



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 01 2019 01259 01
Demandante: LUIS FERNANDO VELASCO MAYORGA
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 1º de junio de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses 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 LUIS FERNANDO VELASCO MAYORGA formuló demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare que COLFONDOS S.A. incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, de ahí que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad resulte ineficaz. Igualmente, se declare que se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se conde a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar. Asimismo, se le condene a COLPENSIONES activar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir la totalidad de los aportes pensionales, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que nació el 7 de julio de 1957, iniciando sus cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a partir del 9 de noviembre de 1976.

Que se afilió a COLFONDOS el 25 de octubre de 2000, calenda para la cual contaba con 43 años de edad, afiliación que realizó por cuanto el asesor de esa AFP le afirmó que con el hecho de su afiliación aseguraría una pensión de mayor valor a la que podría reconocerse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como que COLFONDOS S.A. no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para proveer las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni las modalidades y diferencias de ambos regímenes.

Sostuvo que COLFONDOS S.A. no le informó que en caso de tener derecho a la pensión de vejez, cuál sería el monto de la prestación mediante proyecciones objetivas que le permitieran tomar una decisión informada y consciente, y en qué condiciones podría obtener una pensión superior al S.M.L.M.V., entre otras circunstancias atinentes a una indebida información.

Por último, refirió que elevó ante las accionadas, petición de traslado de régimen pensional, la fue denegada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que la información que se le brindó a la demandante al momento del traslado fue suficiente, completa y veraz, indicándosele que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la prestación, en tanto la misma se calcularía a través de tres variables como lo era la edad del posible pensionado y su grupo familiar determinando la expectativa de vida de sus beneficiarios, el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si había lugar a ello, y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de Retiro Programado.

Que suministró información objetiva sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y su comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, entre ellos cálculos comparados que le permitían entender las diferentes modalidades pensionales sobre las características, ventajas y desventajas, por lo que decidió tomar de manera libre y espontánea su decisión de traslado.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

COLPENSIONES por su parte adujo en su contestación oponerse a las pretensiones de la demanda bajo el entendido que el traslado del actor se realizó con su plena voluntad, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A., cumpliendo con los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, basadas en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A., ordenándole a COLPENSIONES autorizar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En igual sentido, ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del actor, sin que le sea dable realizar descuento alguno de la cotización total realizada.

También declaró que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas previstas para ello.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les atañe a las AFP como carga probatoria el demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, hubiesen brindado una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen, así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los derechos pensionales de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto por COLFONDOS S.A..

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Expuso que el traslado de los aportes se efectuó con plena autorización del cotizante, por lo que no es



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

procedente declarar la nulidad de la afiliación que se efectuara en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni mucho menos autorizarle el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de sus dependencias, teniendo en cuenta que la afiliación se realizó mediando la voluntad del actor.

Que dicha voluntad por demás se vio ratificada por más de 20 años, sumado a que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 establece el tiempo en que los afiliados pueden hacer uso del traslado entre regímenes, y en la actualidad no se cumple con tal presupuesto, situación que también se acompasa con los postulados emanados por la Corte Constitucional.

Por último, sostuvo que el deber de información que recae en las administradoras de pensiones no era para el año de 1993 un requisito, sino que dicho deber se intensificó con la Ley 1328 de 2009.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Así mismo, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] 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 el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 25 de octubre de 2000 a COLFONDOS S.A. (Fl. 28), formulario 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 no confesó que se le haya suministrado la información necesaria, por el contrario, siempre manifestó la carencia de la misma, máxime si fue enfático en resaltar que la asesoría brindada duró un aproximado de quince o veinte minutos, sin que haya sido brindada de manera individual como quiera que arguyó que la breve explicación que se le suministró por el asesor de su entonces se hizo con quince o veinte personas más, de ahí que se pueda colegir que no se realizó una comparación de ambos regímenes, como tampoco las ventajas y desventajas junto con las demás consecuencias legales entre uno y otro.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia en declarar la ineficacia del traslado, ya que atendiendo el criterio jurisprudencial sobre la carga de la prueba que le asiste a las AFP en demostrar una debida información al momento del traslado de un régimen pensional a otro, COLFONDOS S.A. no demostró lo de su cargo.

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.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 COLFONDOS S.A. 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 virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse 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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto 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 las cargas 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; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa.

De otra parte, 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 la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:

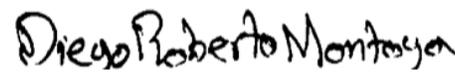
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 1º de junio de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

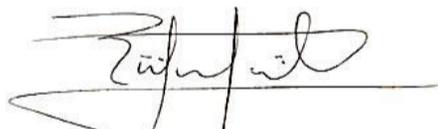
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 03 2018 00191 01
Demandante: JORGE ENRIQUE GÓMEZ ARENA
Demandado: PREVICAR S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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 el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1. DE LA DEMANDA:

El señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ ARENAS promovió demanda ordinaria en contra de PREVICAR S.A.S., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 13 de junio de 2006 y el 5 de septiembre de 2016, vínculo que fue incumplido de manera sistemática y permanente por la encartada al (i) haber provocado la disminución anual del valor real del salario al mantenerlo nominalmente en su mismo monto durante su ejecución; (ii) no cancelarle prestaciones sociales, vacaciones y demás derechos laborales durante la vigencia de la relación laboral; (iii) no realizar aportes al Sistema Integral de Seguridad Social; y (iv) dar por terminado el contrato unilateralmente, en forma ilegal y sin justa causa a partir del 5 de septiembre de 2016.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se condene a la demandada al pago del reajuste salarial por con base en el IPC dejado de aplicar desde el inicio de la segunda anualidad, esto es, desde el 13 de junio de 2007 y sucesivamente en adelante.

Asimismo, al pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, auxilio de cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, sanción por despido sin justa causa, indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que prestó sus servicios personales bajo la continuada subordinación y dependencia de la demandada, en forma ininterrumpida por el periodo comprendido entre el 13 de junio de 2006 y el 5 de septiembre de 2016.

Que durante toda la relación laboral, en su condición de economista se desempeñó en el cargo de Vicepresidente de Operaciones, por lo que tuvo a su cargo la consecución de recursos financieros, la organización y dirección técnica, administrativa, financiera, contable y de gestión humana, la construcción de los predios en los que posteriormente se construirían los denominados CDA, la dirección de su construcción, dotación, puesta en marcha y seguimiento operacional, entre otras funciones, recibiendo órdenes del Presidente de la Junta Directiva y Representante Legal, así como el Presidente de la encartada.

Que cumplió horarios, jornadas de trabajo, devengando comisiones, siendo sometido a las exigencias que los representantes legales de la pasiva le daban en el sentido de darle a su contrato de trabajo la figura de prestación de servicios, siendo la demandada quien le entregara la oficina para el desempeño de sus funciones, así como los respectivos elementos a utilizar, tales como computador, papelería, impresora y servicios públicos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que además tenía que cumplir las funciones del objeto social de la demanda, como lo eran la realización de la revisión técnico-mecánica de los vehículos automotores que transiten por el territorio nacional y la revisión de emisión de gases de los mismos en los términos de las disposiciones que regulan la materia.

Indicó que la relación laboral siempre estuvo disfrazada como prestación de servicios con la Cooperativa denominada COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN desde la iniciación del contrato hasta el mes de febrero de 2015, y luego, a partir de marzo de 2015 y hasta el finiquito del vínculo, con la sociedad denominada GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S., matriz de la demandada, al igual que sus servicios fueron retribuidos a título de honorarios con pagos mensuales por valor de \$4.000.000, sin que nunca se le hubiese reajustado el IPC para los correspondientes años, ni cancelado derechos laborales.

Que la finalización del contrato de trabajo se produjo el 5 de septiembre de 2016 por decisión unilateral de la demandada a través de carta adiada el 4 de agosto de la misma anualidad, terminación que fue producida sin justa causa en tanto no fue llamado a presentar descargos y sin que hubiese incurrido en ninguna de las causales preceptuadas en el artículo 62 del C.S.T.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada PREVICAR S.A.S. argumentó en su contestación que no existió relación laboral alguna con el aquí demandante, como quiera que dada su amplia experiencia ofreció prestar sus servicios como profesional en el área financiera al GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S., sumado al hecho que suscribió convenio de asociación con la Cooperativa de Trabajo Asociado COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN el 21 de julio de 2006 hasta el 30 de marzo de 2015, recibiendo unos ingresos denominados Auxilios de Gestión y Compensaciones conforme a los estatutos de dicha Cooperativa y al régimen de compensaciones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que una vez se retiró de la Cooperativa, realizó oferta de servicios el 1º de abril de 2015 al GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S. y suscribió contrato de prestación de servicios profesionales en la misma fecha, en virtud del cual las partes libremente pactaron el pago de honorarios mensuales, sin que hubiese existido alguna relación laboral con el actor.

Formuló las excepciones de mérito denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, no existen obligaciones legales de carácter laboral en su contra, inexistencia de relación contractual laboral o de servicios o legal con el demandante, mala fe del demandante, falta de título justo del demandante, enriquecimiento indirecto del demandante, inducción al Juez a error para un provecho propio, falta de legitimidad de la acción laboral para su prosperidad, prescripción, compensación y la innominada.

En el transcurrir del trámite procesal, y de acuerdo a lo solicitado por la demandada, se integró como litisconsorte a la Cooperativa de Trabajo Asociado COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, quien contestó la demanda aduciendo que el demandante ingresó y suscribió convenio de asociación, siendo su ingreso libre y voluntario, de allí que hubiese adquirido la calidad de asociado, autogestionario, independiente y autónomo en los términos de la Ley 79 de 1988 y demás normas aplicable, vinculación que perduró por el periodo comprendido entre el 21 de julio de 2006 y el 30 de marzo de 2015.

Propuso las excepciones denominadas cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones laborales demandadas a su cargo, inexigibilidad de obligaciones laborales, buena fe, mala fe del demandante, falta de título a causa del demandante, enriquecimiento sin causa del demandante, prescripción, compensación y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de agosto de 2020, declaró que entre el demandante JORGE ENRIQUE GÓMEZ ARENAS y la demandada PREVICAR S.A.S., existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 13 de junio de 2006 y el 5 de septiembre de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2016, el cual finalizó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la encartada. Asimismo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción formulada tanto por la demandada PREVICAR S.A.S. como por la integrada COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN.

Por tal razón, condenó a PREVICAR S.A.S. a pagar al actor la suma de \$28.614.666 por indemnización por despido sin justa causa, \$40.955.555 por concepto de auxilio de cesantías, \$29.28 por concepto de intereses a las cesantías, \$244 por concepto de prima de servicios, \$2.127.777 por concepto de compensación de vacaciones. Igualmente, condenó a la encartada a pagar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a la administradora pensional en la que se encuentre afiliado el actor, por los ciclos en los cuales no haya sido cancelado este concepto ni por el demandante, ni por la demandada, ni por la integrada COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, desde el 13 de junio de 2006 hasta el 5 de septiembre de 2016, previo cálculo actuarial que realice la administradora de pensiones.

Además, condenó a la CTA COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN de manera solidaria por las condenas impuestas a la demandada PREVICAR S.A.S.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en principio que la integrada COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN logró acreditar que suscribió un convenio de asociación con el demandante el 21 de julio de 2006, en virtud del cual el actor en su calidad de asociado se comprometió a desempeñar el cargo de Gerente Administrativo para la demandada PREVICAR S.A.S.

También que el Representante Legal de COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN sostuvo en su interrogatorio de parte que el demandante prestó sus servicios de forma directa en las instalaciones de PREVICAR S.A.S., situación que se acompasa con lo expresado por RODRIGO ARTURO MARTÍNEZ NAVAS como Representante Legal de la demandada PREVICAR S.A.S., quien indicó que la prestación del servicio operó desde el 13 de junio de 2006 hasta el 5 de septiembre de 2016, concluyendo el fallador de instancia que tal situación acreditó la prestación personal del servicio del actor durante los mismos extremos temporales señalados en el escrito de la demanda,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

máxime que así lo corroboró la prueba testimonial decretada, lo que conllevó a su vez que se constituyera en favor del demandante la presunción legal contemplada en el artículo 24 del C.S.T.

Que también en el plenario se acreditó una certificación laboral que emitiera el Presidente de la demandada PREVICAR S.A.S en el mes de noviembre de 2006 que da fe que en efecto el actor se encontraba laborando para las dependencias de la demandada en el cargo de Vicepresidente, prueba que refleja un verdadero contrato de trabajo y su remuneración a la luz de los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que la totalidad de pruebas analizadas en su conjunto acreditan la prestación personal del demandante en favor de PREVICAR S.A.S. y los elementos propios de un verdadero contrato de trabajo, pues se auscultó que la demandada era la que suministraba los elementos de trabajo al demandante y se presentaba subordinación.

Seguidamente, enfatizó que con relación a las herramientas de trabajo utilizadas por el demandante, el Representante Legal de la encartada PREVICAR S.A. referenció que tenía una oficina con papelería y todos los servicios necesarios para el desarrollo y cumplimiento de su labor, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 4588 de 2006, dentro del presente asunto se desdibuja la existencia de un contrato de asociación entre el actor y la Cooperativa de Trabajo Asociado COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, toda vez que quien siempre le suministró las herramientas de trabajo fue la empresa demandada, sin que se presente dentro del plenario la existencia de un contrato comercial o civil entre la Cooperativa y la encartada que refleje que a esta última se le puso a disposición la oficina y demás herramientas de trabajo utilizadas por el señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ ARENAS para el desempeño de sus funciones, así como que se acreditó que la pasiva realizó diferentes pagos al demandante, específicamente entre el 4 de junio de 2006 y el 12 de abril de 2012.

Aunado a lo anterior, si bien se demostró el convenio interinstitucional del 2 de enero de 2006 suscrito entre la demandada PREVICAR S.A.S. y COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, el objeto allí consignado y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contrastado con el artículo 6º del Decreto 4588 de 2006, e inclusive con el artículo 4º de la Ley 79 de 1988, no cumple con los parámetros establecidos en la norma, ya que en tratándose de Cooperativas de Trabajo Asociado se exige que el propósito del proceso sea un resultado específico, aspecto que no se probó en el asunto, como quiera que no se precisó cuál era el resultado específico que PREVICAR S.A. esperaba de COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, por el contrario, se advierte un suministro de personal irregular por parte de la CTA, tópico que evidencia la verdadera relación laboral que existió entre el demandante y PREVICAR S.A.S.

Por otra parte, argumentó el *a-quo* en lo que respecta a la supuesta vinculación del demandante por prestación de servicios con el GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S., que si bien se acreditó en el plenario copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre el demandante y el GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S. el 1º de abril de 2015, el Representante Legal de la demandada PREVICAR S.A.S. confesó en su interrogatorio de parte que el demandante siempre prestó sus servicios personales ante las dependencias de la encartada, sin que se encuentre probado algún cambio de funciones sustancial en la prestación personal del servicio del actor.

Una vez determinado lo anterior el *a-quo* estudió la excepción de prescripción formulada tanto por PREVICAR S.A.S. como por COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, concluyendo que la misma operó de manera parcial, bajo el entendido que la demanda se presentó el 20 de marzo de 2018, sin que obre alguna prueba que demuestre alguna reclamación con anterioridad a dicha calenda sobre los derechos reclamados en el *petitum*, emitiéndose auto admisorio el 29 de junio de 2018 que se notificara a la demandada el 17 de septiembre de 2018, y la Cooperativa de Trabajo Asociado el 12 de agosto de 2019; circunstancia que de conformidad con lo establecido en el artículo 94 del C.G.P., al tratarse de litisconsorcio necesario, la interrupción de la prescripción para todos los demandados solo se produce con la notificación del último de ellos, de ahí que dicha interrupción hubiese sucedido con la notificación de COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN que sucedió el ya enunciado día 12 de agosto de 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En tal sentido, determinó que el término trienal de prescripción que rige en materia laboral en los términos de los artículos 488 y 489 del C.G.P., en concordancia con el artículo 151 del C.P.T y de la S.S. operó con anterioridad al 12 de agosto de 2019, especificando que las cesantías no gozaban de prescriptibilidad sino a partir del finiquito de la relación, así como que esta figura para las vacaciones opera en el interregno de cuatro años.

Luego, concluyó que el salario percibido por el demandante durante toda la relación laboral ascendió a la suma mensual de \$4.000.000 como lo certificó el Presidente de la misma demandada PREVICAR S.A.S., y que si bien el actor solicitó que se reliquidara su salario con base en los incrementos anuales del IPC, tal aspecto resulta impróspero, toda vez que de conformidad con la doctrina emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el Juez Laboral no puede conceder incrementos de salarios al no existir una norma legal que lo faculte para ello, como quiera que el salario percibido por el demandante siempre fue superior al S.M.L.M.V.

En lo que respecta al pago de la sanción por despido sin justa causa regulada en el artículo 64 del C.S.T., atendiendo la doctrina laboral, el demandante logró acreditar que en efecto la demandada PREVICAR S.A.S. emitió carta adiada del 4 de agosto de 2016 en la que culminó el presunto contrato de prestación de servicios a partir del 5 de septiembre de 2016, no obstante, al haberse declarado la existencia de un verdadero vínculo laboral y sin existir ninguna de las justas causas de terminación dispuesta en el artículo 62 de la referida obra, resulta procedente el pago de la indemnización.

Iteró que respecto del pago de las cesantías no operó fenómeno prescriptivo alguno por cuanto las mismas se causan desde el momento de la culminación de la relación laboral, por lo que la condenó sobre todo el interregno del contrato de trabajo.

Frente al pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, precisó que el aporte en salud no es retributivo ni retroactivo, por lo que absolvió sobre esta súplica; en lo atinente a los aportes en riesgos laborales, también absolvió



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en el entendido que no se demostró que al actor durante la relación laboral se le hubiese causado un siniestro.

En lo que atañe a los aportes en pensión, manifestó que resultan procedentes en la medida que no se encuentran sometidos al fenómeno de la prescripción, siendo enfático, además, que mientras que el actor estuvo afiliado a la Cooperativa de Trabajo COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN y al servicio de la encartada, es factible que hayan realizado los respectivos aportes, por lo que al no existir ninguna prueba documental que demuestre cuáles fueron los aportes que en su momento se le efectuaron al actor, decidió que la encartada deberá cancelar los que le correspondieron como empleadora durante los ciclos que no se realizaron y previo cálculo actuarial que realice la entidad de seguridad social a la que el señor JORGE ENRIQUE GÉMZ ARENAS se encuentre afiliado.

Adujo en lo que se circunscribe a la sanción por la no consignación de las cesantías preceptuada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que sobre las mismas operó el fenómeno prescriptivo, de ahí que no fulminara condena al respecto. En lo que atañe a la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T., expuso el *a-quo* que atendiendo la buena fe que se envuelve sobre ese precepto ya que no es automática, la demandada actuó conforme a las obligaciones que creyó tener en su momento, pues solo con esta decisión fue que se declaró la existencia del contrato de trabajo, aspecto por el que concluyó que no se presentó una mala fe al tener la convicción de que siempre se ejecutó un contrato de asociación por intermedio de COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, y con posterioridad un contrato de prestación de servicios.

Finalmente, argumentó la prosperidad de la figura de la solidaridad de COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN sobre las condenas impuestas a la demandada PREVICAR S.A.S.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó que debe prosperar el pago de la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

C.S.T., toda vez que dentro del proceso se encuentra probado que dicha pretensión reúne los presupuestos legales para su condena.

PREVICAR S.A.S. por su parte indicó en su alzada que no debe prosperar la pretensión atinente al despido sin justa causa, pues si bien es cierto que se hizo un estudio fáctico y legal durante todo el proceso, el *a-quo* también concluyó la existencia de una buena fe, la cual recae en igual sentido sobre esta sanción, máxime si al final de la relación laboral fue el mismo demandante quien decidió retirarse de la compañía.

Que si bien dentro del plenario obra carta de terminación del contrato de prestación de servicios del accionante, la Representante Legal de la empresa en ninguno de sus apartes adujo sobre la terminación del vínculo, aunado a que siempre se estuvo bajo la convicción que lo que existió con el actor fue un contrato civil.

COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN expuso que como Cooperativa de Trabajo Asociado celebró un convenio de asociación con el demandante, mismo que se suscribiera en debida forma sin objeción alguna, por lo que no se podría configurar la existencia de un contrato realidad, puntualizando que no se logró demostrar el elemento subordinante para la procedencia de un verdadero contrato de trabajo.

Que a pesar de que el contrato civil y el de asociación tienen similitudes, ello no implica que el trabajo que se desarrolle por el trabajador autogestionario o asociado sea atinente a una subordinación, toda vez que lo que sucedido fue imponer al asociado una serie de obligaciones en el cumplimiento de sus funciones. Destacó que no debe proceder la sanción por despido sin justa causa en tanto siempre existió un convenio de asociación.

Por último, argumentó en lo que respecta a los aportes de seguridad social en pensión, que los mismos fueron realizados en su momento al demandante como autogestionario, según se encuentra probado dentro del expediente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 deberá auscultar como problema jurídico principal si entre el demandante y la demandada PREVICAR S.A.S. se constituyó una verdadera relación laboral, o si, por el contrario, lo que existió fue un contrato de asociación entre el actor y la Cooperativa de Trabajo Asociado COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN.

De prosperar el contrato de trabajo, y atendiendo los recursos de apelación interpuestos por PREVICAR S.A.S. y COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, la Sala deberá abordar como segundo problema jurídico si es procedente la condena impuesta por el fallador de instancia en lo que refiere a la sanción por despido sin justa causa dispuesta en el artículo 64 del C.S.T.

Como tercer problema jurídico, deberá analizarse la procedencia de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T. como lo argumento en su alzada el demandante, junto con la prosperidad de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

c. Del caso en concreto:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Recientemente, la Corte en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de una verdadera relación laboral precisó:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo¹, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

En tal sentido, descendiendo al *sub-examine*, resulta pertinente indicar en primer lugar que no fue objeto de reproche que (i) entre COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN y PREVICAR S.A.S. se suscribió un convenio interinstitucional el 2 de enero de 2006, en el que la primera en calidad de Cooperativa de Trabajo Asociado presentó a la segunda la cooperación y asistencia técnica, profesional, administrativa y operativa en las instalaciones de PREVICAR S.A.S. (Fls. 228 a 230); (ii) que el aquí demandante y COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN suscribieron convenio de asociación en virtud del cual el actor sería asociado, adhiriéndose con su trabajo y aportes

¹ OJEDA AVILÉS, Antonio. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. Derecho PUCP, 2007, vol. 60, p. 375.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

económicos en un acuerdo cooperativo para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios en forma personal (Fls. 231 a 232).

(iii) Que entre el GRUPO EMPRESARIAL VL S.A.S. en calidad de contratante y el aquí demandante en calidad de contratista suscribieron contrato de prestación de servicios el 1º de abril de 2015, cuyo objeto era que el actor desempeñara las actividades de Asesor Financiero (Fls. 142 a 148); (iv) que dicho contrato de prestación de servicios culminó el 1º de agosto de 2016 como da cuenta la carta del 4 de agosto de 2016 que emitiera la Representante Legal NATHALIA LÓPEZ BERNAL del GRUPO EMPRESARIAL VL S.A.S. al demandante (Fl. 156).

En el transcurrir del trámite procesal se recibió el interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada PREVICAR S.A.S., señor RODRIGO ARTURO MARTÍNEZ NAVAS, quien manifestó ser cierto que la empresa PREVICAR S.A.S. consignó dineros periódicamente a la cuenta de nómina del demandante, aclarando que esas consignaciones obedecían a la retribución que la empresa le adeudaba a la Cooperativa de Trabajo Asociado.

Que el demandante se desempeñó como Vicepresidente de Operaciones de la demandada desde el 13 de junio de 2006 hasta el 5 de septiembre de 2016, pero que esa categorización no indicaba de modo alguno representación legal ni ningún tipo de mando dentro de la escala jerárquica de la sociedad, sino una representación meramente formal hacia el público sin que haya sido directamente vinculado dentro de la empresa ni se le hubiese impartido órdenes. Que el señor demandante en su labor como profesional ejecutaba labores encargadas por la alta gerencia de la empresa en su carácter de asociado vinculado a la Cooperativa de Trabajo Asociado, pero sin recibir órdenes directas.

