartada le negó el derecho mediante la Resolución GNR 011879 del 29 de noviembre del 2012, confirmada en la Resolución No GNR 11309 del 15 de enero del 2014.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, como quiera que de acuerdo a la fecha de fallecimiento del causante la norma aplicable es la ley 797 del 2003, cuyos requisitos para acceder a la pensión no fueron acreditados por la demandante.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, buena fe, prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indexación y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 25201500747 01

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de octubre del 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión indicó que se aportaron por la parte activa a folios 21 a 22, cuatro (4) fotografías donde se refleja la vida en pareja de los consortes demandante y su fallecido cónyuge en eventos familiares y personales. Por consiguiente, analizados los fundamentos y razones de derecho que expone la demandante a folios 52 y 53 se extrae claramente que lo pretendido por activa es la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, como quiera que el cotizante señor WALDINO VIDAL MONTAÑO al momento de su deceso no dejó cotizadas las 50 semanas durante los últimos tres años al momento de su muerte, requisitos estos que se encuentran normados en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en relación a los parámetros para el reconocimiento de pensión de sobrevivientes.

Refiere que se pretende se aplique el Acuerdo 049 de 1990, como quiera que el afiliado dejó cotizadas más de 300 semanas durante los últimos seis años al momento de su fallecimiento y un total de 633 semanas de cotización debidamente reconocidas por COLPENSIONES; no obstante, lo normativa aplicable es la Ley 797 del 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, por cuanto este tipo de procesos, se rigen por la norma vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, sin acreditar los requisitos en tanto del 19 de marzo del 2009 al 19 de marzo de 2012, no se aportaron semanas de cotización tal



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 25201500747 01

como lo afirma COLPENSIONES al momento de negar la prestación.

Ahora, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa se tendría que decir que la norma aplicable sería la inmediatamente anterior a la Ley 797 del 2003, es decir la Ley 100 de 1993 en su artículo 46, sin acreditar tampoco los requisitos en tanto como lo reconoce la parte activa, las cotizaciones solo se verificaron entre el 1º de junio de 1981 hasta el 30 de septiembre de 1998.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación contra la sentencia que negó las pretensiones de la demanda, por violación de la Constitución, pues si bien es cierto la Ley 797 de 2003 exige 50 semanas durante los últimos 3 años, también es cierto que el señor WALDINO VIDAL MONTAÑO al momento de su deceso había cotizado 663 semanas, lo que equivalía a un porcentaje elevado de las semanas que se exige actualmente, es decir, que nos encontramos frente a una laguna normativa que supone una violación al principio de igualdad y a la protección al derecho efectivo de la seguridad social así como de las personas de la tercera edad.

Finalmente, que en virtud del principio de proporcionalidad y racionalidad, las decisiones judiciales deben consultar aquellas fuentes normativas que emanan de la Constitución y en ese orden de ideas hacer una ponderación entre los principios que subyacen a las fuentes normativas que regulan la situación.

IV. CONSIDERACIONES:



a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si a la aquí demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión al fallecimiento del señor WALDINO VIDAL MONTAÑO.

c. De la Causación de la Pensión

En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe precisar la Sala es que la pensión de sobrevivientes debe ser analizada a la luz de la norma vigente para la fecha de fallecimiento del causante. En tal media, como quiera que no existe discusión en que el señor WALDINO VIDAL MONTAÑO falleció en su calidad de afiliado, el día 19 de marzo del 2012, acorde se verifica en el certificado de defunción obrante a folio 20, no cabe duda alguna en torno a que la norma aplicable es la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificó la ley 100 de 1993.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 25201500747 01

Ahora, en lo que respecta a los requisitos para causación de la pensión de sobreviviente se tiene que, el artículo 46 de la misma norma, modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, estableciendo:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: (...)

“2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)”

Ahora, al descender al *sub-examine*, se evidencia en el reporte de semanas de folios 102 a 104 que el causante no logró cotizar las 50 semanas dentro del término trienal que exige la disposición normativa en cita.

Descartada la posibilidad de obtener la pensión de sobrevivientes con base en la Ley 797 del 2003, la Sala estudiará el principio de la condición más beneficiosa tal como lo hizo el *a-quo*, contemplado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del C.S.T., en aras de corroborar si le asiste el derecho a la parte actora.

Con fundamento en el principio señalado, el operador jurídico está facultado para inaplicar la norma nueva al caso concreto y en su lugar aplicar la norma más favorable contenida en la regulación inmediatamente anterior a la que se deja de aplicar, razón por la que corresponde estudiar el reconocimiento de la pensión, con base en la Ley 100 de 1993 en su versión original, conforme al criterio adoctrinado y zanjado por nuestro máximo órgano de con Radicación No. 32642 de 6 de diciembre de 2008 y en sentencia con Radicación No. 38674 del 25 de junio de 2012, en la cual puntualizó:



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 25201500747 01

*“Como atrás quedó explicado, para poder aplicar el principio de la condición más beneficiosa de acuerdo con el criterio jurisprudencial que se está fijando, es necesario que **el afiliado cumpla con la densidad de semanas de la norma inmediatamente precedente en las hipótesis que se han señalado**, para este caso en particular el **artículo 39 de la Ley 100 de 1993**, que es la disposición que fue modificada o remplazada por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, no siendo en consecuencia cualquier otra norma anterior. En sentencia del 9 de diciembre de 2008 radicado 32642, al respecto se especificó que “no es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, **sino la que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable** conforme a las reglas generales del derecho»” (resalta la Sala).*

Así mismo, se tiene que mediante sentencias SL2358 del 2017 y SL4350 del mismo año, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, puntualizó que la condición más beneficiosa solo resultaría aplicable, siempre y cuando el afiliado o pensionado fallezca entre el periodo comprendido del 29 de enero del 2003 al 29 de enero del 2006, con ocasión al tránsito legislativo, postura que fue reiterada en sentencia SL-1663 del 2020, recientemente citada en la providencia SL-4230 del 2020, en la cual expresó:

“Como quedó establecido con anterioridad, el afiliado [...] falleció el 6 de mayo de 2007, es decir, por fuera del límite temporal para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa que ha dispuesto esta Sala de Casación (SL2358-2017 y SL4650-2017), criterio que fue reiterado recientemente, sentencia SL1673-2020, en la que sobre tal aspecto dijo:

“Como se recuerda la condición más beneficiosa es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación



jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal.

“Sin perder de vista lo precedente, y una vez analizada la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, brota espontánea una primera conclusión: el legislador jamás pretendió perpetuar las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que regulan la pensión de sobrevivientes, y si bien con la condición más beneficiosa debe respetarse o mejor resguardarse los hechos denominados por la doctrina foránea «intertemporales» que se generan con personas que tienen una situación jurídica concreta, ello no puede llevar a mantener, per secula seculorum, la protección de «“derechos” que no son derechos”, en contra posición de la nueva ley que ha sido proferida honrando la Constitución Política.

“De suerte que, a falta de normatividad expresa, el principio de la condición más beneficiosa emerge como un puente de amparo construido temporalmente para que transiten, entre la anterior y la nueva ley, aquellas personas que, itérese, tienen una situación jurídica concreta, con el único objetivo de que, en la medida que lo recorren, paulatinamente vayan construyendo los «niveles» de cotización que la normativa actual exige.

“Pero ¿cuál es el tiempo de permanencia de esa «zona de paso» entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003? Bueno, para la Corte lo es de tres años, tiempo este que la nueva normativa (Ley 797 de 2003) dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de semanas de cotización -50- y una vez verificada la contingencia de la muerte los causahabientes puedan acceder a la prestación correspondiente.

“Con ese fin, se obtiene un punto de equilibrio y se conserva razonablemente por un lapso determinado- tres años-, los «derechos en curso de adquisición», respetándose así, para determinadas personas, las semanas mínimas establecidas en la Ley 100 de 1993, «con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición», cual es, la muerte.



“Entonces, algo debe quedar muy claro. 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.

“No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

“Así las cosas, la postura actual de la Sala Laboral de la Corte únicamente admite la aplicación del principio de la condición más beneficiosa respecto de la norma inmediatamente anterior y como se dijo bajo el cumplimiento de una serie de condiciones necesarias.

“Sin embargo, en el presente caso, no se dan las circunstancias para la aplicación de la norma legal anterior, artículo 46 de la Ley 100 de 1993, bajo el principio de la condición más beneficiosa, según el criterio jurisprudencial reseñado, puesto que no es motivo de controversia que el deceso del afiliado ocurrió el 6 de mayo de 2007, esto es, por fuera de la temporalidad máxima establecida en la jurisprudencia atrás citada, para acceder a la pensión de sobrevivientes bajo el referido principio en el tránsito de la Ley 100 de 1993 a la Ley 797 de 2003. En consecuencia, el caso – contrario a lo concluido por el colegiado - estaba regido en un todo por esta última normativa.”

A la luz de los parámetros jurisprudenciales previamente aludidos, resulta patente que el causante al fallecer el 19 de marzo del 2012, no le resulta



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 25201500747 01

aplicable la Ley 100 de 1993 en su versión original, con arreglo al principio de la condición más beneficiosa.

De igual manera, debe dejar precisado la Sala que bajo esta misma línea, mucho menos le resulta aplicable el Decreto 758 de 1990, el cual pretende el libelista se le aplique al *sub-examine*, pues se itera ni si quiera bajo el marco del principio de la condición más beneficiosa resulta dable entrar a aplicar a un caso cualquier norma que haya regulado la materia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, buscando históricamente aquella que resulte más beneficiosa al afiliado, pues este jamás fue el sentido que se quiso dar a este principio, sino respetar aquellas pensiones consolidadas bajo la norma inmediatamente anterior y que pudieren verse afectadas, con un tránsito normativo.