Que el demandante recibía como retribución por los servicios prestados la suma de \$4.000.000 desde el 13 de junio de 2006 hasta el 5 de septiembre de 2016, pagos que fueron a razón de ser asociado de la Cooperativa, teniendo un espacio dentro de la empresa, e incluso salía a otras ciudades a desempeñar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sus actividades, facilitándosele todos los elementos de trabajo, iterando que esa gestión la desarrollaba como cooperado.

Expuso que era posible que los pagos realizados al demandante le eran efectuados a diferentes cuentas de distintas entidades financieras como lo era Bancolombia y BBVA, atendiendo las distribuciones que al respecto recibiera la empresa de la Cooperativa de Trabajo Asociado COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN.

Que el demandante desempeñó funciones tales como cumplir una serie de mandatos de obra atinentes a proyecciones y estudio de índole financiero y contable; que PREVICAR S.A.S. es una sociedad vinculada a la sociedad GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S. a raíz de una situación de control en los términos del Código de Comercio, situación que en su momento se registró en la Cámara de Comercio de Bogotá, tal como aparece tanto de la matriz como de la subordinada.

Que el demandante permaneció vinculado como asociado de COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, y a partir del momento en que terminó su vínculo contractual asociado con la CTA presentó documentación a la empresa para poder ser vinculado como contratista independiente, contrato de prestación de servicios que se suscribió el 5 de septiembre de 2016. Que como trabajador independiente el actor prestaba para la empresa unos servicios de índole profesional a petición de la empresa contratante que eventualmente pedía de él su consejo y opinión.

Expuso que el demandante tenía un carné que lo acreditaba como Vicepresidente de Operaciones de PREVICAR S.A.S., pero tal carnetización también la tenían otros empleados independientes de la compañía, por lo que su situación de contratista independiente en nada cambiaba. Que la empresa tuvo una intención de un negocio jurídico con el demandante cuando la Representante Legal de la empresa le remitió a este un correo electrónico el día 19 de marzo de 2015 atinente a la contratación de prestación de servicios, en aras de que pudiera tener un ingreso con posterioridad al finiquito del vínculo que tenía como trabajador asociado de COASISJURÍDICA OC – EN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

LIQUIDACIÓN, más aún si el actor nunca cumplió horario, no desempeñaba función alguna y no presentaba informes de ningún tipo.

El Representante Legal de COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN señor LUIS ENRIQUE CUEVAS VALBUENA rindió interrogatorio de parte, manifestando que con ocasión de la Ley 79 de 1988 se creó la Cooperativa, respecto de la cual sus participantes en mayoría eran abogados con la finalidad de poder prestar servicios a empresas y personas naturales.

Que el demandante fue asociado de la Cooperativa, y fue en el frente de PREVICAR S.A.S. donde desempeñó sus actividades, con una gama de características como lo era asuntos en administración, economía, comercio, recursos humanos, ingeniería industrial, entre otros. Que como consecuencia del convenio interinstitucional que tenía la Cooperativa con PREVICAR S.A.S. se acordó que fuera esta última quien le hiciera los pagos al demandante en su calidad de trabajador asociado.

Que el demandante tuvo un periodo en el que prestó los servicios a la Cooperativa como trabajador asociado autogestionario y en el mes de marzo de 2015 se retiró, y tuvo conocimiento que después de esto el actor se vinculó con PREVICAR S.A.S. mediante un contrato de prestación de servicios.

El demandante expuso en el interrogatorio de parte rendido que en el mes de junio de 2006 laboraba para la empresa PREVICAR S.A.S. desempeñando el cargo de Vicepresidente de Operaciones, siendo contratado desde Venezuela en el mes de mayo de 2006 encargado de la gestión de un proyecto que se iba a organizar con la finalidad de dar vida a una red de centros de diagnóstico automotor en Colombia con alianza estratégica con una compañía de seguros del país, y su contratación se hizo a través de una llamada que le hizo el señor VÍCTOR MANUEL LÓPEZ GONZÁLEZ, de ahí que se le pidiera colaboración en la gestión y elaboración de todas las tareas concernientes a la formulación, evaluación, la parte financiera, entre otros aspectos para la constitución de PREVICAR S.A.S el 21 de julio de 2006.



Que para el mes de abril de 2015 trabajaba al servicio de la demandada en la misma calidad de Vicepresidente de Operaciones y en las mismas condiciones que se establecieron al inicio de la relación laboral, ganando el mismo monto salarial de siempre que equivalía a \$4.000.000 a pesar de que se le había prometido un incremento salarial, condiciones que siempre se mantuvieron hasta el 5 de septiembre de 2016 cuando le comunicaron en forma unilateral su desincorporación con la demandada. Que nunca se hizo contrato de forma escrita, ya que fue un contrato verbal.

Indicó que en la primera quincena de 2006 le hicieron un pago en efectivo, precisando que tenía que desplazarse a las oficinas del Bancolombia a efectos de emitir una cuenta bancaria de nómina para que fuese allí donde se le depositaran sus quincenas, y para el año de 2008 se le comunicó que se había abierto una cuenta nueva en la entidad financiera BBVA, siempre cancelándosele la suma de \$2.000.000 quincenales, dineros que si bien eran depositados por PREVICAR S.A.S., los mismos provenían de la división de tesorería del GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S.

Que hasta el mes de marzo de 2015 se le efectuaron consignaciones en su cuenta de nómina de BBVA, y a partir de ese momento se le comunicó que su contrato sería modificado a una función que nunca entendió, donde se le cancelaría por intermedio de unas cuentas de cobro las cuales preparaba el departamento de Gestión Humana entregándoselas para que las firmara, pago que se realizaba en cheque sobre el mismo monto devengado durante la relación laboral. Que no tiene conocimiento de manera precisa para el año 2016 quien pagaba su seguridad social, exponiendo que la demandada siempre era la que le proporcionaba las herramientas de trabajo hasta el punto que tenía su propia oficina en las instalaciones.

Que el señor VICTOR MANUEL LÓPEZ GONZÁLEZ era el Presidente del GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S., NATALIA ÓPEZ BERNAL era la hija de este quien era economista, última que empezó con PREVICAR S.A.S. en el año 2008 aproximadamente como Vicepresidente Administrativa, y con posterioridad en forma gradual, fue tomando las funciones que le correspondían a él como lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fue la gestión técnica, gestión humana, entre otras, pasando a ser Presidente de la demandada aproximadamente para el año 2009.

Manifestó que nunca tuvo conocimiento de la Cooperativa de Trabajo Asociado GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S., y solo en una ocasión se le indicó que existía la necesidad imperiosa de firmar un convenio que no leyó, porque había una moción con las empresas en Colombia que se hacía a través de unas CTA con la finalidad de disminuir los impuestos de nómina que tenían unos porcentajes extraordinariamente altos y una serie de ventajas de tipos de impuestos y otras situaciones, afirmando que el contrato de asociación lo suscribió en el mes de julio de 2006, sin que jamás hubiese efectuado algún reclamo a esa CTA.

Se recaudó el testimonio del señor JOSÉ LUIS GIRALDO ESCOBAR, quien es Economista. Aseveró que laboró para PREVICAR S.A.S. en la Ciudad de Cali como Gerente de los Centros de Diagnóstico, siendo contratado por el señor VÍCTOR MANUEL LÓPEZ GONZÁLEZ por el periodo comprendido entre el año 2008 y 2009 ejecutando las acciones de la etapa constructiva del Centro de Diagnóstico Cali en el sur de la ciudad, así como la etapa de construcción y verificación del Centro de Diagnóstico Cali en el norte de esa Ciudad.

Que su vinculación antes del periodo referido inició en el año de 1989 con el GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S. cuando fue Secretario de Ordenamiento Automotor y diseñó un carné para identificar los automotores en la Ciudad de Cali dada la alta siniestralidad y homicidios que existían en esa época, y fue cuando le presentaron al señor VÍCTOR MANUEL LÓPEZ GONZÁLEZ, teniendo vínculos laborales con este, al punto que presentó dos demandas solicitando la declaratoria de contratos de trabajo.

Que conoció al demandante como el Jefe de Operaciones y el que estaba encargado de los procesos de acreditación; relata que el demandante empezó a laborar al servicio de la demanda aproximadamente a mediados del segundo semestre de 2006, recibiendo órdenes del señor VÍCTOR MANUEL LÓPEZ GONZÁLEZ.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El testigo LUIS ANTONIO DURÁN GONZÁLEZ expuso que es técnico y que trabajó con el señor VÍCTOR MANUEL LÓPEZ GONZÁLEZ durante veintiséis años en distintas sedes de esta ciudad. Señaló que en principio ocupó el cargo de Director General de Indemnizaciones a nivel nacional de la firma VICTOR MANUEL LÓPEZ & COMPAÑÍA, después en VML S.A.S., labor que desempeñó hasta el 31 de marzo de 2016.

Que aparte de las compañías ya referidas se comenzó a iniciar los trámites de la licencia para que funcionara PREVICAR S.A.S. que lo fue antes del año 2006, obteniéndose dicha licencia en el mes de junio de 2006. Que PREVICAR era el centro de diagnóstico automotriz, ahora CDA, sin que él como declarante trabajara en esa compañía.

Que conoce al actor aproximadamente cincuenta años porque es el ex esposo de su prima NORA LÓPEZ, quien además empezó a laborar PREVICAR S.A.S. en junio de 2006 en el cargo de Vicepresidente de Operaciones, dando fe de ello porque se veían frecuentemente. Que en el edificio donde se encuentra PREVICAR S.A.S. el demandante tenía oficina propia, así como que el demandante laboraba fuera de Bogotá como lo eran las ciudades de Cali y Medellín, entre otras.

Expuso que en todos los sitios donde él como declarante trabajó al servicio del señor VÍCTOR MANUEL LÓPEZ GONZÁLEZ, el demandante comparecía con frecuencia. Que la señora NORA LÓPEZ trabajaba como tesorera de todas las compañías del señor VICTOR MANUEL, sin tener conocimiento la fecha exacta en que el demandante renunció por cuanto ese suceso ocurrió tiempo después que él como testigo dejara de laborar.

Que tuvo conocimiento de la Cooperativa de Trabajo Asociado COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, la cual fue precedida inicialmente por el señor LUIS ENRIQUE CODAVAS VALBUENA, sin que tuviera conocimiento si el demandante se afilió a esa Cooperativa. Que él como declarante siempre estuvo vinculado mediante contrato de trabajo y que el demandante estuvo contratado con un contrato a término indefinido, pero sin constarle que a este último le fueran canceladas prestaciones sociales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que el accionista principal de PREVICAR S.A.S. es el señor VICTOR MANUEL LÓPEZ, y los accionistas de COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN en un principio fue el mismo señor VÍCTOR MANUEL LÓPEZ y LUIS ENRIQUE CUEVAS.

La testigo NORA LÓPEZ GONZÁLEZ expresó que el demandante fue su pareja durante mucho tiempo y tuvieron cuatro hijos, conviviendo desde el año 1971 hasta 1997. Que ella como declarante labora para el GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S. y conoce a PREVICAR S.A.S. la cual tiene sus oficinas en la carrera 14 No. 119-95 de esta Ciudad. Que se enteró por intermedio de sus hijos que el demandante estaba trabajando en una Cooperativa llamada COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN desde el año 2006 cuando llegó de Venezuela. Que le contaron que iba a hacer un estudio de asesorar la creación de los CDA de la red PREVICAR S.A.S.

Que tuvo conocimiento que en el año 2015 cerraron COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, por lo que su hermano señor VÍCTOR MANUEL LÓPEZ GONZÁLEZ, ingresó al demandante a laborar en PREVICAR S.A.S. a través de un contrato de prestación de servicios, sin que ella como declarante lo hubiese visto directamente laborando allí. Que ella como declarante en la actualidad desempeña la Dirección de Recaudos a nivel Nacional para el GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S., y que tuvo conocimiento que el demandante siempre se desempeñó como Asesor.

El testigo JUAN CARLOS ROJAS CERÓN señaló que no ha tenido ninguna relación con la demandada PREVICAR S.A.S., pero conoce algunos de sus directivos, aunado a que fue asociado de COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN cuando fue fundada por la familia que hace parte de un grupo de empresas.

Que conoció al demandante por cuanto fue familiar de los dueños de las empresas que hoy en día conforman como un grupo empresarial y hasta donde tiene entendido era el esposo de la hermana de una de sus propietarias. Que con el demandante y varios miembros de la familia se fundó COASISJURÍDICA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

OC – EN LIQUIDACIÓN a finales del año 2005, teniendo conocimiento que el demandante se encontraba prestando sus servicios en PREVICAR S.A.S., siendo asociado cooperado hasta el año 2015 sin recordar exactamente la fecha.

Que existía un convenio de asociación con COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN que firmaban para poder asociarse, de ahí que la Cooperativa se encargaba de conseguir los contratos con diferentes empresas de acuerdo a cada perfil que se tenía como profesional, suscripción que se hacía de manera voluntaria. Que no compartió ningún tipo de actividad con el demandante.

Puestas así las cosas, en atención de los postulados jurisprudenciales esbozadas, recalca la Sala en primer lugar que el demandante logró demostrar la prestación personal del servicio frente a la demandada PREVICAR S.A.S., en tanto, fue el mismo Representante Legal de esta empresa quien confesó que el señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ ARENAS prestó sus servicios ante sus dependencias desde el 13 de junio de 2006 hasta el 5 de septiembre de 2016, tópico que conlleva a que se configure la presunción legal contenida en el artículo 24 del C.S.T., y sea la encartada PREVICAR S.A. quien deba desvirtuar el elemento subordinante, aspecto que no logró ser demostrado como pasa a exponerse.

Analizados en su conjunto los interrogatorios de parte rendidos por los Representantes legales de PREVICAR S.A.S y la Cooperativa de Trabajo Asociado COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, es perceptible la afirmación de que en efecto el actor desempeñó siempre sus servicios a PREVICAR S.A. como Vicepresidente de Operaciones, tanto así, que incluso desde el año 2006 fue la misma encartada quien le suministró los pagos como consecuencia de la retribución del servicio prestado, e incluso siempre le otorgó todas las herramientas necesarias para el desempeño de sus funciones, suministrándole un carnet para identificarlo como empleado de PREVICAR como así lo confesó el Representante Legal de esta empresa.

Al unísono, también puede advertirse que al demandante le fue entregada una oficina en las instalaciones de PREVICAR S.A.S. como lo adujo el Representante Legal de la sociedad, y de las declaraciones de los testigos JOSÉ LUÍS GIRALDO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ESCOBAR y LUIS ANTONIO DURÁN GONZÁLEZ, se puede denotar que siempre estuvo subordinado por superiores de la encartada, ya que ambos fueron contestes en precisar que el demandante realizaba viajes a otras ciudades como quiera que era el encargado – Jefe, de las operaciones de PREVICAR S.A.S., iterándose que desde el año 2006 hasta por lo menos el 2015, fue PREVICAR S.A.S. quien efectuó las consignaciones derivadas de la retribución de los servicios, situación que sostuvieron los mismos Representantes Legales de PREVICAR S.A.S. y COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, y que se denota con las certificaciones y relación de pagos emitidas por las entidades financieras Bancolombia y BBVA que fueron allegadas por la parte demandante visibles a folios 27 a 76, las cuales no fueron refutadas de falsas por ninguno de los intervinientes que conforman esta litis, aspectos todos que advierten los elementos esenciales del contrato de trabajo en los términos regulados en el artículo 23 del C.S.T., máxime si se tiene en cuenta que en el juicio en ningún momento se contradijo que el actor devengaba una retribución mensual por sus servicios en la suma de \$4.000.0000.

Ahora bien, de las declaraciones de NORA LÓPEZ GONZÁLEZ y JUAN CARLOS ROJAS CERÓN, no se denota que la demandada hubiese logrado desvirtuar el elemento subordinante, como quiera que la primera referida, tan solo adujo tener conocimiento que el actor estuvo como cooperado asociado de COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN pero por oídas de sus hijos, lo que no la convierte en testigo directo, mientras que la segunda declaración tan solo refirió situaciones atinentes al cooperativismo que tanto él como el actor tuvieron con COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, aspectos que en nada incidieron con la relación laboral directa con la demandada PREVICAR S.A.

El elemento subordinante, se reafirma en razón de la certificación laboral emanada el 27 de noviembre de 2006 por el Presidente de PREVICAR S.A.S. señor GONZALO CORREDOR SANABRIAL, que no fuese refutada de falsa (Fl. 260), donde quedó consignado que el demandante señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ GONZÁLEZ laboraba al servicio de la encartada en el cargo de Vicepresidente, con una asignación salarial mensual de \$4.000.000, certificación que se le da total valor probatorio a la luz de lo preceptuado por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL399-2018, Radicación No. 60339 del 18 de septiembre de 2018.

Por tal razón y como lo afirmó el fallador de instancia, queda claro que los extremos de la relación laboral se comprendieron entre el 13 de junio de 2006 y el 5 de septiembre de 2016, pues se itera, así lo confesó el Representante Legal de la demandada PREVICAR S.A.

Ahora bien, se recalca que tanto PREVICAR S.A.S. como la llamada en litis consorte necesario COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, alegan en su defensa y alegatos de conclusión que el actor por el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2006 y el 30 de marzo de 2015, estuvo vinculado como asociado cooperado con COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN.

En lo que atañe a las Cooperativas de Trabajo Asociado, debe advertirse que el artículo 4º de la Ley 79 de 1988 expone:

***“Artículo 4º.** Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general. Se presume que una empresa asociativa no tiene ánimo de lucro, cuando cumpla los siguientes requisitos:*

“1. Que establezca la irrepartibilidad de las reservas sociales y en caso de liquidación, la del remanente patrimonial.

“2. Que destine sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y a reintegrar a sus asociados para los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real.”

Los Artículos 5º y 6º del Decreto 4588 de 2006, consignan:

***“Artículo 5º.** Objeto social de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. El objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos se deberá precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales, sobre la materia.

“Parágrafo. *Las Cooperativas de Trabajo Asociado cuya actividad sea la prestación de servicios a los sectores de salud, transporte, vigilancia y seguridad privada y educación, deberán ser especializadas en la respectiva rama de la actividad; en consecuencia, las cooperativas que actualmente prestan estos servicios en concurrencia con otro u otros, deberán desmontarlos, especializarse y registrarse en la respectiva superintendencia o entidad que regula la actividad.*

“Artículo 6º. *Condiciones para contratar con terceros. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, podrán contratar con terceros la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, siempre que respondan a la ejecución de un proceso total en favor de otras cooperativas o de terceros en general, cuyo propósito final sea un resultado específico. Los procesos también podrán contratarse en forma parcial o por subprocesos, correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva, siempre atados al resultado final.”*

Así las cosas, puede concluirse que lo que prohíbe la normatividad vigente, es que trascienda la esencia de la figura de cooperativismo, para convertirse meramente en un suministro de personal, aspecto que no está ligado a las Cooperativas de Trabajo Asociado, ya que esta última función es facultad de las Empresas de Servicios Temporales de conformidad con lo regulado en la Ley 50 de 1990. Por ende, las CTA se regulan sin ninguna concepción para que se traten de situaciones como empleadores y trabajadores, ni mucho menos considerar relaciones de dependencia de subordinación en ejecución del objeto de la cooperativa, ya que son los mismos asociados quienes conforman dicho cooperativismo y trabajan para sí.

Claro es que la finalidad de las CTA es permitir que las personas que efectivicen una asociación para la producción de bienes, ejecución de obras y la prestación de servicios para generar y mantener un trabajo, pueda contratar con terceros un objeto o resultado específico.

Así las cosas, en el *sub-examine* a folios 231 a 232 obra el convenio de asociación que suscribiera el demandante en calidad de asociado con COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN el 21 de julio de 2006. En su clausulado quinto se consignó;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“QUINTA: FRENTE DE COASISJURÍDICA OC: *En virtud del vínculo contractual asociado con PREVICAR S.A. desde el momento de aceptación en la Cooperativa y hasta que dure la relación asociativa, de conformidad con las normas estatutarias y reglamentarias, ofrece al **ASOCIADO** un frente de trabajo en su calidad de GERENTE ADMINISTRATIVO, con una compensación ordinaria mensual de \$408.000, pagadera quincenalmente.”*

En este punto, se recalca que el Representante Legal de PREVICAR S.A.S. además de precisar que el actor siempre prestó sus servicios en las dependencias de la empresa por el periodo comprendido entre el 13 de junio de 2006 y el 5 de septiembre de 2016, fue enfático en exponer que fue la compañía quien le suministró una oficina y le proporcionó todas las herramientas de trabajo para el desempeño de sus funciones, aspecto por el que debe hacerse hincapié a lo consagrado en el artículo 8º del Decreto 4588 de 2006 que dispone:

“Artículo 8º. De los medios de producción y/o de labor de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. La Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado deberá ostentar la condición de propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo.

“Si dichos medios de producción y/o de labor son de propiedad de los asociados, la Cooperativa podrá convenir con estos su aporte en especie, la venta, el arrendamiento o el comodato y, en caso de ser remunerado el uso de los mismos, tal remuneración será independiente de las compensaciones que perciban los asociados por su trabajo.

“Si los medios de producción y/o de labor son de terceros, se podrá convenir con ellos su tenencia a cualquier título, garantizando la plena autonomía en el manejo de los mismos por parte de la cooperativa. Dicho convenio deberá perfeccionarse mediante la suscripción de un contrato civil o comercial”.

Así las cosas, lo acreditado en el presente asunto contraría lo regulado en la normativa antes citada para que se puede determinar la existencia de un contrato de asociación entre el demandante y la COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, pues es palmario que fue PREVICAR S.A.S. y no la Cooperativa quien le suministró todas las herramientas de trabajo al demandante, sin que obre prueba que el ente cooperativo hubiese siquiera suscrito un contrato civil o comercial con PREVICAR S.A.S. en el que se haya especificado que esta última



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

arrendaría un sitio de trabajo junto con las herramientas respectivas con la finalidad que el demandante en calidad de cooperado realizara sus actividades; circunstancia por la cual, la figura del cooperativismo aquí pretendida no se constituyó atendiendo los postulados normativos, máxime si se tiene en cuenta que a pesar que a folios 228 a 230 milita un convenio interinstitucional suscrito entre PREVICAR S.A. y COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN el 2 de enero de 2006, allí nada se dijo sobre las herramientas y sitio de trabajo del actor, de ahí que se afirme que la verdadera empleadora del señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ ARENA fue PREVICAR S.A.S.

Aunado a lo anterior y como lo concluyó el fallador de instancia, el convenio interinstitucional suscrito entre PREVICAR S.A. y COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN no describe de manera precisa la función que el actor debía desempeñar con ocasión de ese convenio, por el contrario, lo que se evidencia es un suministro de personal irregular por parte de la CTA, por lo que al no existir una actividad que se enmarcara de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno.

Otro aspecto a dilucidar es el hecho que se alega por la demandada PREVICAR S.A.S. la existencia de un contrato de prestación de servicios entre el demandante y el GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S. a partir del 1º de abril de 2015. Al respecto se aprecia que a folio 24 del expediente obra el correo electrónico adiado el 19 de marzo de 2015 que le remitiera la Representante Legal de ese grupo empresarial al demandante, en el que en términos generales le manifiesta la necesidad de remitir una oferta de servicios para que se le pudiera contratar por contrato civil de prestación de servicios.

Eso conllevó a que el actor el 1º de abril de 2015 remitiera una carta con destino al GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S., más exactamente al Presidente señor VÍCTOR MANUEL LÓPEZ GONZÁLEZ (Fl. 149), en la que expresó la voluntad de ser contratado por prestación de servicios y que da cuenta seguir con las instrucciones dadas en el correo electrónico ya referido. Esto a su vez conllevó que el mismo 1º de abril de 2015 se suscribiera el contrato de prestación de servicios entre el demandante y el GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S. (Fls. 142 a 148), cuyo objeto fue:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*“**PRIMERA: OBJETO.** En virtud del presente contrato el **CONTRATISTA**, realiza la correspondiente oferta de sus servicios de manera independiente, sin subordinación jurídica o dependencia, utilizando sus propios conocimientos, experiencia y medios y se compromete a prestar los servicios como **ASESOR FINANCIERO**, al **CONTRATANTE** para la asesoría, acompañamiento y en general prestar toda la asesoría en el área financiera correspondiente.”*

Al unísono, se aportó la carta emitida por el GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S. a través de su Representante Legal NATHALIA LÓPEZ BERNAL el 4 de agosto de 2016, en la que se le comunicó al actor la terminación del contrato de prestación de servicios a partir del 5 de septiembre de esa misma anualidad (Fl. 26).

Advierte la Sala que tales probanzas en nada influyen para que se desvirtúe un verdadero contrato de trabajo entre el demandante y la demandada PREVICAR S.A.S., pues, de una parte, claro fue el Representante Legal de la encartada en confesar en el interrogatorio de parte rendido que el demandante siempre prestó el servicio para PREVICAR S.A.S., sin que se haya desvirtuado la subordinación, aspectos todos que conllevan a que la decisión de primer grado se confirme por este aspecto.

De la sanción por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T.:

Previo a abordar este punto, y en razón a que no fue objeto de reproche por ninguna de las partes, se deja asentado que el salario determinado por el *a-quo* para el demandante ascendió a la suma de \$4.000.000.

Tanto la demandada PREVICAR S.A.S. como el COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN alegaron la improcedencia de la condena impuesta por el fallador de instancia en lo que atañe a la sanción por despido sin justa causa regulada en el artículo 64 del C.S.T.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Como ya se expuso, el demandante logró acreditar la terminación del finiquito con la carta de terminación que le comunicara el 4 de agosto de 2015 el GRUPO EMPRESARIAL VML S.A.S., en la que se le expuso lo siguiente:

“En ejercicio de la aplicación consagrada en la cláusula segunda, de la “Duración”, Inciso Segundo del Contrato Civil de Prestación de Servicios Profesionales, suscrito con usted el día 01 de abril de 2015, me permito informarle que este se da por terminado a partir del día 05 de septiembre de 2016.

Según quedó acreditado en el análisis analizado en precedencia, lo que se constituyó entre el demandante y la demandada PREVICAR S.A.S. fue un verdadero contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 13 de junio de 2006 y el 5 de septiembre de 2016, de ahí que la terminación endilgada por la demandada no haya obedecido a ninguna de las justas causas contempladas a favor del empleador conforme lo regula el artículo 62 del C.S.T., por lo que la condena por este aspecto habrá de ser confirmada, más aún si el monto impuesto por el fallador de instancia no fue refutado.

De la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T.

Tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que su imposición debe preceder del análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL1771-2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, entre otras.

El *a-quo* absolvió sobre esta pretensión bajo el entendido que la demandada actuó conforme a las obligaciones que creyó tener en su momento al existir un presunto vínculo cooperativo, y fue con esta decisión que se declaró la existencia de una verdadera relación laboral.

Pues bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2520-2021, Radicación No. 77572 del 21 de junio de 2021, analizó un caso de similares condiciones, concluyendo la procedencia de esta indemnización bajo los siguientes criterios:

“Atendiendo los anteriores criterios y teniendo en cuenta que el Tribunal fundamentó su decisión en que no existía acreditación de la mala fe del empleador porque siempre tuvo el convencimiento de estar regido por un vínculo cooperativo, es necesario reiterar que el objeto de las cooperativas de trabajo asociado es vincular la fuerza laboral personal de sus asociados para la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, sin ánimo de lucro, con plena autonomía técnica, administrativa y financiera; sin que se desdibuje el convenio de asociación celebrado, porque el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, las autoriza.

*“Por ello, aunque es una norma que nació cuando estaba ya vigente la relación trabada entre las partes, en el artículo 6 del Decreto 4588 de 2006, **por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, se consagró:***

“Artículo 6°. Condiciones para contratar con terceros. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, podrán contratar con terceros la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, siempre que respondan a la ejecución de un proceso total en favor de otras cooperativas o de terceros en general, cuyo propósito final sea un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

resultado específico. Los procesos también podrán contratarse en forma parcial o por subprocesos, correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva, siempre atados al resultado final.

“Lo que prohíbe el ordenamiento jurídico colombiano, es que las cooperativas de trabajo se dediquen al suministro de personal, pues dicha actividad equivale a una intermediación laboral o a un suministro de trabajadores en misión, lo cual no se enmarca en la referida disposición y, por el contrario, solo puede ser ejercido por empresas de servicios temporales legalmente constituidas, de acuerdo con el artículo 95 de la Ley 50 de 1990.

“El Decreto 4588 de 2006, retomó esa prohibición de intermediación, refiriéndose expresa y concretamente a las cooperativas de trabajo asociado, consagrando en sus artículos 16 y 17 lo siguiente:

“Artículo 16. Desnaturalización del trabajo asociado. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.

“Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

“Posteriormente la Ley 1233 de 2008, norma que también nació en presencia de la relación de la que trata este asunto, en el numeral 1º de su artículo 7 indicó:

“Artículo 7º. Prohibiciones:

“1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.

“Esas normas demuestran la reiterada prohibición que el ordenamiento jurídico colombiano, ha impuesto a las cooperativas de trabajo asociado para el suministro de personal, como si fuesen empresas de servicios temporales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En el mismo sentido, confirmando lo anterior, la corporación ha adoctrinado como lo hizo en la sentencia CSJ SL 17 oct. 2008, rad. 30605, reiterada por en la CSJ SL665-2013, CSJ SL6441-2015, CSJ SL404-2018 y CSJ SL3552-2019:

“En efecto, los señalados contratos, junto con el que obra a folios 199 a 201, respecto del cual se acusa falta de apreciación, prevén expresamente que su objeto es el “suministro de personal”, cuestión que, tiene dicho la Sala, no es propia de las Cooperativas de Trabajo Asociado, de acuerdo con la estatuido en la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990. En sentencias como la del 25 de mayo de 2010, Rad. 35790, en la que se analizó un convenio similar a los aquí estudiados, la Sala observó que esas actividades, que equivalen a intermediación laboral o de suministro de trabajadores en misión, “(...) sólo [las] pueden ejercer legalmente las empresas autorizadas para ello, que deben tener la calidad de empresas de servicios temporales. Actividad que, por otra parte, no se enmarca dentro de aquellas labores a las que, de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, vigente para la época de los hechos, se vincula el trabajo personal de los asociados a las cooperativas de trabajo asociado, esto es, la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios.”.

“En igual sentido, en la sentencia del 17 de abril de 2012, Rad. 38671, la Sala estimó que ese tipo de convenios que tienen “(...) como propósito real el suministro de personal a la entidad de promoción y prevención, (...) no está acorde con las normas que regulan la actividad de las cooperativas de trabajo asociado. Es decir, que lo que se acordó en verdad, fue una actividad de intermediación laboral para el suministro de trabajadores en misión, lo que hace que los servicios prestados por el actor a PROVENSALUD no hayan sido en desarrollo de la actividad cooperada, pues no se trató como lo afirmó el Tribunal de “producción de bienes, ejecución de obras o para la prestación de servicios” en virtud del objeto cooperativo, sino en unos servicios personales directos prestados por el actor a esta codemandada.”.

“En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 16 de diciembre de 2006, Rad. 25713, 7 de octubre de 2008, Rad. 33215, 17 de octubre de 2008, Rad. 30605, y 17 de febrero de 2009, Rad. 32505, en las que esta Sala de la Corte ha sostenido firmemente que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden asumir el rol de las empresas de servicios temporales, por lo que les está vedado suministrar personal y servir de instrumento indebido para ocultar relaciones de trabajo subordinado.

“Como en el sub lite quedó demostrado que la CTA Profesalud, actuó como un simple intermediario y que el verdadero empleador fue Servicios de Salud IPS Suramericana SA, la mala fe radica en la indebida utilización de la figura de las cooperativas, pues siendo la última quien ejercía las potestades de subordinación y dependencia.

“Así las cosas, la Sala considera que el ad quem incurrió en el yerro fáctico imputado por la censura, pues IPS Suramericana inequívocamente era consciente de que la prestación de los servicios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contratados era de carácter subordinado, lo cual dista mucho del trabajo cooperativo. Aunado a ello, está acreditado que la demandante realizaba, en idénticas condiciones de modo, tiempo y lugar, las mismas funciones que el personal vinculado mediante contrato de trabajo, las cuales, analizadas en conjunto, son propias o constitutivas de una relación laboral subordinada.

“También está probado y no es discutido que la señora Tobón Monsalve, laboró en períodos anteriores, para la misma empresa y ejerciendo las mismas funciones. Es decir, no existe una explicación razonada para que se le haya variado su forma de contratación de laboral a la de cooperada.

“Es que de las pruebas enunciadas como mal valoradas y dejadas de apreciar, se evidencia la existencia de la relación laboral, su continuidad en el tiempo, los elementos de subordinación y dependencia, sin que fuera posible el argumento de que las demandadas estaban amparadas bajo el principio de la buena fe, y más aún, como ya se ha reiterado, que la demandante en un comienzo, se vinculó mediante un contrato de trabajo, el cual fue modificado a una relación cooperativa, sin ninguna justificación válida.

“En consecuencia, se considera que el fallador de segunda instancia se equivocó al no dar por acreditada la mala fe del empleador; por tanto, en este aspecto incurrió en el error de hecho endilgado y se casará la sentencia en cuanto a la decisión absolutoria respecto de la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST.”

Quiere decir lo anterior, que resulta procedente en este asunto el pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. al existir una indebida utilización de la figura de las cooperativas, en tanto fue PREVICAR S.A.S. quien en todo el interregno de la relación laboral ejerció conductas subordinantes y de dependencia para con el demandante, actuar que tiene total contravía del trabajo cooperado, máxime si el actor siempre desempeñó las mismas funciones como fue el hecho de haber sido Vicepresidente de Operaciones propias del poder subordinante que en todo momento se ejerció por la encartada como así quedó acreditado y expuesto en las consideraciones de esta decisión.

Es por ello, que el elemento subordinante que envuelve este asunto y la utilización indebida de la tercerización laboral, no permiten concluir una conducta de buena fe por parte de PREVICAR S.A.S., aspecto que conduce a que se imparta condena sobre esta indemnización.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 del C.S.T., dispone que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses y a partir del día siguiente, se causan los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir de la iniciación del mes hasta cuando se verifique el pago.

Como es de conocimiento, el contrato de trabajo finalizó el 5 de septiembre de 2016, presentándose la demanda dentro de los 24 meses siguientes como da cuenta el Acta individual de reparto (Fl. 1).

Es así que al haberse determinado que el salario mensual del actor a la terminación del contrato de trabajo ascendió a la suma de \$4.000.000, el salario diario fue de \$133.333; circunstancia por la cual, la condena por dicha indemnización por el periodo comprendido entre el 6 de septiembre de 2016 y el 5 de septiembre de 2018 es de \$96.000.000, y a partir del 6 de septiembre de 2018, PREVICAR S.A.S. deberá cancelar al actor intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta cuando se verifique el correspondiente pago, por lo que la decisión de primer grado habrá de revocarse de manera parcial.

Asimismo, se deja consignada la responsabilidad solidaria de COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN que determinó el fallador de instancia sobre las codenas impuestas a PREVICAR S.A., como quiera que ese tópico no fue reprochado por la Cooperativa de Trabajo Asociado.

De la excepción de prescripción.

Sobre este puntual aspecto, acota la Sala que el *a-quo* determinó que la prescripción se interrumpió con la notificación de la CTA accionada, en tanto fue vinculada al presente proceso en calidad de litisconsorte necesario,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

decisión que no fue objeto de alzada, por lo cual la Sala no está facultada para modificar tal consideración.

En ese orden de ideas, se tendrá como fecha de interrupción de la indemnización moratoria el 12 de agosto de 2019, tal como lo especificó el *a-quo*, y teniendo en cuenta que la relación laboral finiquitó el 5 de septiembre de 2016, no operó el fenómeno prescriptivo.

Del pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Alega COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN en su alzada que en lo que respecta a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, que los mismos fueron realizados en su momento al demandante como autogestionario, según se encuentra probado dentro del expediente.

Sobre esta condena como lo aseveró el *a-quo*, claro es que como lo ha asentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, estos rubros no prescriben, así lo ha sostenido en distintas decisiones, siendo unas de ellas la SL3012-2021Radicación No. 79777 del 14 de julio de 2021, SL2959-2021, Radicación No. 76755 del 6 de julio de 2021, SL2680-2021, radicación No. 78035 del 29 de junio de 2021, entre otras.

Entonces, deja de presente la Sala que el argumento de la apelante no goza de prosperidad, en tanto, como ya se argumentó previamente, es clara la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre el demandante y PREVICAR S.A.S., por lo que no puede alegar la integrada como litisconsorte una realización de aportes pensionales del actor como autogestionario, teniendo en cuenta que como lo dispuso el fallador de instancia, dentro del plenario no obra prueba que enrostre cuáles fueron los aportes que en su momento fueran realizados al señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ ARENA; circunstancia por la cual, este punto de condena se mantendrá incólume.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como corolario de lo anterior, se recoverá parcialmente 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;

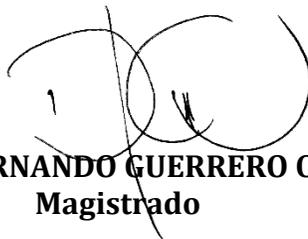
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la demandada PREVICAR S.A. y solidariamente a COASISJURÍDICA OC – EN LIQUIDACIÓN, al reconocimiento y pago a favor del demandante, la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T., a razón de un día de salario por cada día de retardo por el periodo comprendido entre el 6 de septiembre de 2016 y el 5 de septiembre de 2018 en la suma de \$96.000.000, y a partir del 6 de septiembre de 2018, se deberán cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta cuando se verifique el correspondiente pago.

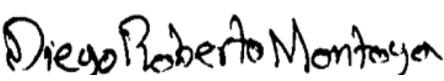
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **08201900240 01**
Demandante: **JAIRO HUMBERTO AGUDELO CASTAÑEDA**
Demandado: **COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA**
 S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 3 de junio del 2021, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAIRO HUMBERTO AGUDELO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A, para que previo el trámite judicial correspondiente se declare que COLFONDOS S.A incumplió con los deberes legales de información, generando un error de hecho que vició su consentimiento al momento de realizar su afiliación a la AFP, por lo cual se debe declarar la nulidad de afiliación a la AFP y que en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consecuencia se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En consecuencia, solicita se condene a la encartada a registrar en su sistema de información, que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvo viciada de nulidad; se condene a la AFP a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos.

Así mismo, se condene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación y a reconocer la pensión que se cause a futuro, más lo que resulte *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que nació el 18 de diciembre de 1962, realizó aportes ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre septiembre de 1992 y junio del 2003; suscribió formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. el 11 de octubre del 2002 y realizó aportes entre el 1º de enero del 2003 y el 30 de junio del 2010. Realizó aportes a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A. desde julio de 2010 hasta el mes de febrero de 2013, y desde dicha anualidad viene realizando los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a COLFONDOS S.A.

Manifiesta que COLFONDOS S.A. no le informó de manera clara y detallada la naturaleza, características y condiciones propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni le puso en conocimiento que su decisión impactaría el monto de su futura pensión, pese a que la AFP conocía en detalle los antecedentes laborales y salariales del demandante.

Relata que en el año 2019 constató que había recibido una errada asesoría y por tal razón, el 5 de febrero del 2019, solicitó a la AFP que anulara la afiliación, sin obtener respuesta favorable. El 6 de febrero de esa misma anualidad, elevó reclamación ante COLPENSIONES, no obstante, la misma fue despachada desfavorablemente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, toda vez que obran dentro del proceso medios documentales suficientes que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria.

Propuso las excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y la genérica.

OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., en su contestación se opuso a las pretensiones, refiriendo que la afiliación del promotor del litigio al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se realizó atendiendo a los lineamientos del ordenamiento jurídico, proporcionándole al demandante toda la información pertinente.

Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, pago y la genérica.

COLFONDOS S.A. por su parte se opuso a las pretensiones que fueron incoadas en su contra, en la medida en que el traslado de régimen se dio en virtud del derecho a la libre escogencia que le asiste al demandante, siendo el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad su elección. Precisa que, en todo caso, mediante sus asesores comerciales brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión.

Propone como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorio administrado por COLFONDOS S.A., prescripción, compensación y pago y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de junio del 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante; condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen del demandante y condenó a la demandada COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T y la S.S, esto es con los rendimientos causados; condenó a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva COLFONDOS S.A. y se abstuvo de imponer condena en costas.

Como fundamento de su decisión adujo que es obligación de las AFP suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, dándole a conocer las condiciones y características de cada uno de sus regímenes, así como la incidencia del traslado.

Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, es respecto al caso puntal de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición.

Precisa que la carga probatoria del deber de información recae sobre las AFP, quienes en el presente caso no acreditaron que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte. Argumentos por los cuales, se declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión del *a-quo* COLFONDOS S.A. interpone recurso de apelación en el que en suma indica señala que no es dable disponer la devolución de los gastos de administración, en tanto tienen consagración legal y se constituye en una obligación que debía asumir la AFP, máxime que tienen destinación específica, lo cual se predica de igual manera de la póliza previsional, tanto así que los recursos se trasladaron a la aseguradora, quien se constituye en un tercero de buena fe.

Asimismo, el porcentaje destinado a la administración de los fondos de pensiones permitieron que se generaran rendimientos, por lo cual no es dable ordenar la indexación, al tratarse de una pretensión impropia del objeto del presente proceso que además no fue debatida; en ese orden de ideas la decisión de primera instancia implica un enriquecimiento sin justa causa, máxime que obro de buena fe.

A su turno COLPENSIONES interpone recurso de apelación, solicitando la revocatoria del fallo de primera instancia, argumentando que para el momento del traslado en el año 2002, las únicas exigencias normativas vigentes implicaban la suscripción del formulario de afiliación, y por lo tanto no se le puede exigir a la AFP una obligación diversa, más aún cuando lo cierto es que no existe ningún testigo de la información brindada.

De otra parte, si se confirma el fallo solicita se adicione, en tanto se extienda la condena a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., para que también trasladen los montos de los gastos de administración. Adicionalmente, aunque se ordena el traslado de los rendimientos, también se debe indicar que se devuelvan los seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, pues todos fueron descontados y deben ser trasladados a COLPENSIONES.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 COLFONDOS S.A del 11 de octubre del 2002 (Fl 373), el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A del 8 de agosto del 2005 (Fl 373 vuelto), el formulario de afiliación a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A. del 18 de mayo del 2010 (Fl 303) y además milita el reporte del RUAF en el que se constata que luego retorno nuevamente a COLFONDOS S.A. el 29 de enero del 2013. En lo que respecta a los formularios, si bien el primero de los mencionados implica un traslado de régimen, 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. Por el contrario, se limitó a indicar que el traslado inicial se dio en tanto le informaron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, sin verificar ninguna aclaración numérica; señala además que posteriormente se trasladó a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SKANDIA S.A., por cuanto en COLFONDOS S.A. no obtenía respuesta a sus inquietudes sobre su futuro pensional.

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 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Por lo anterior, le asiste razón a COLPENSIONES en el sentido que todos los emolumentos que se hayan causado durante toda la vinculación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deben retornar a COLPENSIONES, por lo cual se modificara el fallo de primer grado en el sentido de condenar no solo a COLFONDOS sino también a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A. a retornar además de los dineros de la cuenta de ahorro individual, todos los montos que hayan descontado de los aportes, como gastos de administración, seguros previsionales y las primas de la aseguradora.

En torno al punto de la apelación referente al tema de la indexación, basta recabar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en diversos pronunciamientos dispuso que la indexación opera de oficio, por cuanto esta no implica una condena adicional sino una corrección monetaria, en tal sentir en sentencia SL-859 del 2021, explicó:

“En este punto, se advierte que, si bien dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones del escrito inicial, lo cierto es que su imposición oficiosa es viable comoquiera que la indexación no comporta una condena adicional a la requerida. Así lo explicó esta Sala en sentencia CSJ SL359-2021, al referir que:

“En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (artículo 53 de la Constitución Política), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem.

“De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

“Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.

“Desde este punto de vista, cuando el juez del trabajo advierte un menoscabo a los derechos de las partes y, por este motivo, impone el pago de prestaciones económicas derivadas del sistema de pensiones, su labor no puede limitarse a la restitución simple y plana de dichos rubros; tiene la obligación de imponer una condena que ponga al perjudicado en la situación más cercana al supuesto en que se hallaría de no haberse producido el menoscabo, según lo dispone el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual «dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales». Y la forma en que aquello se garantiza, en el marco de la protección especial a la seguridad social, es a través de la indexación como consecuencia de la incontenible depreciación de la moneda.

“Sobre esta materia, la Sala de Casación Civil de esta Corte, en sentencia CSJ SC 6185-2014, a través de la cual reiteró la CSJ SC, 18 dic. 2012, rad. 2004-00172, adoctrinó: (i) la indexación no pedida en la demanda, pero concedida por el juez de segundo grado, no trasgrede alguna disposición sustantiva, «dado que en verdad, en ésta no se concedió más de lo requerido, sino la misma cantidad, pero traída a valor presente [...]»; (ii) ello no excede el orden legal o constitucional, sino que, contrario a ello, «lo respeta y preserva, mayor aún, si se tiene en cuenta que la actualización del monto del perjuicio, lo que comporta es desarrollo del principio de equidad y plenitud del pago implícitamente solicitado»; y (iii) la consecuencia de esto es que el referido ajuste deba entenderse «[...] como un factor compensatorio, con el que se mantiene el poder adquisitivo de la moneda, cuando por el transcurso del tiempo, ésta se devalúa».

“En la misma sentencia, la Sala de Casación Civil sostuvo que «si para la condena al pago del perjuicio, el ad quem, en atención a lo reclamado en la apelación que al respecto se propuso “tomó como base la suma referida por la parte demandante en el marco de sus pretensiones” y soportado tanto en el canon «16 de la ley 446 de 1998», como en «jurisprudencia constitucional», la actualizó a la época de la decisión impugnada, se itera, la incoherencia advertida por el casacionista no se estructura, puesto que se repite, el citado ejercicio, per se, no comporta un elemento adicional que se esté resarciendo, como tampoco tiene la virtud de afectar el contenido y alcance de la reclamación, ni la naturaleza del daño, pues aunque objetivamente se observe un aumento en su cuantía, en realidad sigue siendo equivalente a la misma de la época en que se produjo la lesión al respectivo bien jurídicamente tutelado, fenómeno que lo explica la pérdida del poder adquisitivo de monedas como la nuestra, a medida que el tiempo transcurre».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Por lo visto, el juez del trabajo tiene el deber, incluso con el empleo de las facultades oficiosas, de indexar los rubros causados en favor de la demandante, lo cual, en vez de contrariar alguna disposición sustantiva o adjetiva, desarrolla los principios de equidad, justicia social y buena fe que tienen pleno respaldo constitucional; de paso protege la voluntad intrínseca del interesado, puesto que es impensable que desee recibir el crédito causado en su favor con una moneda depreciada.

“Debe insistirse en que la indexación no aumenta o incrementa las condenas, sino, más bien, garantiza el pago completo e íntegro de la obligación. Sin la indexación, las condenas serían deficitarias y el deudor recibiría un menor valor del que en realidad se le adeuda, premisa que tiende a agudizarse en tiempos de crisis y congestión judicial.

“En suma, la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral.”

Argumento suficiente para mantener incólume la condena impartida en lo tocante a la indexación de las sumas a retornar en la cuenta de ahorro individual.

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.