Bajo estos parámetros, la Sala no puede dejar de aplicar la norma llamada a gobernar el presente caso y efectuar un análisis distinto frente al principio de la condición más beneficiosa, alejándose del criterio imperante en nuestro máximo órgano de cierre, con fundamento en los postulados enunciados en la alzada por el demandante, por cuanto a juicio de la Sala aquí no hay lugar a efectuar ningún juicio de ponderación, ni mucho menos encuentra argumentos de peso para apartarse de la línea jurisprudencial previamente indicada que claramente constituye doctrina probable en la medida en que a la fecha existen más de 3 pronunciamientos en el mismo sentido, atendiendo lo dispuesto en el artículo 10° de la ley 153 de 1987, subrogado por el artículo 4° de la ley 169 de 1896.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 25201500747 01

Recordando que conforme lo dispone el artículo 7° del C.G.P, aplicable los juicios laborales por disposición del artículo 145 de nuestro Estatuto Procesal Laboral, los jueces se encuentran sometidos al imperio de la ley (Art 230 de la C.P) y cuando quiera que se aparte de la doctrina probable, está obligado a exponer de forma clara y razonable los fundamentos jurídicos de su decisión y cuando quiera que desee cambiar de posición frente a casos análogos. Luego, en la medida en que frente al tema en debate existe doctrina probable y esta Sala la ha acogido en providencias precedentes, al no encontrar un argumento sólido y contundente para apartarse del mismo, seguirá aplicando el mismo racero a la presente providencia judicial.

Deviene de lo enunciado que ninguno de los yerros enrostrados por el libelista a la decisión adoptada en primera instancia goza de vocación de prosperidad y por tal razón se confirmará en su integridad la decisión adoptada por el *a-quo*.

Como corolario de lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

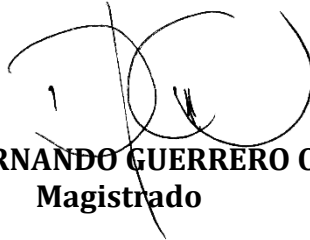


TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 25201500747 01

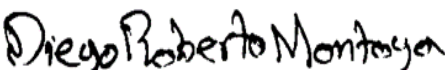
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

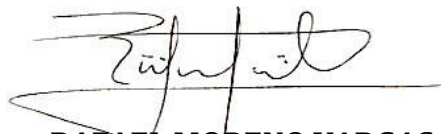
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 26201900490 01

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

Ordinario Laboral 1100131050 26201900490 01
Demandante: OTILIA BERMÚDEZ CALDERÓN
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante la sentencia proferida el 13 de octubre del 2020 proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora OTILIA BERMÚDEZ CALDERÓN presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES a efectos que se declare que tiene derecho al incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo; en consecuencia, se condene a la pasiva a pagar el retroactivo de los incrementos desde el 4 de octubre del 2013, hasta que se dicte el respectivo fallo; al pago de la indexación de las sumas adeudadas; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que contrajo matrimonio con el señor JULIO CESAR CASTRO el 6 de octubre del 1988, de dicho matrimonio procrearon a LUZ MERY CASTRO BERMÚDEZ y DIANA ZULAY CASTRO BERMÚDEZ.

Refiere que es la actora quien provee los gastos del hogar fruto de la pensión que le fue concedida por COLPENSIONES mediante la Resolución No GNR 247963 del 18 de noviembre del 2013, la cual fue recurrida y confirmada con la Resolución GNR 326010 del 18 de septiembre del 2014.

El 19 de marzo del 2014 solicitó el reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo, petición que fue denegada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a los pedimentos contentivos en el libelo genitor, alegando que la demandante no acreditó la dependencia económica exigida por la norma.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 26201900490 01

Propuso y sustentó como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de los intereses moratorios ni sanción moratoria, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 13 de octubre del 2020 absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora.

Como sustento de su decisión indicó que, de la revisión de los diversos actos administrativos aportados al plenario, no se acredita que la pensión haya sido reconocida bajo los postulados normativos del Acuerdo 049 de 1990, motivo por el cual no le asiste el derecho a los incrementos regulada en dicha normativa.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte actora presenta recurso de apelación en el que en suma indica que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 se encuentra plenamente vigente, acreditándose los requisitos para acceder al incremento pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante tiene derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo.

Siendo del caso precisar que si bien los argumentos expuestos en el recurso de alzada, no presentan suficientes elementos de juicio para derruir los argumentos que llevaron al fallador de instancia a fulminar la condena absolutoria, en tanto este basó su decisión en que no se logró acreditar que el derecho pensional de la demandante fuere concedido bajo el marco normativo del Acuerdo 049 de 1990 y sobre el particular, la apelación fue totalmente ambigua, debe proceder abordar el estudio del derecho reclamado frente a este punto.

c. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es un tema que ha sido ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 26201900490 01

concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encuentran vigentes.

Así puede colegirse que los aludidos incrementos mantienen su vigencia, no obstante, no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados debe entenderse que conservan su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4051-2018, Radicación No. 60955 del 18 de septiembre de 2018, señaló:

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

“Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de esta [...]”