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

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 3 de junio del 2021 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, el cual quedará así:

“CONDENAR a las demandadas COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., a retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido por motivo de la afiliación del DEMANDANTE tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, seguros previsionales y primas aseguradoras, debidamente indexadas y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la decisión”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

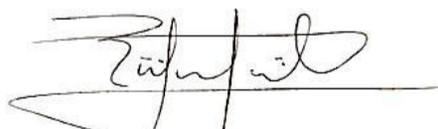
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO 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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **14 2019 00071 01**
Demandante: MARÍA JOSÉ VILLALOBOS CASTRO
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses 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:

La señora MARÍA JOSÉ VILLALOBOS CASTRO formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare nulo el traslado realizado el 31 de octubre 1996 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por el fondo privado.

Por consiguiente, se ordene a la AFP a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones y bonos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensionales, junto con los rendimientos que se hubieren causado; ordenar a COLPENSIONES a tenerla como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a recibir los valores objeto de devolución de COLFONDOS S.A., además a contabilizar las semanas cotizadas para efectos pensionales, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

Finalmente solicita que en caso de no prosperar las pretensiones anteriores, subsidiariamente se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A., esto al no poderse predicar la existencia de un consentimiento libre, voluntario e informado al momento del traslado.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 30 de diciembre de 1986; señala que estando afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad el 1º de diciembre de 1996.

Refiere que al momento del traslado no fue asesorada e informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en general de las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar tal decisión.

Que la AFP no le informó cuanto debía ser el capital que tenía que acumular en su cuenta de ahorro individual para poder acceder al derecho pensional, tampoco se le mencionó sobre los descuentos efectuados de sus aportes por concepto de seguro previsional y gastos de administración, mucho menos sobre el derecho de retracto o la manera de liquidar su mesada; que COLFONDOS S.A., no le realizó proyecciones futuras de su pensión, ni le brindó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

información sobre la tasa de reemplazo o sobre las condiciones requeridas para pensionarse anticipadamente.

Alude que realizó solicitud de traslado ante COLPENSIONES, que le fue contestada de forma negativa el 9 de noviembre de 2017, posteriormente elevó petición similar ante COLFONDOS S.A., que fue despachada de manera desfavorable el 24 de octubre de 2018. Finalmente menciona que para la fecha de radicación de la demanda contaba con 58 años de edad, siendo cotizante activa en base a un salario mensual de \$8.000.000.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones. Argumentó que para la fecha de presentación de solicitud de traslado a esa entidad, la demandante ya se encontraba inmersa dentro de la prohibición consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además dado que no cumple con los presupuestos emanados de la sentencia SU-062 de 2010, su traslado resulta improcedente.

Por otra parte, expuso que la afiliación efectuada a COLFONDOS S.A. goza de validez, pues suscribió de manera libre, voluntaria, consciente y sin presiones el formulario respectivo, aunado a que ratificó tal situación con su permanencia dentro de la AFP por más de 15 años.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de COLPENSIONES, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica.

COLFONDOS S.A., al operar la *litis contestatio* sostuvo que sus asesores brindaron a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado, se le indicó las características, ventajas, desventajas y las diferencias entre ambos regímenes, sin omitir el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cumplimiento de su obligación previo a la suscripción del formulario, por el contrario, la asesoría fue íntegra y transparente.

De igual manera, se le indicó lo referente a la naturaleza del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la garantía de pensión mínima, rentabilidad, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, bonos pensionales y aportes voluntarios.

Finalmente aduce que la información brindada fue acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ella ejerce la Superintendencia Financiera, en tal sentir, la actora tomó una decisión informada, consciente y en señal de ello suscribió el formulario, además que la accionante no ejerció en oportunidad el derecho de retracto, contando con esa facultad

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., compensación y pago, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado que realizara la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., ordenándole trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos; ordenó que reintegre con cargo a su patrimonio y debidamente indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la demandante, incluidos gastos de administración.



En igual sentido, ordenó a COLPENSIONES aceptar a la accionante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por COLFONDOS S.A. Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las encartadas y condenó en costas al fondo privado.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* señala que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha trazado una sólida línea jurisprudencial sobre una serie de deberes que tienen los fondos de pensiones, relacionados con el deber de información, entre otras, en las sentencias de radicado 31989 del 9 de septiembre del 2008 y la SL 4373 del 2020, aludió que dicho precedente tiene sustento en la medida que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispuso que cualquier elección que se realice debe ser absolutamente libre y voluntaria, pero no se puede brindar cualquier tipo de asesoría, sino únicamente aquella que permita el ejercicio de la libertad informada, cuya inobservancia trae distintas consecuencias como lo es la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, considera que si bien es cierto, para el año de 1995 data del traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aún no se había expedido ni el régimen de protección al consumidor financiero, ni se había dictado la Ley 795 de 2013 o el Decreto 2071 del 2015, ello no puede ser indicativo que para aquel momento no existiera el deber de información a los fondos de pensiones, pues para ese periodo estaban vigentes diferentes disposiciones normativas como la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, al igual los postulados constitucionales de buena fe y confianza legítima en las relaciones negociales.

Respecto al caso concreto, indica que COLFONDOS S.A., no allegó prueba alguna que de fe del cumplimiento del deber de información, teniendo en cuenta que en este tipo de procesos la carga probatoria está en cabeza de la AFP demandada, así concluyó que hubo una omisión injustificada de dicho fondo de pensiones, en tanto tampoco se puede acreditar la observancia de su obligación por medio de la suscripción del formulario de afiliación, pues ese tipo de documentos no tienen la capacidad de llevar al juez al convencimiento,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ni de cuál fue la información suministrada ni la calidad de la misma al momento de realizar el traslado de régimen pensional, por ende accedió a lo pretendido en la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumento que dentro del proceso no se logró demostrar la falta de información por parte de actora quien tenía la carga de probar tal situación, esto de conformidad al artículo 167 del Código General del Proceso que trata de la carga dinámica de la prueba, en concordancia con la sentencia C-087 de 2016. Que tampoco se evidencia ningún vicio del consentimiento, puesto que la demandante decidió trasladarse por voluntad propia, manifestada en la suscripción del formulario, ratificándola con su permanencia dentro de la AFP por más de 15 años.

Por otra parte, alude que la accionante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues no se encontraba dentro de una prohibición legal al momento del traslado, aunado a que, con posterioridad pudo cambiar de régimen y no lo hizo, preocupándose solo por su futuro pensional cuando ya estaba próxima de cumplir la edad de pensión, momento en que ya se estaba inmersa dentro de la prohibición del artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Además, adujo que la sentencia C-634 de 2011, determinó que en caso de conflictos jurisprudenciales, los operadores judiciales se encuentran supeditados a la aplicación de los criterios emanados por la Corte Constitucional, máxime cuando el precedente de la Corte Suprema de Justicia afecta a COLPENSIONES, ya que al ser el extremo en la litis que no tiene injerencia en el negocio jurídico entre los afiliados y los fondos privados, es quien resulta asumiendo las cargas prestacionales de los diferentes individuos que no realizaron cotizaciones en el sistema, lo que conllevaría en un futuro a la incapacidad jurídica y económica para sufragar las erogaciones de los beneficiarios y en tanto al recibir a la actora se dejaría en desventaja a quienes sí han aportado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por su parte COLFONDOS S.A. indicó que dentro del proceso no se allegó prueba sumaria en donde se demuestre que por su administración se hubieren generado algunos daños o menoscabos de los aportes de la demandante, contrario a ello, se generaron rendimientos que acrecentó el capital de la cuenta de ahorro individual de la accionante, por tanto, la condena referente a reintegrar de su propio patrimonio los deterioros en el capital de la demandante no tiene sustento fáctico ni jurídico.

De otra parte, en cuanto a los descuentos por gastos de administración, alegó que estos se realizan conforme a disposiciones legales, además que tienen una destinación específica como lo es la adquisición de una póliza de seguros previsionales para cubrir las eventualidades de invalidez y sobrevivencia, porcentajes que se trasladaron a una aseguradora, tercero de buena fe, por lo que no entraron al patrimonio de la AFP, asimismo, que tales descuentos son mínimos en comparación a los rendimientos generados, por lo anterior, solicita que se ordene que solo sean devueltos los aportes y rendimientos presentes en la cuenta individual de la actora, de lo contrario, se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de ella y COLPENSIONES.

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Así mismo, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 las cosas, no le asiste razón a COLPENSIONES al sostener en su recurso de alzada que era deber de la actora probar la falta de información de conformidad al principio de la carga dinámica de la prueba consagrado en el artículo 167 del C.G.P.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 31 de octubre de 1996 a la AFP COLFONDOS S.A. (Fl. 11), formulario que, si bien refiere que la decisión se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, se recepcionó interrogatorio de parte de la accionante quien se limita a exponer que aproximadamente en 1995 cuando se encontraba laborando para la ESAP, se realizó un feria para ofrecer los servicios de los fondos privados de pensiones; que se acercó a los asesores de COLFONDOS S.A., quienes le informaron sobre el proceso de afiliación, le explicaron que en la AFP tendría una cuenta de ahorros para sus cotizaciones pensionales, obtendría una mesada superior y se le indicó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría, al margen de ello, no recibió ninguna otra información, en vista de lo anterior tomó la decisión de manera libre y voluntaria de afiliarse al fondo privado, por lo que suscribió el formulario respectivo.

Nótese entonces que la actora en la declaración rendida no confesó que se hubiere cumplido con el deber de información por parte de la AFP COLFONDOS S.A., ni la restante documental da fe de ello, por tanto, la accionada no cumplió con su carga probatoria, además es de resaltar que la permanencia en el tiempo como afiliada al fondo privado, de ninguna manera subsana la omisión del deber de información ni ratifica la presunta voluntad informada de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tal y como lo plantea COLPENSIONES en su recurso de apelación.

Ahora bien, es menester recordar que en tratándose de la omisión al deber de información que le asiste a las administradoras de pensiones, la consecuencia jurídica es la ineficacia como lo dispone el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, así que está vedado realizar el estudio desde las nulidades sustanciales, por tal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

motivo no se acogen los argumentos de COLPENSIONES al expresar que no se evidenció en el proceso de afiliación ningún vicio del consentimiento.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Por otro lado, frente al recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS S.A., respecto a la devolución a cargo de su propio patrimonio de los deterioros sufridos en el capital de la demandante y los gastos de administración, valores debidamente indexados, 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, esto de conformidad al precedente citado, en donde se indica que la AFP deberá asumir a su cargo las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

En virtud de lo anterior y en atención del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera excepcionado por esta entidad, que 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 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»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 las cargas que tiene que asumir la 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; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa como lo aduce COLFONDOS S.A. en el recurso de alzada.

De otra parte, 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.»*

De esa forma, la declaratoria de ineficacia del traslado se puede solicitar en cualquier momento, además, es independiente del término establecido en el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, en cuanto no se busca realizar un traslado entre regímenes, sino la ineficacia de uno efectuado con anterioridad, por tanto, resulta no probada la excepción de prescripción formulada, en igual sentido, no le asiste razón a COLPENSIONES al alegar en su recurso que la actora ya se encontraba inmersa dentro de la prohibición establecida en la norma en cita.

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;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 27 de mayo de 2021 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá 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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 17 2019 00855 01
Demandante: MISAEL ANTONIO CASTAÑEDA PINTO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio del dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de junio del 2021.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello 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 MISAEL ANTONIO CASTAÑEDA PINTO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con el objeto de que se condene a la demandada a reconocerle y pagarle la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, conforme lo estipulan los artículos 37 y 45 de la Ley 100 de 1993; 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 13 de junio de 1961 y realizó cotizó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, entre el 19 de agosto de 1988 y el 31 de enero del 2002, en los que cotizó un total de 611,14 semanas cotizadas.

Precisa que se desempeñó como docente oficial adscrito a la Secretaría de Educación de Bogotá del 20 de enero de 1998 al 30 de abril del 2015, realizando cotizaciones al Fondo nacional de Prestaciones del Magisterio.

El 4 de marzo del 2015, se le diagnosticó una pérdida de capacidad laboral del 90%, por lo que el Fondo de Prestaciones del Magisterio mediante Resolución No 6084 del 30 de octubre del 2015 le reconoció una pensión de invalidez, a partir del 30 de abril del mismo año.

En consideración a que para el reconocimiento de la pensión de invalidez no se tuvieron en cuenta las cotizaciones realizadas a COLPENSIONES, solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva el 13 de diciembre del 2018, peticiones que fueron resueltas de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Para tal efecto sostiene que, si bien el demandante realizó cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, uno de los principios del régimen pensional es la solidaridad, por ende, tales montos serán tenidas en cuenta en el momento en que se le conceda un derecho en otra caja de previsión que reconozca prestaciones económicas.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de junio del 2021 condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la suma de \$24.986.124 por concepto de indemnización



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sustitutiva por vejez; absolvió a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión manifestó que de conformidad con la historia laboral que obra a folio 2 del expediente, se verifica la calidad de afiliado del demandante al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, para los riegos de invalidez, vejez y muerte, afiliación que se efectuó desde el 19 de agosto de 1988, por lo cual actualmente ostenta la calidad de afiliado, actualmente en COLPENSIONES. Además, de la Resolución No. 6084 del 30 de octubre de 2015, se constata que al demandante le fue reconocida la pensión de invalidez en calidad de docente del sector oficial.

Estimó que de conformidad con los artículos 37 y 45 de la Ley 100 de 1993, la exigibilidad de indemnización sustitutiva se encuentra supeditada a que se establezca que no se tiene derecho a la pensión de vejez, requisito que se cumple en el presente evento, en la medida en que tal y como se destaca en el dictamen emitido que obra a folios 47 a 49, se determinó una pérdida de la capacidad laboral del 90%, aunado a ello que el demandante reporta cotizaciones al entonces INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, en total de 611.14 semanas.

En ese orden de ideas concluyó que el actor tiene derecho a la prestación económica pretendida, la cual corresponde a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, a cuyo resultado se le debe aplicar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuáles cotizó el afiliado, en la forma que los dispone el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, lo cual corresponde a un total de \$24.986.124.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandada presenta recurso de apelación en el que señala que se soslayó que al actor mediante la Resolución No. 6084 del 30 de octubre 2015, le fue reconocida pensión de invalidez por la Secretaría de Educación. De igual manera, que obra concepto emitido por la Fiduprevisora, en la cual se califica una pérdida del 90% de la capacidad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

laboral del demandante, estructurada el 4 de marzo de 2015, mediante dictamen del 28 de septiembre de 2016.

Conforme a lo anterior y de conformidad al artículo 15 de la Ley 776 de 2002, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales, habrá lugar a una devolución de saldos en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, el Decreto 1730 de 2001 reglamenta que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, referente a la indemnización sustitutiva del Régimen solidario de Prima Media con Prestación Definida y estableció en el artículo 1º la causación del derecho y en el literal d), definió que habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva cuando el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera con posterioridad a la vigencia del Decreto Ley 1295 de 1994 como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genera para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivientes.

A su vez el artículo 19 de la ley 4º de 1992, establece que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación del tesoro público. Norma que refiere se omitió aplicar, lo cual ha sido decantado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-674 de 2011.

Finalmente, en lo que respecta a la prestación que actualmente percibe el actor parte del Magisterio, es preciso tener en cuenta que mediante circular interna BZ_2016 115206776 del 28 de septiembre del 2016, la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios, fijaron los criterios de compatibilidad entre las pretensiones otorgadas por COLPENSIONES y el Magisterio.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, se tiene que el mismo gira en torno a determinar si el demandante tiene derecho a la indemnización sustitutiva por los tiempos privados cotizados para COLPENSIONES, y si esta resulta compatible con la pensión de invalidez que le fue concedida de parte del Fondo de Prestaciones del Magisterio.

c. De la indemnización sustitutiva:

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece que a las personas que, habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Normativa reglamentada por el Decreto 1730 de 2001 y el Decreto 4640 de 2005.

En efecto, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, consagra:

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

A su turno, el Decreto 4640 del 2005 en su artículo 1º, dispone:

“Artículo 1º. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiriera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994”

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1308-2021, Radicación No. 86426 del 12 de abril de 2021, señaló:

“Determinados esos elementos fácticos, se debe recordar que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el 2 del Decreto 1730 de 2001 contemplan la posibilidad de que quienes, habiendo cumplido la edad para obtener una pensión de vejez, no tengan las cotizaciones suficientes para esta, reciban una indemnización sustitutiva respecto de la totalidad de semanas cotizadas. En lo relativo a esta prestación, al tratar un tema similar, pero respecto de la pensión de sobrevivientes, en la decisión CSJ SL2214-2018, reiterada en la CSJ SL3564-2020, esta Corte hizo las siguientes consideraciones, que son aplicables al caso:

“El artículo 49 de la Ley 100 de 1993, consagra la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en favor de «los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes», en los términos del artículo 37 de la misma normativa, que prevé:

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

“Por su parte, el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, dispone:

“[...] la cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

“I = SBC x SC x PPC

“Donde:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

“SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

“PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

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

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

“[...]

“Al liquidar el valor de la pensión o indemnización, la administradora dará aplicación al artículo 21, inciso 3º del artículo 36, y artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para lo cual utilizará la historia laboral y demás información que se tuvo en cuenta para la emisión del bono, sin exigir al afiliado nuevas certificaciones, salvo cuando se trate de reportar información que no reposa en la historia laboral.”

Ahora bien, a efectos de establecer si se cumplen los presupuestos fácticos para acceder a la prestación, se tiene que de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 del 2003, a partir del 1º de enero del 2014, los hombres podrán acceder a la pensión de vejez una vez cumplan los 62 años de edad y acrediten por lo menos 1300 semanas de cotización.

Así lo primero que se debe verificar para poder determinar si el demandante tiene derecho a la indemnización sustitutiva reclamada, esto es, si en efecto arribó a los 62 años y para dicha data no contaba con la densidad de semanas exigidas por el legislador, declarando la imposibilidad de continuar cotizando.



En torno al punto de la edad, se corrobora de la copia de la cédula de ciudadanía que reposa a folio 11, como la fecha de su natalicio corresponde al 13 de junio de 1961, salta a la vista que a la fecha no cuenta con la edad requerida para acceder a la pensión de vejez, pues los 62 años los cumpliría hasta el 13 de junio del 2023.

Pese lo anterior, se encuentra inmerso en la causal prevista en el literal b) del artículo 1º del Decreto 4640 del 2005, por cuanto es patente que accedió a la pensión de invalidez de origen común a partir del 30 de abril del 2015, en cuantía igual a \$1.826.894, conforme se pudo corroborar en la Resolución No. 6084 del 30 de octubre del 2015.

Dimana de lo expuesto que el demandante en efecto tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva reclamada, en cuantía igual a \$24.986.124, acorde lo descrito en el artículo 3º del Decreto 1730 del 2001, acorde se puede verificar en la siguiente liquidación:

Cálculo INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1988	105	3,60	105,48	29,30	\$ 41.040,00	\$ 1.202.472	\$ 4.208.652
1989	303	4,61	105,48	22,88	\$ 89.070,00	\$ 2.037.983	\$ 20.583.628
1990	297	5,81	105,48	18,15	\$ 136.290,00	\$ 2.474.332	\$ 24.495.887
1991	289	7,69	105,48	13,72	\$ 165.180,00	\$ 2.265.694	\$ 21.826.186
1992	298	9,74	105,48	10,83	\$ 117.023,56	\$ 1.267.315	\$ 12.588.662
1993	293	12,19	105,48	8,65	\$ 149.161,74	\$ 1.290.696	\$ 12.605.798
1994	323	14,93	105,48	7,06	\$ 200.083,81	\$ 1.413.586	\$ 15.219.609
1995	300	18,29	105,48	5,77	\$ 223.154,20	\$ 1.286.949	\$ 12.869.490
1996	330	21,84	105,48	4,83	\$ 315.469,00	\$ 1.523.611	\$ 16.759.721
1997	360	26,55	105,48	3,97	\$ 377.642,83	\$ 1.500.330	\$ 18.003.960
1998	360	31,23	105,48	3,38	\$ 562.731,25	\$ 1.900.637	\$ 22.807.644
1999	330	36,42	105,48	2,90	\$ 732.870,91	\$ 2.122.549	\$ 23.348.039
2000	331	39,79	105,48	2,65	\$ 315.557,67	\$ 836.517	\$ 9.229.571
2001	360	43,27	105,48	2,44	\$ 555.333,33	\$ 1.353.745	\$ 16.244.940
2002	30	46,58	105,48	2,26	\$ 545.000,00	\$ 1.234.148	\$ 1.234.148
Total días	4309				Total devengado actualizado a	2021	\$ 232.025.935,0
Semanas Cotizadas S.C.	615,57				Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.		\$ 376.927,7
					Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.		10,8%
					VALOR INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA a	2021	\$ 24.986.124

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	\$ 24.986.124
Total	\$ 24.986.124

d. Compatibilidad:

Así las cosas, falta por determinar si la indemnización sustitutiva pretendida de cara a los aportes realizados a COLPENSIONES resulta incompatible con la pensión de invalidez concedida mediante Resolución No 6084 del 30 de octubre del 2015 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sobre el punto de disidencia, es menester de la Sala recordar que de antaño la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha tenido la oportunidad de precisar que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy OLPENSIONES, es un mero administrador de las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, por tanto, dichos recursos no hacen parte del Tesoro Público, así mediante providencia del 27 de enero de 1995 radicado No. 7109, indicó:

“La filosofía del precepto constitucional que no permite la percepción de dos asignaciones del Tesoro Público o que provengan de empresas o de instituciones en que la participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra que la de impedir, por razones de moralidad y decoro administrativos, que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que perciben como sueldo, sea que tal asignación adicional revista el carácter de honorario, dieta o como quiera denominarse.

“Pero debe observarse que esa prohibición constitucional no puede extenderse a aquellos casos en los cuales no se vulnera esa norma, que tiende -se repite- a preservar la moral en el servicio público.

“El artículo 47 del D.L. 1650 de 1977 calificó al I.S.S. como Establecimiento Público (hoy Empresa Industrial y Comercial del Estado, artículo 1 D.L. 2148 de 1992). El I.S.S. fue creado por la ley 90 de 1946. En el artículo 16 de la citada ley, se adoptó un sistema de financiación Tripartita; trabajadores, empleadores y Estado. Dicha forma de financiación se varió con el Decreto Ley 433 de 1971, en cuanto a los aportes del Estado, por un "aporte anual que se señalará en los presupuestos de rentas y gastos de la Nación" (Literal e ibidem). Posteriormente se dictó el decreto ley 1650 de 1977, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 12 de ese mismo año, estableciéndose en el artículo 22 lo siguiente: "De los aportes de patronos y trabajadores. En los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportarán el sesenta y siete por ciento de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento.

“[...]

“Puede decirse, entonces, que el I.S.S. se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportaran asalariados y empleadores, con el compromiso de manejarlos; y por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que este otorgue provinieron del Tesoro Público.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“El Consejo de Estado, en fallo del 24 de marzo de 1983 expuso sobre el particular: “...Lo anterior exonera a la Sala de hacer el estudio sobre la naturaleza jurídica de las pensiones de jubilación acordadas por el Instituto de Seguros Sociales, que aunque últimamente configurado por establecimiento público, pagan las jubilaciones con recursos de origen privado, como son las cuotas obrero patronales, pues su financiación tripartita desapareció ante la peregrina tesis de que la mora en el pago extingue la obligación legal. Y no sólo los fondos son de derecho privado sino que los beneficiarios por lo menos en principio son trabajadores particulares.”

*“Con base en todas las reflexiones que se han dejado expuestas, se tiene que en el sub-examine, estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante de la Caja Nacional de Previsión Social y la que reclama ahora del Seguro Social, las que igualmente tienen un origen o concepto distinto, **pues la una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la que reclama del I.S.S. es por haber prestado servicios laborales a otra entidad, cotizando a dicho ente para el riesgo de vejez y los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles.”** (Resaltado fuera de texto)*

Criterio por demás asentado en un caso similar al presente, respecto de una docente que gozaba de una pensión del sector público y pretendía acceder a la devolución de saldos, incluyendo un bono pensional generado por aportes efectuados por tiempos cotizados en el sector privado y cotizados en su momento al ISS, tal como ocurre en el *sub examine*, tal como se expone en la sentencia SL 451- 2013, Radicación 41001 del 17 de julio de 2013, en la cual se indicó:

“Ahora bien, aunque la meta ideal del Sistema de Seguridad Social es que los bonos pensionales contribuyan, en principio, a la financiación de una pensión de vejez, pues lo deseable es que todas las personas adquieran una, como fruto de su trabajo, lo cierto es que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hacen parte de una reserva de propiedad del afiliado, que debe serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse. (...)

“Por lo mismo, la devolución de saldos debe ser pensada y entendida como una prestación alternativa a las pensiones, que busca compensar los intentos fallidos de pensión y cumplir de otra manera con los fines de la seguridad social, por lo que debe comprender todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado, que buscaban soportar financieramente su jubilación, como el bono pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Así las cosas, el Tribunal no entendió de manera errónea las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, cuando ordenó que dentro la devolución de saldos, debía incluirse el valor del bono pensional.

“En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

“En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

“En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.

“En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. Ha dicho la Sala:

[...] El debate sobre el carácter de los dineros con que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES paga las prestaciones que concede, hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, distinción que tampoco hizo el juez de la alzada, en desmedro de la posibilidad de acierto de la providencia gravada. Basta aludir al fallo de casación No. 24062, de 14 de febrero de 2005, en el cual se adoctrinó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*“Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el **afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir** de la misma manera, que **se sufragan con dineros del tesoro**, por las siguientes razones:*

“- El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

“- En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.

“En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública”. En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810.

*“Como conclusión, **no existía incompatibilidad** alguna entre la **pensión de jubilación oficial** reconocida a la demandante y la **pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social**, por lo que, tampoco existía alguna objeción para que, por esta razón, se dejara de incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos. (Resalta fuera de texto)*

Aunado a lo anterior, no se puede pasar por alto que así el demandante labore como docente en el sector público, tal situación no le eximia de la obligación forzada de realizar aportes al Sistema General de Pensiones, durante los interregnos en los cuales laborara en el sector privado, a contrario sensu, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha enfatizado en tal obligación, desde vieja data, por ello ya en la sentencia con Radicación 28164 del 19 de junio de 2018, indicó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La circunstancia de que la demandante se encontrara afiliada por cuenta de un Colegio oficial al sistema a cargo de la Caja Nacional de Previsión no exoneraba a la institución demandada de la obligación de afiliarla a la seguridad social, pues esa obligación es de carácter general y no estaba contemplada como excepción en el Acuerdo 049 de 1990 ni en las normas que la antecedieron. La regla allí consignada se limita a prescribir que los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje son afiliados forzosos. No consagra ese Acuerdo la incompatibilidad de que habla la institución demandada. En el mismo sentido, las normas citadas en su defensa por la demandada en la inspección judicial, artículo 134 del Decreto Ley 1650 de 1977 y el 57 del Decreto 3063 de 1989 no consagran esa excepción. (Folio 202).

“Importa anotar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, establece sobre el particular la posibilidad de acumulación de cotizaciones de los docentes que deban ser afiliados al Fondo nacional de Prestaciones del Magisterio, que además reciban remuneraciones del sector privado, para que sean administrados en ese fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, lo que corrobora la obligación de la demandada de efectuar cotizaciones a ese sistema por razón de la vinculación laboral de la actora. La alegación de que la profesora demandante solicitó que no se le efectuaran cotizaciones para el régimen de seguridad social no es admisible, pues los derechos que surgen de la seguridad social, al igual que los laborales, son irrenunciables. Y la alegación consistente en que el establecimiento educativo no tiene carácter de empresa tampoco es atendible, como que “empresa”, según se hallaba definida por el Código Sustantivo del Trabajo para la época de los hechos, es toda unidad de explotación económica, condición que sin duda reúne la entidad demandada al ejercer una actividad educativa con fines de lucro.”

Luego, siendo obligación del libelista realizar aportes a seguridad social en pensiones, por los periodos laborados en el sector privado, mal podrían desconocerse los mismos y los derechos que de estos emergen como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como lo es la indemnización sustitutiva hoy pretendida, por cuanto esta no terminaría financiando con los mismos recursos que confluyeron para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por el periodo laborado para la Secretaría de Educación del Distrito.

Conforme los argumentos expuestos, dimana lógico inferir que la decisión adoptada por el fallador de primer grado se encuentra ajustada a derecho, por lo cual será confirmada en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia. Se confirman las de primera instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:

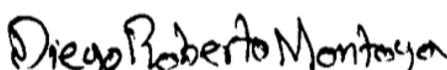
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio del 2021 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, declarando probada la excepción de petición antes de tiempo.

SEGUNDA: SIN COSTAS en esta instancia.

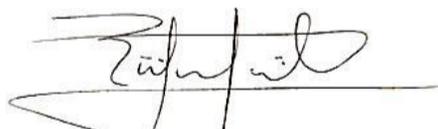
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 20 2019 00130 01
Demandante: JOSÉ ERENESTO HOYOS ALBARRACÍN
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida el 8 de abril de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses 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 JOSÉ ERNESTO HOYOS ALBARRACÍN formuló demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación que realizara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A.

Por consiguiente, se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado cotizante, al igual que se condene a PORVENIR S.A. a liberarlo de la base de datos, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES, así como al pago de costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 10 de marzo de 1955, y que ingresó a laborar a partir del 1º de octubre de 1966 con el empleador LA GRAN COLOMBIA por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Que se trasladó el 30 de noviembre de 1995 a PORVENIR S.A., por cuanto un asesor de dicha entidad le ofreció el beneficio de pensionarse a más temprana edad y la manifestación de que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, por lo que sus aportes se encontrarían en riesgo.

Que se le ofreció otra serie de beneficios tales como que el monto de la pensión sería más alto al que le otorgaría el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, pero sin indicársele el monto del capital requerido en la AFP, ni que el plazo para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida vencería cuando cumpliera la edad de 52 años.

Que se le manifestó que si al cumplir la edad no quería pensionarse, podría solicitar que le devolvieran el capital que tuviese acumulado a dicha fecha sin restricción alguna, sin que se le hubiese elaborado una proyección de su pensión en aras de evidenciar la diferencia de la prestación en cada régimen pensional, entre otras circunstancias de desinformación, concluyendo la indebida información para su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, indicando que nada tuvo que ver con el negocio jurídico celebrado entre la demandante y PORVENIR S.A., de ahí que se entienda que no existió injerencia alguna para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que la actora tomara la decisión de trasladarse, por lo que en caso de una eventual condena la llamada a responder es la AFP.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. argumentó que al momento del traslado de la demandante, como AFP se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, los cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda, puesto que esa información rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad, inicialmente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y más adelante por varias normativas legales y reglamentarias.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PROTECCIÓN S.A., integrada como litisconsorte necesario durante el transcurrir del trámite procesal, sostuvo que el 31 de mayo de 1997 la demandante presentó solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria a la antigua AFP COLMENA, momento en el que se le asesoró en debida forma, con una información clara, precisa y de fondo respecto a cualquier tipo de solicitud que realicen las personas que pretendan afiliarse o que ya se encuentren afiliadas, analizando las ventajas y desventajas al realizar el cambio de régimen pensional, lo cual se evidencia en la carta de validación de asesoría de la misma fecha.

Formuló las excepciones de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en PROTECCIÓN S.A., ejercicio oportuno al derecho de retracto en el año de 1997, inexistencia de la obligación de devolver la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, buena fe, compensación y genérica.

COLFONDOS S.A. también integrado como litisconsorte necesario, se allanó a las pretensiones en el entendido de no oponerse al anhelo del accionante de retornar del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, vinculación que se realizó por cuanto se acreditó que el demandante se afilió ante esta AFP el 30 de noviembre de 1995.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de abril de 2021 declaró la ineficacia de la afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante COLFONDOS S.A. el 30 de noviembre de 1995, así como los traslados horizontales del 30 de mayo de 1997 a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., el traslado por fusión del 1º de abril de 2000 de COLMENA a la AFP ING, el traslado del 3 de septiembre de 2001 a la HORIZONTE y finalmente el traslado por fusión el 1º de enero de 2014 a PORVENIR S.A.

Igualmente declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES, condenando a su vez a PORVENIR S.A. y a las demás AFP, a devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones del actor, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES, y bonos pensionales si los hubiese, a su respectivo emisor.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les atañe a las AFP como carga probatoria el demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, hubiesen brindado una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen, así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

derechos pensionales de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto por parte de COLFONDOS S.A.

De tal manera, que no al haberse acreditado el cumplimiento del deber de información procedía la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual apareja como consecuencia la devolución de todos los emolumentos causados en virtud de la afiliación en Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó que no se acreditaron vicios del consentimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 1740 del Código Civil, y por tratarse de un punto de derecho no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y las AFP accionadas.

Que en lo que respecta a la carga de la prueba, se tiene que el artículo 167 del C.G.P. la estipula en cabeza del demandante. También debe tenerse en cuenta lo atinente a la descapitalización del sistema, pues nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados, por ende, la decisión implica que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se descapitalizaría.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Así mismo, 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 el 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso el demandante tuvo afiliaciones de la siguiente manera: (i) el que efectuó el actor a COLFONDOS S.A. el 30 de noviembre de 1995, (ii) el que realizara ante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLMENA – hoy PROTECCIÓN S.A. el 30 de mayo de 1997, (iii) el traslado por fusión del 1º de abril de 2000 de COLMENA a la AFP ING – hoy PROTECCIÓN S.A., (iv) el traslado del 3 de septiembre de 2001 a la AFP HORIZONTE – hoy en día PORVENIR S.A., y (v) el traslado por fusión del 1º de enero de 2014 a PORVENIR S.A.

Formulario inicial 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 el accionante no confesó que se le haya suministrado la información necesaria por parte de COLFONDOS S.A., primera AFP en la que estuvo afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por el contrario, siempre manifestó la carencia de la misma, máxime si fue enfático en resaltar que la encartada no le brindó información respecto de las diferencias de cada régimen pensional, ni las ventajas ni desventajas de los mismos, tanto así, que COLFONDOS S.A. al haberse allanado a las pretensiones no controvertió los dichos del demandante.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia en declarar la ineficacia del traslado, ya que atendiendo el criterio jurisprudencial sobre la carga de la prueba que le asiste a las AFP en demostrar una debida información al momento del traslado de un régimen pensional a otro, aspecto que no se logró demostrar dentro del presente asunto.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, incluidos los gastos de administración, la Corte Suprema



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las 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 las cargas que tiene que asumir la 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; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa ni descapitalización del sistema como lo alude COLPENSIONES.

De otra parte, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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:

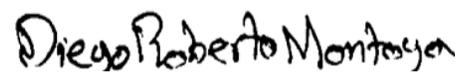
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 8 de abril de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

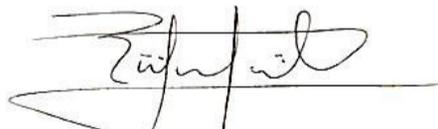
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 22 2018 00437 01
Demandante: ALBA MARIELA BARBOSA TRIVIÑO
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDO S.A. Y
OLD MUTUAL S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por PORVENIR S.A., COLPENSIONES y OLD MUTUAL S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de mayo del 2021.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello 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:

La señora ALBA MARIELA BARBOSA TRIVIÑO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR S.A con el objeto de que se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó el 1° de septiembre de 1999.

En consecuencia, se ordene a las demandadas realizar las gestiones administrativas tendientes a anular el traslado y en consecuencia se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual; a COLPENSIONES a recibir a la demandante sin solución de continuidad y que proceda a corregir y actualizar la historia laboral. Se declare que para todos los efectos la única afiliación válida fue la realizada el 28 de enero de 1981 AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y se condene a las demandadas a lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 16 de agosto de 1960, se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 28 de enero de 1981; el 1º de septiembre de 1999, mientras se encontraba adscrita a la Escuela de Ingeniería se trasladó a PORVENIR S.A., quien aduce no le suministró la información suficiente, por lo que solo posteriormente pudo corroborar que el monto de su pensión le resulta más beneficiosa en COLPENSIONES.

Precisa que el 15 de diciembre del 2017, elevó un derecho de petición ante las AFP en aras de obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación, pero dichas solicitudes fueron desatadas de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. al momento de contestar la demanda, se opuso a las pretensiones y explicó que al momento del traslado del demandante se le brindó la información suficiente por parte de los asesores.

Propone como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y la genérica.

COLPENSIONES en su escrito de contestación de la demanda, presentó su oposición a las pretensiones, toda vez que en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hizo incurrir en error al libelista.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Con auto del 25 de septiembre del 2019 se dispuso la vinculación de OLD MUTUAL S.A. (Fl 149), quien al operar la *litis contestatio* indicó que no se opone a las pretensiones en tanto están dirigidas contra otra persona jurídica y que en todo caso la promotora no se encuentra vinculada en la actualidad para dicha entidad.

Propone como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de la sentencias invocadas, prescripción y la genérica.

COLFONDOS S.A. a su turno al momento de contestar la demanda, por cuanto indica que carecen de fundamento fáctico y jurídico, pues no se aportaron elementos probatorios que permitan demostrar que la afiliación a la AFP bajo algún vicio del consentimiento.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivo de un tercero, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 14 de mayo del 2021 declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del 22 de julio de 1999, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, ordenó a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A. a remitir a COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la afiliación al fondo, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Lo anterior por cuanto consideró que a la demandad 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.

Finalmente, que la ineficacia implica la devolución de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, así como de los gastos de administración cobrados por las AFP.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* PORVENIR S.A presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se debe revocar la sentencia proferida teniendo en cuenta que no había un deber de información según la Circular



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

emitida en el año 1998, en tanto para ese momento solo se requería que la voluntad quedara expuesta en el formulario de afiliación, por manera que cumplió con las obligaciones a su cargo y la permanencia de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es una decisión propia.

En ese orden de ideas, no se le puede exigir el aportar documentos que para la fecha no debía expedir, tales como la proyección pensional, además se debe tener en cuenta que la AFP cumplió con las exigencias normativas exigidas para dicha data y de forma verbal, pues fue solo hasta el 2014 que se dispuso que las AFP deban brindar una asesoría con el aporte de documentos.

Finalmente, que no se puede ordenar la devolución de gastos de administración, pues la Ley 100 de 1993 estipula que se debe descontar dicho rubro y la Superintendencia Financiera emitió concepto en el que indica que en caso de ineficacia del traslado, tan solo se deben devolver los recursos de la cuenta de ahorro individual, ello en tanto ordenar la devolución de gastos de administración comporta un enriquecimiento sin justa causa.

Por su parte, OLD MUTUAL S.A. presenta recurso de apelación en torno a que se ordene la devolución de gastos de administración, pues estos tienen destinación específica establecida en la Ley 100 de 1993, por lo cual, el hecho de disponer una devolución a COLPENSIONES genera un enriquecimiento sin justa causa.

COLPENSIONES a su turno solicita la revocatoria de la providencia en tanto no comparte la interpretación del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en tanto implica atentar contra el principio de solidaridad, ello al considerar que la demandante no cotiza en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hace más de 10 años, y su descontento con el mundo de la mesada pensional, no se puede implicar el incumplimiento del deber de información.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la demandante a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS del 23 de julio de 1999, hoy PORVENIR S.A. (Fl 19), a COLFONDOS S.A. del 22 de julio del 2009 (Fl 97) y a SKANDIA S.A., hoy OLD MUTUAL S.A. en el que consta que se afilió el 8 de agosto del 2008 (Fl. 93), formularios que si bien refieren 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 suministrado la información. Por el contrario, sostuvo que el traslado en de régimen pensional suscrito en el año 1999, se dio porque trabajaba en la Escuela Colombiana de Ingeniería, donde llagaron varios asesores y le preguntaron en donde estaba afiliada, ella contestó que en el ISS y que llevaba 19 años, pero ella le indicó que el ISS estaba mal económicamente a punto de quiebra y por eso todo el mundo se estaba trasladando, pues si seguía allí perdería todas las cotizaciones realizadas y que ellos le podían ayudar a recuperar las mesadas, para obtener una pensión acorde a sus semanas y como le daba miedo perder sus cotizaciones decidió trasladarse.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”.

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 previsionales, 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 virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las 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 las cargas que tiene que asumir la 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, 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 la sentencia 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;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

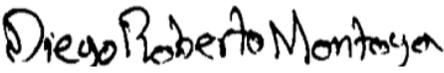
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de mayo del 2021 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 24 2018 00465 01
Demandante: JOSÉ LIZANDRO RODRÍGUEZ CASTELLANOS
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, por cuanto la sentencia proferida el 16 de junio de 2020 fue adversa a las pretensiones endilgadas por el actor, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.S.T.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

JOSÉ LIZANDRO RODRÍGUEZ CASTELLANOS formuló demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se reconozca y pague pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento de su hermana ANA MARINA RODRÍGUEZ CASTELLANOS, a partir de la fecha del deceso de ésta última.

Asimismo, se le condena a la encartada al pago de intereses moratorios, indexación, lo que resulte probado de manera *ultra y extra* petita y costas procesales.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que su hermana ANA MARINA RODRÍGUEZ CASTELLANOS (q.e.p.d.) nació el 26 de mayo de 1952 y falleció el 25 de agosto de 2014, la cual solicitó pensión de vejez ante COLPENSIONES, otorgándose la misma mediante Resolución No. 363187 de 2014 a partir del 1º de octubre de 2014, esto es, dos meses posteriores a su fallecimiento.

Que el demandante en el año de 1994 padeció de un aneurisma cerebral media izquierda, del cual le quedaron secuelas y como consecuencia de ello no pudo volver a trabajar y velar por su sustento.

Por tal razón, desde el año de 1994 ANA MARINA RODRÍGUEZ CASTELLANOS convivió de manera permanente con él hasta su fallecimiento, aunado a que la fallecida era quien le ayudaba con las diligencias de pagos, retiros de dinero y le suministraba el sustento económico y la vivienda.

Seguidamente, relató que solicitó el 29 de noviembre de 2017 ante la encartada solicitud de pensión de sobrevivientes, prestación que fue negada por la entidad a través de diferentes actos administrativos, a pesar de ostentar los requisitos legales para ser merecedor del derecho aquí perseguido.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que el demandante no acreditó de manera alguna que dependiera económicamente de su hermana, pues si bien refiere un estado de invalidez, tal aspecto no es óbice para determinar que su hermana era quien solventara sus gastos.

Formuló las excepciones denominadas falta de causa para pedir y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

EL Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de junio de 2020 absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probada la excepción de falta de causa para pedir.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que conforme da cuenta el Registro Civil de Defunción, la causante ANA MARINA RODRÍGUEZ CASTELLANOS falleció el 25 de agosto de 2014, por lo que dispuso que la norma a aplicar a efectos de decidir la controversia corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, que fuesen modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Igualmente, precisó no ser objeto de reproche que a la causante ANA MARINA RODRÍGUEZ CASTELLANOS le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución GNR 363187 de 2014, por reunir los requisitos exigidos en el Decreto 758 de 1990, prestación que se otorgó a partir del 1º de octubre de 2014 en la suma de \$616.000.

Asimismo, sostuvo que dentro del plenario se demostró el parentesco de hermano que ostentó el aquí demandante para con la fallecida como se denotó de los respectivos Registros Civiles de Nacimiento.

Que atendiendo la norma en mención, el demandante no logró acreditar una invalidez en los términos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca emitió dictamen el 12 de enero de 2017 mediante el cual se le determinó una pérdida de capacidad laboral de origen común del 10.90%, de ahí que no hubiese podido ostentar el primer requisito para la adquisición de la prestación.

De otro lado, sostuvo que el demandante tampoco logró acreditar el requisito de la dependencia económica de su hermana fallecida, como quiera que tanto de las documentales, testimoniales e interrogatorio surtido en el transcurrir del trámite procesal, no se demostró que en efecto la señora ANA MARINA RODRÍGUEZ CASTELLANOS hubiese sido quien suministrara en todo momento la manutención del señor JOSÉ LIZANDRO RODRÍGUEZ CASTELLANOS.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, toda vez que la sentencia por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá fue absolutorio y no fue apelado, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

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 establecerse si al aquí demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes alegada, en virtud del fallecimiento de su hermana señora ANA MARINA RODRÍGUEZ CASTELLANOS.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que a la causante ANA MARINA RODRÍGUEZ CASTELLANOS mediante Resolución GNR 363187 del 13 de octubre de 2014, COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez en los términos preceptuados en el Decreto 758 de 1990, prestación que le fue reconocida a partir del 1º de octubre de octubre de 2014 en cuantía inicial de \$616.000, según se desprende de la referida resolución allegada en el expediente administrativo.

Tampoco el hecho que la señora ANA MARINA RODRÍGUEZ CASTELLANOS falleció el 25 de agosto de 2014, como da cuenta el Registro Civil de Defunción (Fl. 8), ni que la fallecida y el aquí demandante fuesen hermanos según lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

acreditan los Registros Civiles de Nacimiento que certifican que son hijos de los señores SEGUNDO IPIMENIO RODRÍGUEZ y JULIA CASTELLANOS (Fls. 10 y 11).

Así las cosas, procede la Sala a resolver el derecho pensional deprecado por el demandante, por lo que al haber fallecido la señora ANA MARINA RODRÍGUEZ CASTELLANOS el 25 de agosto de 2014, el estudio de la prestación deberá analizarse a la luz de lo preceptuado en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, los cuales fueron modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

En tal sentido, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 preceptúa:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 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 y se acrediten las siguientes condiciones:*

Para el caso que nos ocupa, el actor alega la pensión de sobrevivientes en calidad de hermano de la causante, por lo que el literal d) del artículo 47 de la normativa en mención dispone:

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“[...]

“e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de este.

En atención de la disposición normativa en comento, claro es para la Sala que para la procedencia del derecho de sobrevivencia para hermanos, deben ostentarse dos requisitos como lo son (i) la condición de hermano inválido y, (ii) la dependencia económica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así Las cosas, la condición de inválido se contempla en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 que a la letra reza:

“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.”

Frente a este primer tópico, en el *sub-examine* se aprecia que el demandante señor JOSÉ LIZANDRO RODRÍGUEZ CASTELLANOS allegó dictamen de calificación que le emitiera la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA el 12 de enero de 2017 donde se le determinó una pérdida de capacidad laboral de origen común y una calificación porcentual del 10.90%, cuya fecha de estructuración sucedió en el año de 1994 (Fls. 22 a 24).

Así las cosas, atendiendo el requisito de la pérdida de capacidad laboral, claro es para la Sala que el mismo no se acreditó en el plenario, pues resulta claro que el actor no ostenta la condición de inválido en tanto no acreditó una discapacidad del 50% o superior. Al respecto, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL14844-2021, Radicación No. 59763 del 29 de octubre de 2014, realizó un pronunciamiento de la importancia de este requisito para la procedencia del derecho de sobrevivencia, atendiendo la postura de la Corte Constitucional:

“La expresión «hermanos inválidos» fue estudiada por la Corte Constitucional, en la sentencia C-896 de 2006, en la que se declaró su exequibilidad fundada principalmente en que la misma no violentaba el principio de igualdad y que era perfectamente posible que conforme la libertad de configuración legislativa se fijaran las condiciones de acceso de los eventuales beneficiarios que buscaban la salvaguarda ante la desprotección y la pobreza, como desarrollo del principio de solidaridad contenido en el sistema.

“En dicho pronunciamiento de constitucionalidad, y en torno al problema jurídico que aquí se plantea, esto es la posibilidad de otorgar la prestación de sobrevivientes, únicamente con la comprobación de la dependencia económica de la hermana, eximiéndose para el efecto de la invalidez, se estimó que así como se requería a los cónyuges o compañeros acreditar el cumplimiento de los 30 años de edad, para acceder a la pensión vitalicia, o la convivencia en los 5 años anteriores al deceso y a los hijos del causante ser estudiantes y tener sujeción económica, o una invalidez previa, la exigencia para los hermanos no resultaba inequitativa, pues respondía a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la ampliación del concepto de familia, pero además atendía a criterios básicos de sostenibilidad.”