Postura que además se ha mantenido en la sentencia SL809-2020, Radicación No. 68868, del 10 de marzo de dos 2020, en la que estableció:



1100131050 26201900490 01

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345

Con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

a. Del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Como bien se explicó en líneas precedentes, la disposición normativa cuya aplicación se persigue en el presente caso se encuentra contenida en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, consagró los incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así:

“b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”

Así pues, lo primero que debe entrar dilucidar la Sala es si el derecho pensional de la demandante fue concedido bajo los parámetros legales del Acuerdo 049 de 1990.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 26201900490 01

Así pues, procedió la corporación a analizar las piezas procesales arrimadas al paginario, logrando constatar que la pensión de vejez de la libelista fue concedida por el ISS mediante la Resolución GNR 247963 del 4 de octubre del 2013 (Fls. 25 a 34), acto administrativo del cual se desprende que la prestación fue concedida con fundamento en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 del 2003, el cual una vez recurrido, dio lugar a la expedición de la Resolución No 326010 del 18 de septiembre del 2014, mediante la cual se niega la reliquidación pretendida por la libelista y se reitera que las normas aplicables lo fueron la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003. Seguidamente, la demandante petitiona la reliquidación de la pensión de vejez y esta es desatada con la Resolución VPB 5891 del 29 de enero del 2015, en la que, si bien se accede a la reliquidación, lo hace con fundamento en la ley 33 de 1985 y no del Acuerdo 049 de 1990 (Fls. 35-43).

En tal medida indistintamente de sí se acreditó o no la dependencia económica exigida por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, para acceder al incremento pensional por cónyuge a cargo, como se indicó en la alzada, lo cierto es que el derecho reclamado no puede ser concedido por la potísima razón que tal normativa no resulta aplicable en el *sub-lite*, en tanto se itera, no es la que gobierna el derecho pensional de la demandante.

Se sigue de lo enunciado que la pensión de vejez de la demandante no se rige por lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, norma esta que contempla el incremento pensional por cónyuge a cargo hoy reclamado. Motivos más que suficientes para denegar el incremento pensional anhelado como en efecto lo precavió la falladora de primera instancia.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL
1100131050 26201900490 01

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

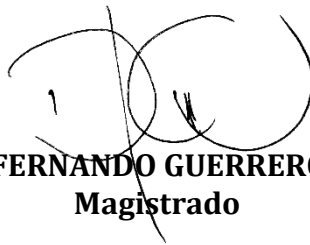
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

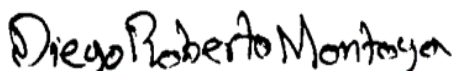
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de septiembre del 2020, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, pero con fundamento en los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

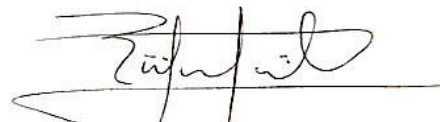
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 27 2019 00393 01
Demandante: YULDOR JOSE MENDOZA CAMACHO
Demandado: CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS SAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación propuesto por el demandante en contra de la sentencia proferida el 15 de julio de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Yuldor José Mendoza Camacho*, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad *CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S.*, a efectos de que se declare que la terminación del contrato de trabajo con la demandada fue de forma unilateral y sin justa causa.

En consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagarle al actor la suma de \$43.428.000, por concepto de falta de terminación de la obra o labor para la cual fue contratado el demandante; le sea cancelada la suma de \$24.816.000 en razón del accidente sufrido el 21 de octubre del 2017; las suma de \$860.000 por concepto de excedente de las incapacidades; al pago de la seguridad social en salud y pensión hasta que se rehabilite de la patología; más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

De forma subsidiaria, persigue que se declare que fue despedido de forma ilegal por cuanto no medió autorización por parte del Ministerio de Trabajo, se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando, lo salarios y



prestaciones sociales dejados de percibir, los aportes a seguridad social en salud, así como aquello que quede probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que se vinculó a la empresa demandada el 11 de abril del 2016, mediante un contrato a término fijo de tres meses, el cual mediante otro sí del 1º de junio del 2017 fue modificado a la modalidad de obra o labor, desempeñando el cargo de ayudante de obran civiles.

Precisa que la obra o labor era con el contrato de redes con la empresa Codensa S.A. E.S.P., y el 27 de marzo del 2019 la demandada le dio por terminado el contrato de trabajo so pretexto que la obra para la cual había sido contratado, lo cual no resulta de asidero, en tanto a la fecha la empresa no ha eliminado el cargo de ayudante de obras civiles y continúa vigente el contrato suscrito con Codensa S.A. E.S.P., el cual se encuentra prorrogado hasta por 36 meses.

Igualmente, narra que devengaba como salario la suma de \$1.034.000 básicos, más \$79.586 como salario variable.

De otra parte, refiere que el día 21 de octubre del 2017 sufrió un accidente laboral en la carrera 27 con calle 46 Sur, de la ciudad de Bogotá, no obstante la empresa no reportó dicha eventualidad; que el señor Héctor Rodríguez lo remitió a la EPS, en donde se reportó como enfermedad general para su eventual atención, por lo que la EPS asumió su tratamiento, destacando que las incapacidades fueron pagadas al demandante como enfermedad general en el 66% del salario base de cotización.