Bajo este escenario de entrada, se puede advertir que el demandante no es merecedor del derecho pensional perseguido.

Ahora, la negativa de este derecho se reafirma más aún en el hecho de que el demandante tampoco logró acreditar el segundo requisito contemplado en la norma, esto es, el de la dependencia económica de su hermana ANA MARINA RODRÍGUEZ CASTELLANOS (q.e.p.d.), como pasa a analizarse.

En el transcurrir del trámite procesal se recaudó el testimonio de la señora AURORA COLLAZOS quien manifestó que es madre soltera y ama de casa. Expuso que conoce al demandante aproximadamente hace 25 años ya que son vecinos, resaltando a su vez que en la actualidad el actor convive con su cónyuge.

Que cree saber que el demandante tiene dos hijos, aunado que para el año 2014 el actor vivía con su cónyuge, sus dos hijos y una hermana de nombre MARINA, última quien era la que sostenía al señor JOSÉ LIZANDRO RODRÍGUEZ CASTELLANOS.

Indicó que la hermana del demandante tuvo un percance de salud y por ello no pudo continuar sosteniendo el hogar, puntualizando tener conocimiento que la hermana del demandante era la que sostenía el hogar ya que al ser vecinos ella como declarante iba a visitar al actor. Que tiene conocimiento que la cónyuge del demandante no trabajaba puesto que se dedicaba al cuidado del actor, pero al preguntársele por el nombre manifestó no recordarlo.

Que la última vez que visitó al demandante su hermana había fallecido tiempo atrás, exponiendo que el actor y su cónyuge se fueron a cuidar una finca aproximadamente hace 6 años, pero que antes de eso lo visitaba en un periodo regular cada 8 días. Que el demandante tuvo un percance cerebral, por lo que tuvo que permanecer en tratamiento, de ahí que tanto su cónyuge como su hermana fallecida debían cuidarlo, y era su hermana la que mantenía el hogar. No recordó el nombre de los hijos del demandante.



Reiteró que la hermana fallecida del demandante era la que le suministraba el alimento y le colaboraba con las necesidades mínimas del hogar, sosteniendo tal dicho por cuanto adujo que vio a la fallecida en tres ocasiones llevando mercado al hogar y comprándole medicinas al demandante. No recordó el año en que el actor sufrió el percance de salud.

Expresó que la señora MARINA trabajaba y por ese motivo venía a velar por el hermano cada quince días. Que el demandante siempre ha convivido con su esposa y no tienen conocimiento de la edad que los hijos de éste tienen en la actualidad. Que el demandante le comentó que era su hermana quien pagaba los servicios del hogar, e incluso el estudio de sus hijos y la medicina que se necesitara.

Por último, indicó tener conocimiento que la causante trabajaba en servicio doméstico, y que el actor después de fallecida su hermana no pudo seguir trabajando en razón de su quebranto de salud.

El testigo GREGORIO CERÓN expuso que en la actualidad es comerciante de panela. Que es amigo del demandante aproximadamente hace veintidós años ya que eran vecinos de barrio.

Expuso que el núcleo familiar del actor se conforma por cuatro hijos y su cónyuge, sin conocer el nombre los hijos y que la cónyuge cree saber que se llama ANA. Que la hermana del demandante de nombre MARINA tuvo un percance de salud y falleció sin saber la fecha exacta de su deceso.

Que la hermana fallecida del demandante convivía en el hogar de este los fines de semana por cuanto trabajaba en una casa de familia, que no tenía hijos y no era pensionada. Expuso saber que la hermana del actor era la que le colaboraba económicamente pues así se lo manifestó el demandante, y en algunas ocasiones vio que la fallecida le llevaba mercados.

Que la cónyuge del demandante era ama de casa, sin saber si laboraba. Que el demandante vivía con sus hijos, cónyuge y hermana. No conoce cuanto devengaba la fallecida señora ANA MARINA.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que después de fallecida la causante el demandante se trasladó con su familia a una finca que está cuidando, sin que conozca de manera precisa la calidad de vida del actor en el aspecto económico. Que el demandante nunca le manifestó en qué trabajaba. Que nunca tuvo trato con causante, así como que los hijos en la actualidad tienen aproximadamente veintidós o veintitrés años.

El demandante sostuvo en su interrogatorio de parte que su percance de salud fue hace veintiséis años, más exactamente en el año de 1994. Que con posterioridad a 1994 su hermana le realizó aportes pensionales a efectos de obtener una posible pensión de vejez, al igual que le abrió una cuenta en el Banco Sudameris dejándolo como beneficiario.

Que antes de sufrir el padecimiento de salud trabajaba en una empresa de seguridad, y cree que cuando se retiró lo desvincularon en lo que respecta a los aportes al sistema de seguridad social integral, sin saber la fecha precisa en que lo desvincularon. Que después de su afectación de salud trató de seguir laborando en vigilancia, pero no pudo continuar en ello.

Que tiene cuatro hijos de nombres JOSÉ que tiene 26 años, ANDREA de 26 años, MAIKOL de 13 años y DANIEL de 6 años, y que su esposa se llama ANA BELTRÁN PINTO quien nunca laboró por cuidarlo a él. Que su hermana era la que les suministraba el sustento económico.

Que en la actualidad viven en una finca y es su hija quien les colabora económicamente, y que con posterioridad al fallecimiento de su hermana el hogar se sostuvo debido al CDT que le dejó en el Banco Sudameris. Que su hermana se ganaba para la época de su deceso la suma de \$500.000 y era empleada del servicio en una casa.

Que antes de sufrir el derrame cerebral en el año de 1994 él trabajaba en la vigilancia, y después de ese suceso trató de trabajar un año más, pero por su salud no pudo continuar con sus labores. Que su hermana también suplía los gastos de sus hijos.

Como se puede apreciar, los testimonios rendidos por AURORA COLLAZOS y GREGORIO CERÓN, de sus dichos no se puede dilucidar el requisito de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dependencia económica, pues a pesar de advertir que son amigos del demandante por más de veinte años, desconocieron situaciones mínimas de la vida del actor.

Nótese que la señora AURORA COLLAZOS ni si quiera supo cuántos hijos tuvo el demandante, como tampoco cuál era el nombre de la cónyuge, por lo que esta Colegiatura puede concluir un desconocimiento total del núcleo familiar que envolvía al actor.

De otra parte, el señor GREGORIO CERÓN expuso que si bien la fallecida señora ANA MARINA era la que sostenía económicamente tanto al actor como su núcleo familiar, al punto de que la causante incluso era la que se encargaba del pago de servicios y manutención del hogar, tal situación la supo por cuanto fue el mismo demandante quien en alguna oportunidad se lo manifestó, lo que lo convierte en testigo de oídas al no tener un conocimiento directo de los sucesos.

Al unísono, debe resaltarse que a pesar de que la señora AURORA COLLAZOS y el señor GREGORIO CERÓN expusieron que en algunas ocasiones vieron que la causante era quien llevaba mercados al hogar, esa situación no implica determinar que en efecto existió una dependencia económica de la fallecida para con el actor, pues se itera, existió un desconocimiento del núcleo familiar del señor JOSÉ LIZANDRO RODRÍGUEZ CASTELLANOS.

También debe tenerse en cuenta que el demandante expuso en el interrogatorio de parte rendido que después de un derrame cerebral sucedido en el año de 1994 trató de laborar pero por su salud no lo pudo hacer, aspecto que se contradice con la realidad procesal, toda vez que según lo acredita el expediente administrativo arrimado por COLPENSIONES, el señor JOSÉ LIZANDRO continuó una vida laboral por lo menos hasta el año 2000 con el empleador SEGURIDAD BURNS DE C, lo que da cuenta que no existió la dependencia económica alegada.

Así las cosas, y al no haberse acreditado los requisitos para el reconocimiento del derecho pensional, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:

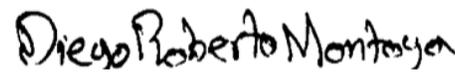
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 16 de junio de 2020 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

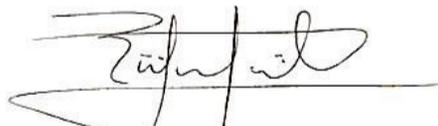
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 25 2014 00115 02
Demandante: JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAUJO
Demandado: OLGA LUCÍA GALLEGO BENDEK
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAUJO formuló demanda ordinaria laboral en contra de la señora OLGA LUCÍA GALLEGO BENDEK, con la finalidad que se declare que celebraron un contrato de mandato de prestación de servicios profesionales de abogado, por el periodo comprendido entre el 4 de octubre de 2012 y el 25 de abril de 2013, de manera ininterrumpida y con dedicación casi exclusiva, vínculo que finalizó por decisión unilateral de la demandada.

Igualmente, se declare que el mandato perduró hasta que se obtuvo el acuerdo conciliatorio y la transacción a favor de la demandada por la suma de \$9.000.205.000.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la encartada a solucionar por concepto de honorarios de abogado la suma de \$450.010.250, valor que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

corresponde al 5% del valor obtenido en la transacción a favor de la demandada, más la indexación, intereses de mora en los términos del artículo 1617 del Código Civil desde el 25 de abril de 2013 hasta que se verifique el pago, así como costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, sostuvo que el 4 de octubre de 2012, por petición de la demandada, como abogado y domiciliado en la ciudad de Miami – Florida, y Presidente de la firma ESCOBAR & ABOGADOS ADOCIADOS, fue contratado para que le brindara asesoría jurídica en derecho de familia en este país, la cual tenía por objeto adelantar el trámite cesación de los efectos civiles de su matrimonio católico contraído por la demandada y el señor LUIS E. URIBE RANGÉL, junto con la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, privilegiando en lo posible una transacción entre los cónyuges, de ahí que como abogado aceptara la representación judicial de la encartada en Colombia.

Que dicha aceptación de representación le fue comunicada al cónyuge de la demandada señor LUIS E. URIBE RANGÉL por conducto del abogado RICARDO E. PINES el día 11 de octubre de 2012, a lo cual el cónyuge de la demandada dio respuesta al profesional de la firma RICARDO E. PINES el 26 de octubre de 2012, informando su anuencia a efectos de intentar un arreglo. Fue por ello que el 30 de octubre de 2012 la demandada le envió por correo certificado y debidamente legalizado dos poderes originales, uno dirigido al Notario del Círculo de Bogotá – reparto, y otro al Juez de Familia de Bogotá – reparto, para que llevara su vocería y representación, bien fuera para obtener por vía judicial o extrajudicial la cesación de los efectos civiles de su matrimonio religioso, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, adelantar la conciliación o transacción correspondientes y en general, todas las acciones que se consideraran conducentes para dicho fin.

Que dentro de las instrucciones claramente determinó la demandada que en primer término y en lo posible se llegara a una transacción por el valor más favorable para ella, en el entendido que la sociedad conyugal poseía cuantiosos bienes, al igual que en reunión llevada a cabo con la encartada, se acordó formal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y oficiosamente la prestación de los servicios profesionales como abogado, pactándose el 5% de la suma que se obtuviera a favor de la pasiva, bien fuera por su gestión judicial o extrajudicial, los cuales se causaron con la obtención del acuerdo pertinente.

Adicional a lo anterior, la demandada lo autorizó de manera expresa para contratar los servicios del abogado norteamericano en lo relativo a los estudios y revisión de los documentos de los fideicomisos que se encuentran en el exterior, la revisión de las escrituras de las compañías americanas y las compañías panameñas, entre otras facultades, situación de pago de honorarios que quedó corroborada mediante correo electrónico que la demandada le remitiera, modificando el acuerdo inicial en cuanto a quién debía pagar los honorarios, condicionándolos para que fuese el señor LUIS E. URIBE RANGÉL quien los cancelara, así como el de los abogados RICARDO E. PINES y JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO, la firma ARAÚJO IBARRA y el Bufete de abogados tributaristas que llevarían a cabo una investigación, por cuanto en su concepto su cónyuge accedería a la mayor parte del patrimonio de la sociedad.

Que aun cuando en principio no compartió dicha decisión, se la comunicó a los abogados JAIME LOMBANA VILLALBA y GRACIELA RINCÓN MARTÍNEZ, quienes después de consultarlo con su cliente, comunicaron que no tenía inconveniente en incluir los honorarios de los dos profesionales mencionados, más no así los de la firma ARAÚJO IBARRA y la de los abogados tributaristas, por cuanto consideraba innecesaria su labor, no obstante, la aquí demandada decidió unilateralmente dar por terminado el mandato, reasumiendo su compromiso del pago de los honorarios profesionales, solicitándole le enviara la factura correspondiente.

Que la demandada nunca objetó el valor de los honorarios, por lo que le remitió vía correo electrónico la cuenta de cobro No. 126 del 25 de abril de 2013 por la suma de \$460.250.000, la cual incluye el valor de los servicios profesionales y la asesoría prestada por el buffet de abogados de Miami – Florida, expertos en la legislación de USA, en relación con los bienes, fideicomisos, y demás activos que ascienden a \$201.400.000, honorarios que se causaron a pesar de que la encartada resolvió finalmente no aceptar lo convenido, pues tanto el dinero que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se le iba a entregar como los documentos a firmar estaban a su disposición, y lo único que impidió la realización de la transacción fue la decisión unilateral de la demandada.

Continuó argumentando la gestión realizada y los innumerables esfuerzos tendientes a efectivizar la transacción por valor de \$9.000.205.000, suma que le fue muy benéfica a la demandada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada señora OLGA LUCÍA GALLEGO BENDEK contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que para el mes de octubre de 2012, ante la necesidad de obtener la cesación de los efectos civiles de su matrimonio católico, le otorgó poder especial al demandante para que iniciara y llevara hasta su terminación proceso de disolución y liquidación de su sociedad conyugal que tenía con el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL.

Que por tal razón, le otorgó al demandante un segundo poder dirigido al Notario del Círculo de Bogotá, poderes que llevaban un mandato en los términos del artículo 2142 del Código Civil, en el sentido que le confió al demandante la gestión de una demandada dada su facultad de abogado litigante ante los Jueces de Familia.

Adicionó que el demandante antes de cumplir el mandato, direccionó su labor a gestiones no contratadas como lo fue la de discutir en algunas reuniones sobre los bienes de compañías extranjeras y patrimonios autónomos de los hijos del señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL, conversaciones con abogados del señor URIBE RANGÉL, y su única gestión era ante el Juez Colombiano para dirimir matrimonio, disolver y liquidar la sociedad conyugal, transcurriendo un término de seis meses desde el otorgamiento del poder hasta la renuncia del mismo, sin que el abogado hubiese desplegado gestión alguna ni haber iniciado demanda.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sostuvo que debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 2155 del Código Civil, la responsabilidad del demandante en calidad de abogado, lo es hasta de culpa leve en el cumplimiento de su encargo, por lo que incumplió la gestión encomendada al no haber presentado las demandas para las cuales se le contrató, ni haber logrado disolución y liquidación de la sociedad conyugal, máxime si el actor describe gestiones sobre bienes en el exterior, pero en parte alguna se hace mención o descripción de cuáles bienes, cuáles activos y sobre qué valores, pues tan solo se presentan sin seriedad algunas cifras exorbitantes e ilusorias las cuales no gozan de fundamento.

Formuló las excepciones de contrato no cumplido – *non adimpleti contractus*, ilegitimidad de persona para comparecer al proceso, y desproporcionalidad en los honorarios pedidos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de marzo de 2021, declaró la existencia de un contrato de mandato - prestación de servicios profesionales de abogado, entre JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAUJO y OLGA LUCÍA GALLEGO BENDEK, en virtud del contrato celebrado de manera verbal entre las partes, el cual tuvo como fecha de inicio el 30 de octubre de 2012 y como fecha final por revocatoria de poder a cargo de la demandada el 25 de abril de 2013.

Igualmente, condenó a la demandada al pago de \$34.523.988 por concepto de honorarios profesionales, absolviéndola de los intereses moratorios pretendidos y condenándola en costas en la suma de \$1.380.000 a favor del demandante.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que dentro del plenario no obra contrato escrito de prestación de servicios suscrito entre las partes, no obstante, tuvo en cuenta los poderes que inicialmente fueron otorgados por la demandada al demandante en calidad de abogado el 30 de octubre de 2012, en los cuales se consigna que fueron concebidos al Juez de Familiar de Reparto de Bogotá y otro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ante la Notaría del Círculo de Bogotá, poderes que fueron autenticados ante el Cónsul de Colombia en Miami – Estados Unidos.

Que los poderes conferidos tuvieron como finalidad iniciar y llevar hasta su terminación la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, así como la cesación de los efectos civiles de matrimonio católico, y de ser posible, por un acuerdo entre las partes de conformidad con lo establecido en el Decreto 4436 de 2005 y la Ley 962 de 2005.

Seguidamente, expuso que del caudal probatorio acreditado al plenario se puede evidenciar las gestiones y trámites adelantados por el demandante señor JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO a favor de la demandada como consecuencia de los poderes otorgados por la misma, donde quedó demostrado que la encartada desde el inicio de la asesoría profesional prestada por el accionante y conforme a la relación de los hechos de la demanda, siempre insistió y expresó su voluntad al profesional del derecho de realizar un acuerdo conciliatorio tal como quedó consignado en los múltiples correos cruzados entre las partes del juicio, en los que se reiteró procurar una conciliación de mutuo acuerdo en el trámite de la disolución conyugal, previo a iniciar cualquier acción judicial ante los Juzgados de Familia.

Que dicha conclusión también se apoya en las pruebas testimoniales surtidas en juicio, así como de las múltiples reuniones que se presentaron entre las partes y entre los abogados de la contraparte, en pro de buscar dicha conciliación o acuerdo extra proceso, al igual que se pudo corroborar la elaboración de los proyectos de acuerdos de conciliación que hubiera presentado el demandante a favor de su representada, las aceptaciones, nuevas condiciones, nuevas propuestas o fórmulas de arreglo planteadas por la misma accionada, entre otras manifestaciones que quedaron plasmadas en los correos cruzados entre las partes.

Es así que coligiera que la demandada tenía interés en todos los trámites que se realizaran a su favor y que lo fueran de manera conciliada o transada con el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL desde el momento en que concedió los poderes al aquí demandante, y que pese a que estos no fueron utilizados para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los trámites notariales o ante la Jurisdicción de Familia, ello no quiere decir que el demandante no desplegó unas arduas investigaciones en pro de los intereses y derechos que le pudieran asistir y favorecer a la demandada, quien por demás y de manera sorpresiva, revocó los poderes conferidos al profesional del derecho, por lo que no es dable desconocer las labores desempeñadas por el actor en su calidad de abogado.

En lo que respecta al monto de los honorarios, indicó el *a-quo* que si bien es cierto que el actor logró demostrar las gestiones realizadas como abogado, no probó que dichas gestiones hubiesen ascendido a la suma pretendida, pues lo que realmente quedó probado dentro del proceso fue el acuerdo conciliatorio suscrito entre la pareja, sin que en ese acuerdo figure el demandante como abogado de la demandada sino otro profesional del derecho, por lo que al no existir prueba alguna que confirme lo aducido por el actor, no es dable calcular el 5% de la suma presuntamente acordada por concepto de honorarios.

Lo anterior, conllevó a que el fallador de instancia se apoyara en las tarifas de honorarios profesionales de la Corporación Colegio Nacional de Abogados CONALBOS 2020-2021, aprobada por la Resolución 001 de enero de 2020, argumentando que para la tasación tuvo en cuenta ciertos aspectos tales como la naturaleza del negocio, la cantidad, la calidad y la intensidad de la gestión profesional desplegada por el litigante experto en la materia en el área de Familia y la complejidad del asunto, todo ello bajo el entendido que la labor del abogado es de medio y no de resultado, concluyendo además que los honorarios se pactaron a cuota litis, pues ello se deduce cuando no se cancela suma alguna antes o durante el proceso, o trámite adelantado por parte del abogado de cara a su cliente.

No reconoció el pago de los intereses moratorios como quiera que, pese a no existir contrato escrito de prestación de servicios, se desconoce si los mismos fueron pactados de manera verbal por las partes.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Adujo que dentro del proceso está ampliamente demostrado que entre la demandada y el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL se llegó a un acuerdo conciliatorio en el año 2013 por valor de \$9.000.205.000, el cual se logró como consecuencia del trabajo y diligencia que desarrolló como abogado, más aún si en inicio se había dispuesto entregarle a la demandada la suma de \$350.050.000.

Eso significa que la diferencia entre los \$350.050.000 y los \$9.000.205.000 denota la labor desempeñada como abogado, acuerdo que fue avalado por ambas partes y realmente se frustró únicamente por la decisión caprichosa de la demandada, quien cambió las condiciones inicialmente pactadas. Que dentro del proceso está demostrado que el patrimonio real del señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL ascendía a una suma superior a los \$USD700.000.000 que quedó consignado en el acuerdo que finalmente se firmó notarialmente, en virtud a que en el plenario reposa una certificación del Estado de Florida – Estados Unidos que consta que tenían una cantidad más alta de bienes a los reflejados en el acuerdo conciliatorio, aunado a que la demandada reconoce en los correos electrónicos que el patrimonio real del matrimonio podía alcanzar a una suma superior de \$USD700.000.000.

Que de otra parte no se ajusta a derecho que los honorarios deban tener como referencia un acuerdo diferente y en el cual no estuvo presente, y que a todas luces se refleja como una simple negociación de compromiso o simulada, ya que son los mismos documentos emitidos por la encartada que dan fe que el patrimonio de la sociedad era superior los \$USD700.000.000.

La parte demandada argumentó en su alzada que el hecho cierto que obra en el expediente es que le otorgó un mandato al demandante en calidad de profesional del derecho con la finalidad que la representara en este país y obtuviera mediante demanda a través del Juez de Familia una cesación de efectos civiles del matrimonio católico y a su vez si fuere litigioso la liquidación de la sociedad conyugal.

Que se hace un recuento sobre la existencia de acuerdos verbales de innumerables bienes en los Estados Unidos, fideicomisos, vehículos, inmuebles,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

entre otros, sin que en ninguna parte obre una prueba que así lo acredite, de ahí que se pueda colegir que el demandante no realizó su mandato, tan es así que nunca existió una conciliación apoderada y realizada por el actor, situación que incluso conllevó a que otra abogada iniciara un proceso de cesación de efectos civiles por el rito católico.

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 señor JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los honorarios profesionales como consecuencia de la representación que argumenta haber ejercido para con la demandada OLGA LUCÍA GALLEGO BENDEK.

c. De los Honorarios:

El trabajo, en nuestro sistema jurídico, goza de una amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social. La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva incluye, entre otras, la facultad subjetiva



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

El Constituyente, sin embargo, no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios independientes, pues la segunda corresponde a una de las múltiples formas de la contratación particular, la cual no puede ser asimilada al contrato de trabajo, ya que tiene alcances jurídicos distintos.

Así, cuando quiera que se trate de la prestación de servicios de abogacía, mediante la celebración de un contrato de mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2412 del C.C, el cual prevé:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

“La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

De otra parte, el artículo 2143 del C.C. tiene establecido que:

“El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”.

De cara a lo indicado, deviene lógico referir que cuando quiera que una persona busque el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde acorde las reglas de la carga de la prueba, acreditar a más del poder que le fuere conferido, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo y si precisa que le sea reconocida una suma determinada por concepto de honorarios acorde lo pactado con su poderdante, es lógico que acredite el mentado pacto y la suma o porcentaje acordado por concepto de honorarios.

d. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

No fue objeto de reproche que la demandada señora OLGA LUCÍA GALLEGO BENDEK, el 30 de octubre de 2012 le otorgó al demandante señor JOSÉ ALFREDO ESCOBAR BENDEK como abogado, dos poderes conferidos con destino al Notario del Círculo de Bogotá y al Juez de Familia de Bogotá – Reparto, los cuales fueron autenticados ante el Cónsul de Colombia en la Ciudad de Miami – Estados Unidos, y cuyo contenido consignó como finalidad que el actor *“inicie y lleve hasta su terminación la disolución y liquidación de la sociedad conyugal con el doctor Luis Uribe, así como la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, de ser posible de común acuerdo entre las partes ante Notario de conformidad con el Decreto 4436 de 2005 y la Ley 962 de 2005”*.