Refiere que la patología derivada del accidente laboral y que no fue reportada como tal, es discopatía L5-S1 asociada a hernia discal central y posterolateral derecho obstruida y migrada caudalmente que comprime el saco dural y la raíz S1 derecha, pero en este momento fue suspendido su tratamiento, debido a la desafiliación del sistema por parte de la empresa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



La demandada en su escrito de contestación de la demanda aceptó la relación laboral y sus extremos, oponiéndose a los pedimentos expresando que el contrato por obra o labor del actor se refería al contrato comercial 5600012517 suscrito entre la encartada y Codensa S.A. E.S.P., el cual culminó operativamente en la fecha de terminación del contrato con el actor y administrativamente el 31 de marzo del 2019, además que el demandante no sufrió ningún accidente laboral.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, pago y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de julio del 2020, decidió negar las pretensiones de la demanda formuladas por el demandante y absolver de las mismas a la pasiva; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y pago, condenando en costas a la pasiva.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que acorde la jurisprudencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la ley 361 se requiere (i) que se encuentre con una limitación moderada, que corresponde a la PCL entre el 15 y 25%, severa, mayor al 25% pero inferior al 50% de la PCL o profunda, cuando la grave minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud y (iii) que termine la relación laboral por razón de su limitación física y sin previa autorización del Ministerio de Protección Social.

Estima que el 11 de abril de 2016, la empresa Cam Colombia Servicios S.A.S. y el señor Yuldor José Mendoza Camacho, celebraron contrato de trabajo a término fijo inferior a un año en el cargo de ayudante de obra civil; el 1º de junio de 2017 de común acuerdo suscribieron otrosí al contrato de trabajo por medio del cual modificaron su naturaleza a contrato por duración de la obra o labor contratada, de acuerdo con las necesidades del contrato Rede Sur No. 5600012517.

De otra parte, tras hacer un análisis de las piezas procesales aportadas al proceso, así como los interrogatorios y testimonios



rendidos en el mismo, considera que el señor *Yuldor José Mendoza Camacho*, no gozaba de esa especial protección, toda vez que no existe una sola prueba en el plenario que demuestre que para la fecha del despido el demandante tuviera una limitación por lo menos moderada, es decir, una PCL superior al 15% que fuera conocida por el empleador, y si bien en el año 2017 tuvo varias incapacidades por diagnóstico de enfermedad general y en enero de 2018 fue diagnosticado con una lumbalgia radicular S1 derecha M51, siendo reubicado y en mayo de 2018 le fueron ordenadas sesiones de terapia, de las cuales no obra prueba en el expediente de su realización ni que se haya seguido con tratamiento posterior, lo cierto es que dichas situaciones no limitaban su capacidad laboral y el único conocimiento que tuvo la empleadora de la condición de salud del trabajador, lo obtuvo a través de las incapacidades y las recomendaciones médicas, que para la fecha de finalización de la relación laboral ya habían expirado, advirtiéndose por el contrario de las documentales relacionadas, que una vez finalizado el contrato de trabajo, el señor *Mendoza Camacho* inició el proceso de pérdida de capacidad laboral con el trámite del dictamen de la EPS, que se practicó meses después de finalizado el contrato.

Concluyó en este aspecto, que el contrato de trabajo no terminó por la condición de salud del actor, sino por razones de carácter objetivo, esto es, por la finalización del contrato de suministro de servicios #560012517 suscrito entre Cam Colombia Multiservicios S.A.S. y Codensa S.A. ESP, como lo demuestra el acta de cierre y liquidación final del contrato, con vigencia entre el 1 de octubre de 2015 y el 31 de marzo de 2019, motivo por el cual tampoco accede a condenar al pago de la indemnización por despido injusto.

Finalmente sobre la Indemnización por omisión del reporte de accidente laboral y pago de excedente de las incapacidades, que no se formuló dentro de las pretensiones de la demanda que se declarara que la eventualidad ocurrida al demandante fue un accidente de trabajo, aunado a ello que de las pruebas allegadas y recaudadas no se puede establecer con certeza si los padecimientos del señor *Yuldor Mendoza* obedecen a un accidente o una enfermedad de origen común o laboral, sumado al hecho que actualmente se encuentra en debate ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y de Cundinamarca el origen de las patologías.

III. RECURSO DE APELACIÓN



Inconforme con la decisión de primera instancia el apoderado de la parte actora promueve recurso de apelación en el que en suma indica (i) que el empleador sí conocía de la discapacidad del actor que le impedía seguir realizando las actividades para las que fue contratado, lo cual se desprende de la reubicación laboral; (ii) de igual manera que en el plenario si se debatió que el origen de la discapacidad era laboral, al acaecer un accidente en la prestación del servicio.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

En aras de establecer el problema jurídico, debe precisar la Sala que conforme se desprende del libelo genitor, el actor promovió la presente litis con el único objeto de que se declarase que el contrato finalizó sin justa causa y en consecuencia se ordene el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto, los perjuicios derivados del accidente laboral que sufrió el demandante el 21 de octubre del 2017, el pago de las diferencia en las incapacidades y los aportes a seguridad social hasta que el demandante se rehabilite; solicitando tan solo de forma subsidiaria que se declarara la ilegalidad del despido y el consecuente reintegro conforme lo dispuesto en la Ley 361 de 1997.

Así las cosas, conforme lo establecido en la providencia de primera instancia y los planteamientos formulados en la alzada, le corresponde a la Sala entrar a establecer si el demandante se encontraba discapacitado a la fecha del despido y en caso afirmativo, si la empresa tenía conocimiento de tal supuesto, dando lugar a la estabilidad laboral reforzada prevista en la Ley 361 de 1997.