Así las cosas, procede la Sala a verificar las gestiones endilgadas por el demandante como profesional del derecho de la encartada.

Al respecto, en el transcurrir del trámite procesal se recibió el interrogatorio de parte del demandante JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO quien manifestó que el 30 de octubre de 2012 la demandada le confirió poder especial, amplio y suficiente para que iniciara y llevara hasta su culminación un proceso de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, poder que fue otorgado ante el Cónsul de Colombia en la Ciudad de Miami – Estados Unidos, aclarando que la encartada le solicitó que se privilegiara en lo posible un arreglo y una conciliación extrajudicial.

Que para el 30 de octubre de 2012 y para efectos de la disolución de la sociedad conyugal, ante el juez de Familia de Bogotá la demandada le confirió un poder amplio y suficiente para esos eventos, reiterando que la demandada fue insistente en que se entrara inmediatamente en comunicación con el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL a través de sus abogados GRACIELA RINCÓN y JAIME LOMBANA para que se llegara en lo posible a un acuerdo conciliatorio y prescindir de la eventualidad de cualquier proceso ante los Jueces de Familia en materia de la liquidación de la sociedad conyugal y de la cesación de efectos civiles del matrimonio, situación que se llevó a cabo conforme dan cuenta los documentos consignados en la demanda.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que los poderes los elaboró él personalmente en su oficina de abogados, y la demandada se limitó a firmarlos y autenticarlos, quedándose establecido todo lo que correspondería al ejercicio de la profesión en el evento en que fuera necesario acudir ante la Jurisdicción de Familia, pero hasta donde llegaron sus servicios profesionales no hubo necesidad de acudir a esos jueces por cuanto se llegó a una conciliación que satisfizo los intereses de la encartada.

Que no fue necesario la conciliación a efectos de agotar el requisito de procedibilidad para poder demandar, por cuanto previamente se estableció un día, hora y lugar en la cual la pareja procedería a firmar los documentos respectivos, solo que un día antes a la firma de dichos documentos que preparó en su Despacho con los abogados GRACIELA RINCÓN y ANTONIO RINCÓN, la demandada cambió su parecer sobre ese particular.

Que nunca incoó ante la Jurisdicción de Familia un proceso de divorcio de la demandada por cuanto no fue necesario, en la medida que se llegó a un acuerdo satisfactorio ya que la demandada y el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL junto con sus abogados, convinieron que lo más adecuado era firmar la conciliación que ella misma conoció, revisó y aprobó, mismas situaciones que condujeron a que no fuera menester promover un proceso de liquidación de la sociedad conyugal en representación de la demandada.

Que no tiene mayor información sobre la conciliación celebrada entre la demandada y el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL el día 23 de agosto de 2013 en la Notaría Cuarenta del Círculo de Bogotá, porque como abogado dejó de prestarle sus servicios profesionales a la señora OLGA LUCÍA GALLEGO BENDEK en el momento que le hizo llegar vía correo electrónico la factura correspondiente de sus honorarios el 25 de abril de 2013, teniendo conocimiento que después de eso la pareja había llegado a ese acuerdo conciliatorio, por lo que tampoco tiene conocimiento de la demanda que el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL inició ante el Juez de Familia para la cesación de efectos civiles del matrimonio católico.

Que conoce al señor RICARDO PINES ya que éste último es abogado y vive en los Estados Unidos y es allí donde tiene su firma profesional, litigando ante la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Suprema Corte, siendo además la persona que le remitió como cliente a la aquí demandada, por cuanto ésta le habló de la situación que estaba presentando con su esposo y el interés de divorciarse y liquidar su sociedad conyugal.

Que fue la misma demandante quien le informó que le remitiera el valor de sus honorarios profesionales sin que hubiese pagado lo pertinente.

La demandada expuso en su interrogatorio de parte, el cual fue surtido mediante exhorto ante el Cónsul de Colombia en Miami – Estados Unidos (Fls. 284 a 291), que otorgó dos poderes notariados ante el consulado de Miami, uno para la cesación de efectos civiles del matrimonio católico y el otro para la liquidación y disolución de la sociedad conyugal en Colombia, los cuales le fueron conferidos el día 30 de octubre de 2012.

Adujo que desde un comienzo los honorarios del demandante se los pagaría el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL, sin que el actor en calidad de abogado haya realizado gestiones tendientes a la conciliación, por lo que no cumplió el mandato conferido, así como que el demandante renunció al poder en el mes de abril de 2013, y como consecuencia de ello, el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL la demandó y se vio en la necesidad de contratar un abogado especialista en Derecho de Familia.

La testigo VIVIANA ANDREA ACERO PULIDO adujo que conoce al demandante aproximadamente desde el año 2011 dado que laboró para él hasta el mes de octubre de 2013, desempeñando las labores de Asistente de Gerencia, radicando y redactando documentos, sin que al momento de la declaración prestara servicios para el actor.

Mencionó conocer a la demandada porque el actor le llevó un proceso, y la deponente observó tanto a la accionada como a su ex pareja señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL cuando asistieron a la oficina del demandante para realizar una conciliación, situación que sucedió aproximadamente en el año 2012 o 2013, siendo reiterativa en que se trabajó la asesoría en la oficina del demandante donde se enviaron los acuerdos a la contraparte para su visto bueno, y en ocasiones la demandada lo respondía desde su correo personal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Refirió que los acuerdos se circunscribían sobre los USD\$5.000.000, una casa y un vehículo blindado, sin que se haya iniciado demanda alguna por cuanto las partes se encontraban ad portas de una conciliación, pero no se llegó a un acuerdo, sin embargo, fue enfática en precisar que el demandante continuó trabajando para la demandada en el trámite del divorcio. Finalmente, que la comunicación del actor con la demandada era constante pues se comunicaban entre o cuatro veces a la semana, sin que el demandante hubiese recibido algún tipo de honorarios por su gestión.

El testigo ROY PHILLIP PARRIS CHACÓN mencionó que conoce a la demandada al haber sido su abogado desde el mes de julio de 2013, cuando ella se contactó con él para que la asistiera en una reunión o en una audiencia de conciliación en la Notaría Cuarenta de esta Ciudad, la cual estaba próxima a realizarse, por lo que él como profesional del derecho le indicó a la pasiva que le firmara un poder para esa diligencia, por lo que él asistió a dicha diligencia el 30 de julio de 2013, conociendo allí al ex cónyuge de la demandada y a su apoderado, discutiéndose varios puntos, siendo la audiencia fue suspendida para el 3 de agosto de 2013, toda vez que la Notaría había cambiado de dirección.

Indicó que conoce al demandante por cuanto ha tenido referencias de él, de ahí que tenga conocimiento de su trayectoria profesional pues son egresados de la misma universidad, sin que le conste que el actor fungiera como apoderado de la demandada, lo cual solo lo conoció a raíz de la demanda que cursó en el Juzgado Trece de Familia de esta Ciudad, en el cual la señora OLGA LUCÍA FALLEGO BENDEK fue la demandada, y le comentó que con anterioridad le había otorgado dos poderes al actor en el año 2012, cuando ella no se encontraba en el país.

Que la demandada le manifestó que había sido el demandante quien había renunciado al poder en el mes de abril de 2013, por lo que al no existir algún resultado fue por lo que él como declarante representó a la encartada en el trámite de cesación de efectos civiles que le inició su ex cónyuge ante el Juzgado Trece de Familia de Bogotá, así como que elevó la respectiva demanda de reconvenición dentro de ese proceso, la cual terminó por un acuerdo suscrito



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

entre las partes obteniendo la conciliación, y por ende, la liquidación y disolución de la sociedad conyugal, lo cual se hizo a través de Notaría y se presentó una solicitud de terminación del proceso que puso fin al mismo.

Que en lo que respecta a los bienes de la liquidación de la sociedad conyugal, dijo que se llevó a cabo con los bienes que se tenían en el país, acordándose que los mismos quedarían en cabeza del señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL, y este le compensaría a la demandada la suma correspondiente a \$350.050.000, sin que él como declarante supiera que existían bienes de la sociedad conyugal por fuera del país.

La testigo GRACIELA RINCÓN MARTÍNEZ indicó que conoce al demandante desde aproximadamente cinco o siete años a raíz de un proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio católico y disolución conyugal cuando fue contratada por el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL por una citación de un abogado de los Estados Unidos y desde allí empezó a prestar sus servicios. Que posteriormente la contactó el aquí demandante, quien se presentó como abogado de la demandada, reuniéndose semanalmente durante seis u ocho meses en la oficina del demandante, estando a cargo de la asesoría profesional en aras de obtener un acuerdo conciliatorio.

Expuso que las partes llegaron a un acuerdo que sería firmado en la Notaría Treinta de Bogotá, por lo que se remitió a esa Notaría toda la documentación para los efectos pertinentes, pero ella como declarante recibió una llamada de la demandada diciendo que ya no se firmaría ese acuerdo y que tenía otro abogado para que la representara de nombre JAIME GRANADOS, a lo cual la testigo le expresó que ello solo sucedería hasta tanto tuviera conocimiento del paz y salvo del demandante.

Que luego recibió notificación de la demandada informándole del nuevo abogado. En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal expresó que fue solucionada fácilmente por una negociación directa entre los cónyuges sin intervención de los apoderados.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que en efecto el trámite del proceso ascendía a una suma superior a la que se venía negociando, no obstante, adujo que era un caso difícil el cual demandaba demasiada atención.

Por otra parte, se aprecia que a folio 34 del expediente yace un correo electrónico que le emitiera la demandada al actor el 16 de abril de 2013, donde la encartada le puso de presente *“A continuación les envió tres diferentes fórmulas para el nuevo acuerdo”*, fórmulas que en términos generales hace relación a la suma de US\$22.000.000 en cuentas en Estados Unidos y Suiza sin fideicomisos, un apartamento en la Ciudad de Miami – Estados Unidos, la entrega oficial de una casa en Sindamanoy en Colombia, una camioneta de marca Toyota avaluada en \$100.000.000, entre otros activos que hacían parte de la sociedad conyugal.

A folios 39 a 41 se aprecian documentos concernientes a estudios realizados por la firma ARAÚJO IBARRA cuyo contenido describe *“Información Financiera en Colombia”*, donde se relaciona una serie de sociedades y/o sucursales, activos al 31 de diciembre de 2011, patrimonio al 31 de diciembre de 2011, así como unos esquemas de propiedades de la demandada OLGA LUCÍA GALLEGO BENDEK y el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL, a folio 42 aparece copia del Registro Civil de Matrimonio entre la demandada y el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL, a folio 43 copia del correo electrónico del 11 de diciembre 2012 entre el demandante y la demandada.

Asimismo, reposa a folio 44 un documento adiado el 30 de noviembre de 2012 cuya referencia dice *“ENTREGA DE DOCUMENTOS “LOTE AGRUPACIÓN DE VIVIENDA ENCENILLOS SINDAMANOY CASA No. 16 ETAPA 1.3 P.H.”* con destino al abogado JAIME LOMBANA, a folio 45 yace un correo del 28 de enero de 2013 que realizara DOMINIC DACOSTA al demandante, donde el primero le puso de referencia al segundo una serie de documentos en borrador que habían sido preparados por la oficina de la abogada GRACIELA RINCÓN (apoderada del señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL), para efectos de la transacción que se planeaba llevar a cabo próximamente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Obra a folios 46 a 62 un proyecto de un contrato de transacción entre el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL y la demandada señora OLGA LUCÍA GALLEGO BENDEK, a folios 63 a 74 obra un proyecto de escritura pública entre los sujetos ya referenciados, a folios 75 a 80 obra un proyecto de acuerdo de cesación de efectos civiles del matrimonio católico entre los mismos sujetos con la finalidad de ser presentado ante notario público de Bogotá.

A folios 83 a 84 obra correo emitido por el demandante con destino a la demandada del 11 de febrero de 2013 en el que se le expone a esta última básicamente lo siguiente:

“Como podrás observar, esta es una solución para evitar desgastes innecesarios en demandas judiciales que te podrían resultar muy costosas e infructuosas, en la medida que el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL ha tenido el cuidado de colocar el patrimonio de la sociedad conyugal en cabeza de una serie de entidades y de unos Trust, lo que hace prácticamente imposible construir el patrimonio por vías judiciales; y aún en el evento en que se obtenga, como quiera que son activos ubicados en el extranjero, la posibilidad de materializarlos es prácticamente nula.

“De otra parte, aun cuando queda bloqueada la posibilidad de reclamar activos de la sociedad conyugal en el futuro, hemos obtenido en las negociaciones con los abogados del señor URIBE GALLEGO una buena suma de dinero, a pesar de las desventajas en que nos encontramos. En consecuencia, no se podría demandar posteriormente por ninguna razón, ni nulidades por error, fuerza o dolo, una lesión enorme, ni denunciar nuevos bienes, por lo cual la suma acordada es la única que se recibirá y asimismo se debe cumplir con la cláusula de las capitulaciones obligatorias para los dos cónyuges en caso de nuevas nupcias, so pena de aplicarle cláusula penal”.

A folio 86 obra correo del 11 de marzo de 2013 emitido por el demandante con destino a los abogados del señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL, en el que expone el envío de todos los documentos del estudio realizado por la firma de abogados y que se encuentran listos para firmar, a folio 87 obra un correo adiado el 5 de abril de 2013 emitido por la demandada con destino al demandante, en el que informa la decisión irrevocable de la conciliación que se había logrado, solicitando que dicha decisión fuese comunicado a los abogados del señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En los folios 89 a 91 obran correos remitidos por la demandante al actor del 11 y 15 de abril de 2013, donde le informó que no habría más negociación por cuanto no existió seriedad en el acuerdo que se pactó con el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL y sus abogados, aclarando a su vez en el correo del 15 de abril de 2013 visible a folio 91. que le remitiría un nuevo planteamiento para la disolución de su sociedad conyugal.

Milita un correo emitido por el actor al abogado RICARDO PINES el mismo 15 de abril de 2013, en la que propone una nueva fórmula de acuerdo conciliatorio en cuatro puntos, documento en el que señala que se lo remitirá a la demandada para su aprobación.

A folios 93 a 94 se encuentra otro correo que remitiera la demandada al actor manifestándole vía libre para iniciar el proceso de disolución de su sociedad conyugal, a folios 95 a 97 obran correos emitidos por la accionada expresando algunas manifestaciones a los abogados que la van a representar dentro del proceso de la sociedad conyugal incluido el actor, a folios 98 a 99 existe correo del 16 de abril de 2013 de la accionada al actor y al abogado RICARDO PINES, presentándoles fórmulas de un nuevo arreglo a efectos de la disolución de la sociedad conyugal.

A folio 104 reposan otros correos electrónicos cruzados entre las partes de este juicio, para los posibles acuerdos de elaboración de la transacción, a folio 104 aparece otro correo de calenda 25 de abril de 2013, y a folio 104 aparece un correo del 25 de abril de 2013 emitido por ANTONIO JOSÉ GÓMEZ RINCÓN, abogado del señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL y con destino al demandante, en el que se le manifestó:

“Después de la última reunión sostenida el día de hoy 9:00 a.m. entre los apoderados de las partes, le informamos que nuestro cliente estaría dispuesto a finiquitar todas las diferencias y suscribir los documentos de transacción, conciliación, divorcio, disolución y liquidación de sociedad conyugal que hemos venido discutiendo, el día viernes 3 de mayo del presente año a las 4:00 p.m. en la Notaría 40 de Bogotá, día en el cual simultáneamente a la firma de los mismos se entregaría a Olga de contado la totalidad de la suma acordada de \$5.000.000 USD.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, como lo concluyó el fallador de instancia, colige esta Colegiatura que en efecto el actor en su calidad de abogado de la demandada señora OLGA LUCÍA GALLEGO BENDEK, llevó a cabo acciones y gestiones tendientes a efectivizar un acuerdo conciliatorio para disolver y liquidar la sociedad conyugal de la accionada con el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL, pues como lo enrostra la relación de pruebas, claro es que buscó una conciliación previo de iniciar acciones judiciales.

La anterior liquidación incluso se realizó previa autorización de la misma demandada pues así se le facultó al demandante en los poderes conferidos el 30 de octubre de 2012, e incluso con los diferentes correos electrónicos en los que se le ponen de presente al actor las diferentes fórmulas para que se llegase a un acuerdo de conciliación con el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL, previo al inicio de cualquier acción judicial ante los Juzgados de Familia, e incluso se pudo corroborar los proyectos de conciliación que el demandante elaboró, documentales todas que no fueron refutadas por ninguna de las partes.

Tales cruces de correos electrónicos guardan congruencia con las exposiciones brindadas por los testigos VIVIANA ANDREA ACERO PULIDO, GRACIELA RINCÓN MARTÍNEZ y ROY PHILLIP PARRIS CHACÓN, últimos dos declarantes quienes fueron abogados del señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL y de la demandada respectivamente, los cuales fueron enfáticos en resaltar las labores realizadas por el demandante como apoderado de la pasiva, a tal punto que la abogada GRACIELA RINCÓN MARTÍNEZ resaltó en su declaración la ardua labor realizada por el demandante en pro de una conciliación con el señor URIBE RANGÉL.

De otra parte, de los correos cruzados entre las partes se puede apreciar que existieron distintas propuestas de arreglo en pro de la conciliación entre la pareja, en los que el actor siempre fungió como apoderado de la demandada, aspecto que se itera, guarda congruencia con que la demandada siempre tuvo interés en que los trámites de la liquidación y disolución de la sociedad conyugal siempre finiquitaran de manera conciliada a pesar de que el demandante como abogado no logró tal fin, lo cierto es que sí desplegó su actuar profesional.



Además, como lo argumentó el *a-quo* en sus consideraciones, fue la demandada quien de manera sorpresiva revocó los poderes conferidos al profesional del derecho tal como se advierte del folio 35 del plenario, y que lo hiciera vía correo electrónico. Si bien en ese correo se denota que la pasiva adujo que era el demandante quien había renunciado con antelación, dicha renuncia no se encuentra demostrada, de ahí que no se puedan desconocer las labores desempeñadas por el demandante señor JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO en un interregno de siete meses aproximadamente.

Por tal razón, se confirmará la decisión del fallador de instancia en lo que refiere a la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales por el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2012, fecha en que confirió los poderes, y el 25 de abril de 2013, calenda final en que los revocó a través de correo electrónico.

En este punto, vale la pena resaltar que no es de asidero el argumento dealzada por la parte demandada en el hecho que el demandante con los poderes otorgados nunca finalizó una conciliación ni inició los trámites judiciales respectivos ante los Juzgados de Familia, por cuanto es evidente que la actora siempre estuvo en procura de conciliaciones precisamente para que sus asuntos de liquidación y disolución de la sociedad conyugal no llegase a instancias judiciales.

Ahora, se aqueja la parte demandante que las gestiones realizadas como abogado conllevaron a que en inicio la demandada tranzara con el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL una conciliación de \$9.000.205.000, y por consiguiente sus honorarios como profesional del derecho debían ascender a un 5% de la misma, es decir, por un valor de \$450.010.250.

Sobre este tópico, es menester que se traiga a colación nuevamente el correo emitido por la demandada al actor el 25 de abril de 2013 (Fl. 35), en el que expresó:

“Buenas tardes Dr. José Alfredo Escobar, de acuerdo a la conversación que sostuvimos ayer frente al caso de mi disolución de sociedad conyugal donde usted renuncia continuar seguir siendo mi abogado, yo le designé mi caso



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

al Dr. Jaime Granados quien de ahora en adelante será mi apoderado, por favor enviarme la cuenta de cobro de sus honorarios por su gestión prestada hasta el día de ayer y también me dijiste que me enviabas la del Dr. Ricardo Pines, espero por este mismo medio las cuentas de cobro. Gracias.”

Como consecuencia de ello, a folios 36 a 37 obra un correo electrónico que el demandante le adjuntara a la pasiva una cuenta de cobro No. 126 con fecha de expedición el 25 de abril de 2013, cuyo concepto cita:

“ASESORÍA LEGAL Y REPRESENTACIÓN DE LA SEÑORA OLGA LUCÍA GALLEGO, DESDE EL MES DE OCTUBRE DE 2012 HASTA LA FECHA, EN VIRTUD DE LO CUAL SE OBTUVO UN ARREGLO CONCILIATORIO CON LA FIRMA DE ABOGADOS RINCÓN GÓMEZ Y EL DR. JAIME LOMBANA POR VALOR DE \$9.205.000.000 PARA LIQUIDAR Y DISOLVER SU SOCIEDAD CONYUGAL CON EL SEÑOR LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL, INCLUYENDO LA ASESORÍA JURÍDICA PRESTADA, DURANTE EL MISMO LAPSO, POR EL BUFETE DE ABOGADOS DE MIAMI, RICARDO PINÉS P.A., EXPERTOS EN LEGISLACIÓN DE LA FLORIDA EN ESE PAÍS, DE LOS CUALES CORRESPONDE EL 5% DE DICHA SUMA CONVENIDA COMO HONORARIOS PROFESIONALES DE ABOGADO.”

Estos honorarios no ascienden a la cuantía pretendida por el actor, pues como se refleja de la transacción realizada por la demandada y el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL en lo que atañe a la liquidación y disolución de la sociedad conyugal ante la notaría Treinta del Círculo de Bogotá (Fls. 154A a 166), la misma ascendió a unos gananciales para cada uno de ellos como cónyuges por valor de \$350.050.000, sin que de esta transacción aparezca como protagonista como profesional del derecho de la pasiva el señor demandante, sino el abogado ROY PHILLIP PARRIS CHACÓN y la abogada GRACIELA RINCÓN MARTÍNEZ como abogada del señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL.

Es por ello que no existe prueba fehaciente que advierta que si bien en inicio se pretendía hacer valer por la demandada y su ex esposo una conciliación en cuantía de \$9.000.205.000 como dan cuenta los diferentes correos cruzados entre las partes, ese monto hubiese quedado consignado en la transacción, máxime si como se expresó el demandante no fue protagonista de la misma.

Debe sostenerse además que a pesar de que adujo que existe una serie de documentos en el plenario que advierten que la conciliación debió ser superior



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a lo allí tranzado, toda vez que el señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL tenía más bienes en el exterior, no obra un documento fehaciente que demuestre sus dichos, ni mucho menos que se encontraran si quiera discriminados con su debida prueba de pertenecer al señor LUIS ENRIQUE URIBE RANGÉL, ni declaración judicial sobre la simulación alegada, situaciones por las que la condena de primer grado por el monto dinerario establecido se mantendrá incólume, sumado al hecho que nada mencionó en su apelación respecto de la absolución de los intereses moratorios perseguidos en el *petitum*.

No siendo otro reproche, la decisión 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:

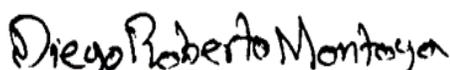
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

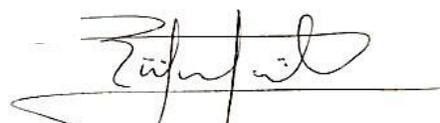
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que se condene a las demandadas al reembolso de los valores pagados por la NUEVA EPS S.A. y no reconocidos por estas, correspondientes al paquete identificado bajo el número 0511 y por un total de \$264.320.560, valor que corresponde a la suma total de las prestaciones económicas que se persiguen por esta acción, sin perjuicio que en el transcurso del proceso resulte probada una suma mayor; se condene al pago de los intereses moratorios por cada uno de los valores contenidos en las pretensiones, calculados desde la fecha de la comunicación MYT-1351-11 CD 26744 del 25 de julio del 2011, la indexación de las sumas adeudadas, cualquier otro daño material probado y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que la NUEVA EPS PROMOTRA DE SALUD S.A radicó ante el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, la cuenta denominada recobros 0511; el Ministerio de Salud y Protección Social mediante comunicado MYT - 1351-11 cd 26744 del 25 de julio del 2011 le informó que gran cantidad de las cuentas, después del trámite de revisión y auditoria, fueron rechazados con la causal única POS. Por lo enunciado, la EPS dejó de recibir la suma de \$264.320.560.