De otra parte, deberá corroborarse si la presente litis giró en torno a establecer el origen de la patología padecida por el demandante y en esa



eventualidad, si la misma lo fue de origen laboral, dando lugar al pago de los perjuicios reclamados.

c. Del vínculo laboral

Sobre el particular, no existe discrepancia alguna en torno a que entre las partes existió con trato de trabajo del 11 de abril de 2016 al 27 de marzo del 2019, el cual se rigió inicialmente por un contrato a término fijo y a partir del 1° de julio del año 2017 fue modificado a la modalidad de obra o labor; en el curso del cual el demandante se desempeñó como Ayudante de Obras Civiles, devengando como último salario fijo la suma de \$1.034.182 y \$79.586 variables.

Lo anterior en cuanto la pasiva aceptó tales supuestos de facto de la demanda, a más de encontrar sustento probatorio en las documentales de folios 9 a 17 del plenario.

d. De la estabilidad laboral reforzada

Bajo este escenario, en tratándose de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el inciso segundo de dicho precepto, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas en razón de dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.



“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio, que:

“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso.

En la citada providencia la Corte concluyó que:

“[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de



1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despidiera al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

De igual manera, en dicha providencia, se cita la sentencia SL11411-2017, Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017 a efectos de establecer que:

“[...] la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”

Finalmente, no debe soslayarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

“No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.

“[...]”

“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:

“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece



retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.

“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada”.

Postura que se mantiene incólume por parte de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, pregonando adicionalmente que dicha discapacidad puede ser acreditada mediante cualquier medio probatorio, así en sentencia SL – 4825 del 2020, indicó:

“Lo anterior permite inferir que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es, para aquellos que su limitación está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.

En este orden, como la referida normatividad no determina los extremos en que se encuentra los distintos grados de severidad de la discapacidad, debe acudir al artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, que sí señala los citados parámetros, en los términos del canon 5º de la Ley 361 de 1997, de la siguiente manera: discapacidad «moderada» es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; «severa», la que es mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y «profunda» cuando el grado de invalidez supera el 50% (CSJ SL5163-2017).

Acorde con lo anterior, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral; cuya acreditación no depende de una prueba especial o forma instrumental determinada, ya que lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de dichos trabajadores, es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, lo cual puede darse con los diferentes medios de prueba habilitados por el legislador, incluso, con el dictamen de las Juntas de Calificación, realizado con posterioridad a la terminación del vínculo, que confirme la situación de limitación (CSJ SL5181-2019). (...)

Bajo este horizonte, resulta claro que la protección laboral a la que alude el precepto 26 de la Ley 361/97, conforme a los derroteros jurisprudenciales de esta Sala, está encaminada a aquellas personas que acrediten una discapacidad en un grado significativo, debiendo cumplirse



las siguientes hipótesis: i) Que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) Que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) Que el empresario despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) Que la empresa no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

En esa medida, no basta entonces que el trabajador se encuentre en un estado de debilidad manifiesta para que de manera automática sea beneficiario o acreedor de la estabilidad laboral reforzada a la que alude el referido precepto legal, como equivocadamente lo adujo el juez colegiado, máxime cuando en este asunto ni siquiera se acredita que el accionante hubiese sido diagnosticado que padeciera de una enfermedad de tipo laboral derivada del accidente de trabajo que sufrió al servicio de la demandada, mucho menos, que tuviese una afectación o limitación física, psíquica o sensorial para desempeñar sus actividades laborales, ni que la patología padecida por el actor tuviese tal notoriedad que fuese realmente conocida por el empleador.

Al respecto en la sentencia CSJ SL17945-2017, se precisó: «En esa medida, no le asiste razón a la recurrente en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta, en este caso, la calificación de la enfermedad de la actora como de origen profesional, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997».

Un entendimiento razonable de la anterior postura señala que las anteriores circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido.

De cara a lo indicado, se tiene que en el presente juicio en efecto se tiene acreditado mediante la historia clínica del libelista (Fls. 28 a 60) que el demandante desde el 21 de octubre del 2017 estuvo incapacitado en varias oportunidades por una Lumbalgia Radicular S1, así: la primera el mismo 21 de octubre del 2017 (Fl. 44); luego, el 22 de octubre de 2017 una incapacidad por enfermedad general desde esa fecha hasta el 24 de octubre de 2017 (Fl. 43), el 25 de octubre de 2017 desde esa fecha hasta el 29 de octubre de 2017 (Fl. 43), el 21 de diciembre de 2017 desde esa fecha hasta el 23 de diciembre de 2017 (Fl. 51) y el 19 de enero de 2018 desde esa fecha hasta el 2 de febrero de 2018 (Fl. 45).

Posteriormente, el 21 de febrero de 2018 la pasiva mediante acta de reincorporación laboral y teniendo en cuenta las recomendaciones dadas por la EPS, reubicó y asignó nuevas funciones al señor *Yuldor José Mendoza Camacho*, precisando que la misma se derivaba de una enfermedad general (Fl 30). Luego, el 23 de mayo de 2018 fue incapacitado por lumbalgia radicular S1



derecha M511, desde esa fecha hasta el 21 de junio de 2018 (Fl 45) y el 30 de mayo de 2018 se le ordenaron 5 sesiones de fisioterapia y recomendaciones médicas por 6 meses (Fls 34-35), posteriormente continuó con incapacidades intermitentes, generándose la última incapacidad previo al despido el 8 de febrero de 2019 y por espacio de 5 días.

Así mismo, se corrobora que el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral, no se inició sino hasta luego de finalizada la relación laboral, que se itera fue el 27 de marzo del 2019. Destacando que inicialmente el 3 de junio del 2019, la EPS FAMISANAR determina que la patología del promotor era de origen profesional (Fl 52), pero la misma, no fue aceptada por la ARL SURA quien mediante misita del 11 de junio del 2019 así se lo comunicó a la EPS, solicitando la remisión del caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien a su vez procedió a remitir el caso a la Junta a través de memorial del 2 de julio del 2019 (Fl 127), sin que dentro del proceso repose la decisión adoptada.

Aunado a lo anterior, constata la Sala que la pasiva en su interrogatorio de parte manifestó que en efecto conoce del proceso de calificación del demandante, pero precisa que tuvo conocimiento de tal suceso por lo informado por la ARL cuando esta desconoció el origen de la calificación dado inicialmente por la EPS mediante comunicación de junio del 2019; agregando que no tuvo conocimiento alguno respecto a que el demandante hubiere sufrido un accidente de trabajo, y que para la data de culminación de la relación laboral el actor se encontraba laborando sin restricción médica alguna.

A su turno, el demandante admite que la empresa lo reubicó por las recomendaciones médicas, que durante el último mes de la relación laboral no estuvo incapacitado, ni contaba con restricciones médicas pues estas habían vencido. Precizando que el 21 de octubre del 2017 cuando estaba bajando un canguro este se resbaló y sintió dolor en la espalda y pierna derecha, teniendo posteriormente al terminar la actividad dificultades para reincorporarse.

Así mismo, fueron escuchados los testigos *Tito Jairo Villarreal* y *Julián David Bedoya* quienes refieren que estaban con el demandante el día del suceso y por tanto les consta que ese día el actor estaba realizando unos apliques, y al bajar un canguro presentó dificultades sin que le fuera factible agacharse ni reincorporarse con facilidad, lo cual se comunicó al encargado general y se



dispuso su traslado a la EPS, estuvo incapacitado y posteriormente le asignaron trabajos que no implicaran esfuerzo físico.

Igualmente, se escuchó la declaración del señor *Héctor Efraín Rodríguez*, pero como lo indicó el Despacho sus declaraciones no dan mayor claridad sobre el presente asunto, pues este refirió que no estaba presente el día de los hechos y que no tuvo conocimiento del caso sino hasta este momento en el cual realizó la investigación con ocasión el proceso.

Dimana de lo enunciado que si bien el demandante para la data de su desvinculación había sido diagnosticado con una Lumbalgia Radicular S1 derecha M511, en virtud de la cual había sido incapacitado en varias oportunidades desde el año 2017, de lo cual tenía pleno conocimiento la empresa por cuanto en efecto fueron concedidas la mismas y además, se realizó un proceso de reubicación laboral con el objeto de dar cumplimiento a las recomendaciones médicas que fueren emitidas por el particular, lo cierto es que para la data en que se culminó la relación laboral en el 27 de marzo del 2019, tal como lo confiesa el demandante, no tenía ninguna restricción laboral vigente y además llevaba más de un mes sin ser incapacitado. Sumado a ello, no había sido establecida ninguna pérdida de capacidad laboral y ni siquiera había comenzado el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, que como bien se indicó, comenzó hasta el mes de junio de dicha anualidad, precisando que las resultas serían las mismas indistintamente de si el origen de la enfermedad se llegase a determinar de origen laboral o común; por cuanto la estabilidad laboral reforzada no se origina por el hecho de que el trabajador haya sufrido una enfermedad o accidente de origen laboral, sino que se cimenta en presentar una discapacidad relevante a la fecha de terminación del contrato y el pleno conocimiento de tal calidad por parte del empleador.

Implica lo eludido que tal como lo precisó la falladora de primera instancia, en los términos establecidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en las sentencias previamente citadas, para la fecha de culminación de la relación laboral el demandante no ostentaba una discapacidad relevante, y por tanto, no gozaba de la estabilidad laboral reforzada prevista en la Ley 361 de 1997.

Siendo ello así, la pasiva no tenía la obligación de solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para proceder a dar por terminado el contrato de trabajo



del demandante, el cual se dio por concluido por una de las causales legales de terminación del contrato, como lo es la culminación de la obra o labor contratada según el literal d) del artículo 62 del C.S.T.

Precisando que se encuentra plenamente acreditado en el plenario el contrato por obra o labor del demandante fue suscrito con el objeto de que se desempeñara como Ayudante de Obras Civiles de acuerdo con las necesidades del contrato REDES SUR No. 560001257, tal como se indica en el otro sí obrante a folio (15). Así pues, dado que el contrato No. 560001257 suscrito entre la pasiva y Codensa S.A. ESP culminó en marzo del 2019, como bien se puede corroborar en el Acta de Cierre y Liquidación final del contrato que milita a folios 14 a 21, dimana lógico que el vínculo laboral que ató a las partes tuviera el mismo fin el día 27 de marzo del 2019, sin que hubiere lugar al pago de la indemnización por despido injusto prevista en el artículo 64 del C.S.T.

e. Del Origen la patología del Actor

Discrepa el actor de la decisión adoptada en primera instancia al aludir que dentro del presente proceso no se debatió el origen de la patología y que en todo caso, la misma sí se encuentra probada a través de los testimonios vertidos en el curso del proceso.

En lo que a este punto respecta, debe precisar la Corporación que en efecto le asiste la razón a la *a-quo* al indicar que dentro del *petitum* de la demanda no se solicitó que se declarara que las patologías padecidas por el demandante fueron de origen laboral, sin que en todo caso tal punto tuviera mayor relevancia para poder establecer si el demandante gozaba de la estabilidad laboral reforzada prevista en la Ley 361 de 1997, pues como bien se indicó en precedencia, tal supuesto no resulta necesario para que se configure la protección prevista en la referida disposición normativa.

Así pues, si bien deprecaba un pago de excedente de incapacidades, no pretendió modificar el origen de la patología, lo cual se encuentra en trámite ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, y de tal manera incluso en la fijación del litigio no se determinó que el objeto del debate en el presente proceso se dirija a declarar que el demandante padecía de una enfermedad de origen laboral, por lo que en virtud del principio de congruencia mal podría pronunciarse la Sala sobre tal punto, máxime cuando esta Corporación no goza



de las facultades *ultra y extra petita*, reservadas por el legislador par los jueces de primera y única instancia, según lo dispuesto en el artículo 50 del C.P.T y la S.S, así como el alcance que le fue dado mediante la sentencia C-662 de 1998.

Lo anterior se corrobora además en tanto de haber girado el debate procesal en establecer el origen de las patologías, se habría vinculado a la ARL, la EPS y la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el demandante, en tanto estas tendrían un intereses legítimo en las resultados del proceso, como quiera que hacen parte del proceso de calificación y dicha determinación las afecta en tanto de esta se derivan diversas obligaciones a su cargo, a la luz de lo regado por los artículos 41 y 44 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 19 del 2012 y el artículo 16 de la ley 1562 del 2012 y que conforme lo dispone, el artículo 42 de La ley 100 de 1993, modificado por el artículo 16 de la ley 1562 del 2012, máxime en un caso como el presente en que se encuentre en debate el origen de la patología del actor por la discrepancia existente entre la EPS y la ARL, por la que hoy el asunto se encuentra en debate ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Criterio que se acompasa a lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia STL 2815 del 2014, al explicar:

“Significa lo anterior, que el proceso de calificación de invalidez comprende la participación de las distintas entidades que conforman el sistema integral de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, razón por la cual la controversia que surja respecto al dictamen de calificación necesariamente involucra las decisiones adoptadas por dichos organismos; en consecuencia, les asiste el derecho a actuar dentro del proceso judicial en el que se discute la calificación en la que intervinieron previamente.

“En segundo lugar, porque la decisión judicial que se adopte respecto al dictamen de calificación de invalidez, eventualmente podría generar cargas de tipo prestacional sobre las entidades que conforman el sistema de seguridad social, en este caso, frente a la aseguradora de riesgos profesionales, sin que resulte admisible que posteriormente pueda exigírsele su reconocimiento con base en una decisión adoptada dentro de un proceso judicial en el cual no tuvo la oportunidad de intervenir; o en el caso hipotético en que se instaure un nuevo proceso tendiente al reconocimiento de prestaciones, la aseguradora no tendría la posibilidad de controvertir el dictamen por haber quedado en firme en un proceso anterior.

“Así las cosas, en el caso que ocupa la atención de la Sala, si bien la pretensión del demandante dentro del proceso ordinario laboral, se dirigió únicamente a que se modificara el origen de la enfermedad que había determinado la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el



dictamen No. 12640170 del 27 de noviembre de 2009, la decisión del juez laboral de no vincular a la ARL como litisconsorte necesario, lesionó los derechos fundamentales a la defensa y acceso a la administración de justicia de la entidad accionante.”

Siendo ello así, la Sala no podría entrar a establecer si la patología padecida por el demandante deviene de un accidente de origen laboral o no, como fuere planteado por el recurrente en el recurso de alzada.

Dimana pues de lo enunciado la indefectible confirmación del fallo objeto de estudio por este Tribunal.

Por todas las razones anotadas, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

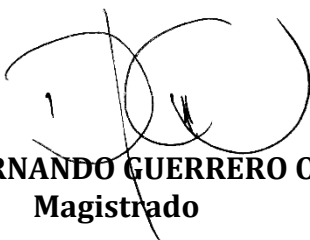
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

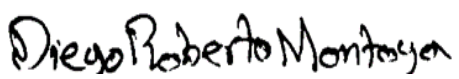
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de julio del 2020 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020