El 20 de diciembre del 2012, presentó ante la Procuraduría General de la Nación, la solicitud de conciliación prejudicial por los recobros contenidos en el paquete 511, declarándose fallida la conciliación por falta de ánimo conciliatorio mediante Acta No 007-2013 del 15 de marzo del 2013.

Ante lo enunciado, presentó reclamación administrativa el 3 de marzo del 2015 y demanda el 18 de octubre del 2013. El 10 de marzo de 2015, la NUEVA EPS recibió comunicación de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA, por medio de la cual recibió la respuesta a la reclamación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Las Sociedades Integrantes de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA al momento de proceder a contestar la demanda se oponen a que se declare la solidaridad, por cuanto no fueron las entidades encargadas de auditar los recobros reclamados por la demandante, además la ejecución del contrato 055 de 2011 inició a partir de diciembre del 2011, por tanto, no existe un nexo de causalidad con los daños que se reclaman.

Propone como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de culpa en cabeza de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, inexistencia de responsabilidad civil, inexistencia de solidaridad e inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA.

Así mismo la empresa CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. como integrante de la Unión Temporal FOSYGA, llama en garantía a la aseguradora ALLIANS SEGUROS S.A.

La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- a su vez procedió a contestar la demanda se opone a las pretensiones refiriendo que las mismas carecen de fundamento constitucional y legal. Refiere que frente a los recobros presentados conforme el proceso de auditoria integral realizado por FOSYGA, se realizaron glosas que impidieron su reconocimiento y pago.

Formula como excepción previa la que denominó prescripción y como de fondo las que denominó culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación, ausencia de la responsabilidad de la demandada, improcedencia del pago de intereses moratorios y la indexación de las sumas de dinero solicitadas es un componente del interés mercantil.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Con auto del 12 de octubre del 2017, se dispone la vinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- en calidad de litisconsorte necesario y en virtud de la contestación de la demanda presentada por la misma entidad se tiene por contestada la misma, respecto de la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

A través de auto del 13 de diciembre del 2017, se admite el llamamiento en garantía de la aseguradora ALLIANZ SEGUROS S.A.

Ante lo enunciado ALLIANZ SEGUROS S.A., procedió a contestar el llamamiento en garantía oponiéndose a las pretensiones en contra DE CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A. Sustenta su manifestación en que la entidad que la llamó en garantía no tiene ninguna obligación proveniente del Sistema General de Seguridad Social para con la EPS demandante.

Propone como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción judicial esgrimida por la EPS demandante, inexistencia de responsabilidad y de solidaridad alguna a cargo de la llamante en garantía CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S y la genérica.

En audiencia del 2 de mayo del 2019, el fallador de primer grado acepta el desistimiento de las pretensiones en lo que respecta a las empresas que conformaban la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA y acepta el desistimiento del llamamiento en garantía. Así mismo, en audiencia del 25 de julio del 2019, aceptó el desistimiento de las pretensiones en relación con 5 servicios contenidos en 4 recobros por valor de \$9.613.040.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 25 de marzo del 2021, decidió condenar a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- a pagar a la NUEVA EPS la suma de \$64.198.527 por concepto de 22 servicios de salud que no están cubiertos en el POS, hoy PBS, y se encuentran contenidos en 21 recobros correspondientes al paquete identificado bajo el No. 05111; al pago de los intereses moratorios de todos y cada uno de los recobros desde la data en que se presentaron hasta que se produzca su pago; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-.

Como sustento de su decisión inició precisando que el 26 de agosto de 2020 se recibió mediante correo electrónico memorial enviado por el apoderado judicial de la entidad demandante, por el cual solicita pronunciamiento sobre el desistimiento de las pretensiones radicado el 27 de febrero de 2019, y al encontrar reunidos los requisitos establecidos en el artículo 314 del CGP, aceptó el desistimiento de las pretensiones incoadas por la NUEVA EPS, en relación con un servicio incluido con un recobro por un valor de \$4'032.875.

Una vez determinado lo anterior señaló que de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 008 de 2009, emitido por la Comisión de Regulación de Salud el 29 de diciembre de 2009, norma vigente al momento de la prestación de los servicios ordenados en el fallo de tutela o de los autorizados por los Comités Técnicos Científicos, aclaró y actualizó integralmente el Plan Obligatorio de Salud de los regímenes contributivo y subsidiario, detallando las inclusiones y exclusiones del mismo, por su parte el artículo 2º de la norma citada contempla que el POS es el conjunto de servicios en atención en salud a que tienen derecho en caso de necesitarlo.

La facultad de recobro con la que cuentan las EPS a fin de obtener el reembolso de los dineros pagados por concepto de medicamentos, servicios médicos o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prestaciones de salud no incluidos en el POS, se encuentra establecida en la Resolución 3099 de 2008 que en sus artículos 10, 11 y 16 del capítulo II, contemplan los requisitos especiales de las solicitudes y recobros por medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS y autorizados por el Comité Técnico Científico.

Estimó que la parte actora aportó la comunicación MYT135111CD26744 del 25 de junio de 2011, el acta del 15 de marzo de 2013 y la constancia del 15 de octubre de 2013, archivo magnético con la relación de recobros y las glosas invocadas a los mismos, contenidas en el paquete 0511, radicados ante la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, reclamación ante la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, originales en físico de los recobros pretendidos, dictamen pericial presentado por el perito ENRIQUE AYALA PÉREZ y dictamen pericial No. AGS2019328.0014 emitido por el perito FERNANDO QUINTERO BOHÓRQUEZ, además de los testimonios de ADRIANA CRISTINA GUTIÉRREZ SÁENZ, CARLOS ALFONSO CASTAÑEDA FONSECA y MARÍA ESPERANZA ROZO GÓMEZ.

Señaló que previo al estudio de los servicios contenidos en los recobros era menester desatar la excepción de prescripción propuesta por la demandada ADRES, concluyendo que la parte actora recibió el 27 de julio de 2011 la comunicación MYT135111CD26744 mediante la cual el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 informa el resultado de la revisión de los recobros radicados en el mes de mayo de 2011, contenidos en el paquete 511 (folios 50 a 53), frente a lo cual presentó el 20 de diciembre de 2011 ante la Procuraduría General de la Nación solicitud de conciliación extrajudicial, audiencia que se llevó a cabo el 15 de marzo de 2013, presentándose la demanda el 18 de octubre de 2013 ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo que no operó tal fenómeno extintivo.

De otra parte, que de la prueba pericial aportada al plenario, se acreditó que los servicios no se encuentran incluidos en el POS, hoy PBS, por lo cual los 22



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

servicios contenidos en 21 recobros, por un valor de \$64'198527, suministrados en vigencia del Acuerdo 008 de 2009, deben ser reintegrados por la accionada.

Finalmente, en cuanto a los intereses moratorios, señaló que de conformidad con lo contemplado en el artículo 24 del Decreto 4747 de 2007, en concordancia con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 281 de 2002, el prestador del servicio tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, por lo que accedió a este pedimento.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del fallador de primer grado la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se debe tener en cuenta el principio de integralidad en salud, es así que lo solicitado dentro de los recobros presentados en esta demanda, bajo tal principio, pueden estar arraigados al reconocimiento que se le hizo a la EPS en su momento por parte de la UPC, por lo que no procede el reconocimiento posterior de recobro.

En cuanto al reconocimiento y condena los intereses moratorios no se debe soslayar el principio de sostenibilidad fiscal, así como de protección del erario público, así como que se negó el recobro en tanto el ente auditor tenía la potestad de hacer la interpretación de inclusión o exclusión del servicio recobrado en el POS bajo el principio de integralidad.

Finalmente, que se debe absolver de la condena al pago de costas procesales en tanto fue un ente auditor externo quien dio el fundamento para negar el pago.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 en el grado jurisdiccional de consulta y apelación, si la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES-, debe asumir el pago de \$64.198.527 por concepto de servicios de salud NO POS, hoy NO PBS, contenidos en los 21 recobros establecidos en el fallo de primera instancia, el pago de los intereses moratorios y las costas procesales.

c. Del recobro de servicios NO POS, hoy NO PBS:

Sabido es que por mandato constitucional el derecho a la salud se encuentra garantizado para todos los habitantes, por tanto, fue concebido como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en atención a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que prescriba el legislador (artículo 48 C.P).

Asimismo, la H. Corte Constitucional determinó que el derecho a la salud es un derecho autónomo e independiente que debe ser tratado como tal y debe garantizarse de forma integral a todo individuo, como de contera se ha expresado en la sentencia T-760 del 2008.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De cara a lo indicado, sí bien la Ley 100 de 1993 al encargarse del desarrollo de los fundamentos que lo rigen, su dirección, organización y funcionamiento, teniendo como objetivo principal regular el servicio público de la salud, se encargó de puntualizar que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado), gozan de un régimen de beneficios enmarcados dentro del denominado Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S, hoy PBS).

Así las cosas, en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se contempló el POS, hoy PBS, como aquel que permitiría la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción, fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

Es así como el Plan Obligatorio de Salud hoy Plan de Beneficios de Salud, conforme lo dispuesto en la Resolución No 6408 del 2016, se encarga en la actualidad de precisar el conjunto de servicios para la atención en salud a los que todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene derecho y se encuentra contenido en los Acuerdos emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, junto con sus anexos.

De esta forma, la EPS a la cual se encuentre afiliado el usuario que se preste cualquier tipo de servicios asistencial o económico, contemplado en el POS recibe como contraprestación un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación – UPC para el caso de los afiliados al régimen contributivo y mediante la liquidación mensual de afiliados LAM, para el caso de los afiliados al régimen subsidiado.

No obstante, pese a que inicialmente se restringió la cobertura en servicios de Salud, exclusivamente respecto aquellos servicios previstos en el POS, la jurisprudencia nacional en aras de garantizar el derecho a la salud, por vía de tutela brindó la cobertura en servicios de salud NO POS cuando quiera que se acreditara que los mismos resultaban indispensables para el amparo de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

derechos fundamentales. Asimismo, en casos especiales han sido los mismos Comités Técnico Científicos de las EPS, quienes han considerado viable el suministro de servicios NO POS.

Luego, como quiera que los servicios NO POS, no se encuentran cubiertos por las UPC, se previó vía jurisprudencial que los mismos fueran asumidos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA creado mediante el Decreto 1283 de 1996 con el objeto de permitir la operación de compensación en el régimen contributivo; a partir del 3 de agosto del 2017 las actividades a cargo del FOSYGA, fueron asumidas por la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, conforme lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 del 2015, la cual fue creada con el fin de garantizar el flujo y controles de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, mediante la Resolución No. 2948 del 2003 se previó el procedimiento para el recobro ante el FOSYGA de medicamentos no incluidos en el POS, hoy PBS, que fueren autorizados por los Comités Técnico-Científicos, y mediante la Resolución No. 2949 de la misma anualidad se previó el procedimiento previsto para el recobro de procedimientos NO POS ordenados por fallos de tutela. Disposiciones normativas que se encargaron de establecer inicialmente los procedimientos y documentos que debían ser tenidas en cuenta por las EPS para realizar el recobro de los servicios NO POS; posteriormente modificados y complementados entre otras por las Resoluciones Nos. 3099 del 2008, 3877 del 2008, 1099 del 2009, 4377 del 2010, 1089 del 2010, 2064 del 2011, 4752 del 2011, 1383 del 2011, 1701 del 2012 y finalmente las Resoluciones 458 del 2013 por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el FOSYGA y la 832 del 2013, mediante la cual se definen los términos, requisitos, formatos, periodos de radicación y criterios de evaluación de los recobros, la Resolución No 1479 del 2015 por la cual se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

estableció el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.

Con todo, vale la pena indicar que las mentadas resoluciones aluden en síntesis a un mismo trámite que en sumo se contrae a la presentación por parte de la EPS ante el FOSYGA hoy ADRES, de los respectivos formatos de recobro acompañados con la documentación soporte exigida para la fecha de presentación de los mismos, ante lo cual la entidad procederá a su pago o respectiva glosa, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1281 del 2002.

Ahora bien, en materia de glosas se tiene que la ley 1281 del 2002 en su artículo 7° se encargó de regular lo pertinente, en los siguientes términos:

“[...] además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.”

“Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.”

“En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.”

“Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.”

Así mismo, el Decreto 4747 de 2007, fijo el trámite de las Glosas de la siguiente manera:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

“El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

“Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

“Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley”.

Ahora, en lo tocante al principio de integralidad al que se refiere la entidad recurrente en la alzada, vale la pena indicar que el mismo comporta la obligación de las EPS de suministrar un servicio integral en salud, el cual vale la pena señalar, implica que las enfermedades de los afiliados se deben atender de forma completa, oportuna y eficiente, suministrando todos los tratamientos y medicamentos requeridos. En tal sentir, precisó en la sentencia T-010 del 2019, lo siguiente:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Ha considerado la jurisprudencia que el principio de integralidad, a la luz de la Ley Estatutaria de Salud, envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como sobrellevar su enfermedad”

Con fundamento en lo anterior, procede la Sala a establecer si en el *sub-lite* hay lugar a ordenar el pago de los recobros anhelados por la EPS demandante.

d. Del caso en concreto:

Descendiendo al caso que hoy nos atañe, avizora la Sala que en el libelo genitor la actora anhela el recobro de 57 recobros, de los cuales se desistió en el curso del proceso de los recobros contenidos en folios 837 a 838 y 993 a 994, por manera que el proceso continuo únicamente por 22 servicios contenidos en 21 recobros; los cuales se negaba a cancelar la pasiva, en tanto fueron glosados con una única causal por ser POS, hoy PBS.

Ahora, en primera instancia el *a-quo* con arreglo al peritaje que fue rendido por el perito FERNANDO QUINTERO BOHÓRQUEZ, estimó que los recobros se generaron con ocasión a servicios NO POS que ascienden a la suma de \$64'198527.

Así las cosas, con el objeto de establecer si los 21 recobros, en efecto corresponden a servicios NO POS, es del resorte de la Sala proceder a analizar el material probatorio recaudado en el juicio conforme lo establece el artículo 60 del C.P.T y la S.S.

En el mismo, observa la colegiatura la práctica del testimonio de ADRIANA CRISTINA GUTIÉRREZ, Gerente de recobros de la Nueva EPS, quien afirma que la mayoría de los insumos relacionados en los recobros corresponden a tratamientos NO POS como son implantes de esfínter urinario, artificial,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

gammagrafía tumoral, cardio desfibrilador resincronizador y diversos medicamentos, así mismo que para realizar el recobro al FOSYGA se aportaron todos los soportes requeridos para la data, los que fueron glosados con el argumento de estar en el POS y por lo tanto el pago se había realizado por UPC.

De otra parte, se escuchó a CARLOS ALFONSO CASTAÑEDA FONSECA, Gerente de Operación Salud de la NUEVA EPS, quien afirmó que en su momento le solicitaron analizar las glosas a los recobros y logró determinar que existe un primer grupo de 19 casos por \$61.000.000, que conforme al Acuerdo 08, vigente para la época son NO POS y un segundo grupo de 18 casos que también son NO POS.

Por su parte la señora MARÍA ESPERANZA ROZO, Directora Jurídica del FOSYGA, expuso que FOSYGA fue contratado como firma auditora de los recobros no incluidos en el POS y como tal hacía una autoría integral, los cuales se pagaban hasta julio de 2017 y se pagaban con cargo a los recursos del FOSYGA como cuenta adscrita al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, y a partir del 1º de agosto del año pasado se pagan con cargo de los recursos del SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-; en el presente evento los recobros objeto de debate se presentaron en mayo del 2011, por tanto no fueron auditados por la UNION TEMPORAL DE FOSYGA 2014, por ende no participó en el proceso de glosas.

De otra parte, se corrobora que inicialmente se aportó el peritaje del galeno ENRIQUE AYALA PÉREZ (Fls. 814 a 816), quien refiere ser médico cirujano de la Universidad Javeriana, especialista en Salud Ocupacional, en cuyas conclusiones se puede leer lo siguiente:

“6-1.1 Que los veintiocho (28) recobros solicitados para desistimientos, los mismos según la documentación existente en el expediente y los documentos aportados por las partes al perito, que se anexan a este dictamen se encuentran incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud POS.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“6-1.2 Estos recobros están financiado por las unidades de pago por capitación UPC.

“6.1.3 Las causales de glosa generales de los 57 recobros presentados inicialmente. 2. Por glosa “4-05 hace referencia radicado en glosa transversal, 22 por glosa 1.03 “los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el FOSYGA””, 33 por glosa 4-03 como “consecuencia del acta de Comité Técnico Científico o fallo de tutela, que incluye prestaciones contenidas en el Plan de Beneficios en Salud.

“6-4 Los recobros solicitados para pago por la NUEVA EPS fueron autorizados por la modalidad por acta de comité técnico o fallos de tutela, por esa modalidad son considerados como no POS, salvo que existan inconsistencia en su desarrollo administrativos y puedan ser glosados en forma parcial, susceptible de pago una vez corregida falla administrativa.” (Subrayado fuera de texto)

En lo que respecta a este peritaje vale la pena indicar que a más que no resulta ser claro en lo tocante a qué recobros hace alusión con exactitud, tampoco encuentra la Sala en la motivación expuesta que se haya realizado un análisis concienzudo, en lo que respecta a la naturaleza de los gastos médicos que se están recobrando o la razón por la cual son considerados como POS o NO POS de cara a lo dispuesto en el Acuerdo 008 de 1989 vigente para la data en que se generaron.

Aunado a lo anterior, se tiene que la NUEVA EPS presentó objeción al dictamen pericial, argumentando que el mismo tan solo tenía 3 hojas en las que no se observaba la aplicación de metodología alguna y tampoco se realizó un análisis de los servicios que se encuentran en la demanda ni se fundamentó la conclusión debidamente (Fls. 833-834). Razón por la cual, mediante auto del 2 de mayo del 2019, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 del C.G.P, se le concedió a la NUEVA EPS un término de 20 días para que aportara un nuevo dictamen (Fl 843).

De cara a lo indicado el 22 de mayo del 2019, se aporta un nuevo dictamen (Fls 845 a 990), presentado por el profesional en medicina FERNANDO QUINTERO BOHORQUEZ, quien acredita que es médico especializado en Auditoría Medica



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y Gerencia de Organizaciones de Salud. Peritaje en el que se constata un estudio extenso y pormenorizado de todos y cada uno de los gastos médicos objeto de recobro, conforme lo dispuesto en los Acuerdos 008 del 2009 y 029 del 2011, logrando determinar que solo existían 5 recobros POS los cuales son:

Número de identificación	Nombre	Servicio	Valor de Recobro	OBSERVACION DEL PERITO MEDICO
5859872	JORGE TADEO LOZANO VILLA	ADHESIVO Y HEMOSTATICO TISULAR FISIOLÓGICO	\$5.726.855	"El desarrollo de adhesivos tisulares ha crecido de forma exponencial especialmente en el ámbito quirúrgico. Han demostrado una eficacia similar a las técnicas convencionales y mejores resultados estéticos, reducción del dolor postoperatorio y de tiempo en quirófano. Dada la creciente demanda de estos productos en los centros sanitarios, es necesario que los profesionales de la salud, y en concreto los farmacéuticos adquieran conocimientos que abarquen desde las características principales de los mismos y sus indicaciones hasta el conocimiento de aspectos legislativos nacionales e internacionales y los relacionados con farmacovigilancia, selección y gestión de estos materiales."
1837454	SEGUNDO ARCESIO MEJIA POLO	SAL DIMEGLUMINICA DEL ACIDO GADOPENTETICO CORRESPONDIENTES A 7.863G DE GADOLINIO) SOLUCION INYECTABLE 46.9	\$101.675	El Gadolinio es un medio de contraste, Quelato que contiene gadolinio (con propiedades paramagnéticas y responsable del realce del contraste en RM) y el ligando versetamida. Induce cambios de intensidad de señal dentro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

		G/ML/15 ML - MAGNEVIST		de la lesión facilitando su diferenciación de las estructuras normales circundantes
17023428	HERNANDO ELIAS COUTIN SANTA	AGUA	39.280	"el agua destilada estéril es aquella sometida a procesos de purificación tanto química como biológica, que cumple especificaciones USP 24 en la descripción correspondiente a AGUA PURIFICADA ESTERIL. Se usa especialmente para lavados de heridas, solvente de liofilizados no parenterales, infusiones intrauterinas."
8421534	RAUL DE ISAZA ACEVEDO	ADHESIVO BIOLOGICO DE DOS COMPONENTES TISSUCOL KIT	1.488.870	"El desarrollo de adhesivos tisulares ha crecido de forma exponencial especialmente en el ámbito quirúrgico. Han demostrado una eficacia similar a las técnicas convencionales y mejores resultados estéticos, reducción del dolor postoperatorio y de tiempo en quirófano. Dada la creciente demanda de estos productos en los centros sanitarios, es necesario que los profesionales de la salud, y en concreto los farmacéuticos adquieran conocimientos que abarquen desde las características principales de los mismos y sus indicaciones hasta el conocimiento de aspectos legislativos nacionales e internacionales y los relacionados con farmacovigilancia, selección y gestión de estos materiales."



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

5859872	JORGE TADEO LOZANO VILLA	ADHESIVO Y HEMOSTATICO TISULAR FISIOLÓGICO	\$2.256.360	"El desarrollo de adhesivos tisulares ha crecido de forma exponencial especialmente en el ámbito quirúrgico. Han demostrado una eficacia similar a las técnicas convencionales y mejores resultados estéticos, reducción del dolor postoperatorio y de tiempo en quirófano. Dada la creciente demanda de estos productos en los centros sanitarios, es necesario que los profesionales de la salud, y en concreto los farmacéuticos adquieran conocimientos que abarquen desde las características principales de los mismos y sus indicaciones hasta el conocimiento de aspectos legislativos nacionales e internacionales y los relacionados con farmacovigilancia, selección y gestión de estos materiales."
---------	--------------------------	--	-------------	---

De otra parte, identifica 22 recobros NO POS por valor de \$64.198.527, como son:

Número de identificación	Nombre	Servicio	Valor de Recobro	OBSERVACION DEL PERITO MEDICO
--------------------------	--------	----------	------------------	-------------------------------



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

27071137	YOLANDA EMERY ZAMBRANO DEGARCIA	SAL DIMEGLUMINICA DEL ACIDO GADOPENTETICO CORRESPONDIENTES A 7.863G DE GADOLINIO) SOLUCION INYECTABLE 46.9 G/ML/15 ML - MAGNEVIST	101.675	El Gadolinio es un medio de contraste, Quelato que contiene gadolinio (con propiedades paramagnéticas y responsable del realce del contraste en RM) y el ligando versetamida. Induce cambios de intensidad de señal dentro de la lesión facilitando su diferenciación de las estructuras normales circundantes
14245256	GILDARDO TORRES SUAREZ	CARDIODESFIBRILADOR CON RESINCRONIZADOR	39.431.110	El bloqueo auriculo ventricular es un término médico usado para un trastorno en la conducción eléctrica entre las aurículas y los ventrículos cardiacos, por lo general está asociado al nódulo auriculoventricular, aunque puede estar causado por fallos en otras estructuras de conducción cardiaca, estos bloqueos pueden ser temporales, intermitentes o permanentes, asimismo se clasifican según su gravedad en de primero, segundo y tercer grado. El tratamiento para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

				los de primer grado es farmacológico en los eventos agudos y para el tratamiento definitivo es la implantación de un cardio desfibrilador que es un dispositivo que controla permanentemente si se producen alteraciones del ritmo cardiaco en cuyo caso las controla de forma automática mediante estímulos o choques eléctricos.
#####	ADELA KATHERINE LOZANO DIAZ	DECORTICACION PULMONAR	\$6.000.000	la video-toracoscopia es considerada una técnica quirúrgica mínimamente invasiva que puede utilizarse prácticamente en cualquier intervención del tórax, una de ellas es la decorticación por cirugía video-toracoscópica es un método seguro y eficaz para el tratamiento de empiema, derrame pleural complejo, derrame pleural recurrente y hemotórax retenido, al igual que la resección en cuña, sus ventajas son: intervenciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

				menos traumáticas, mejor recuperación postoperatoria, recuperación funcional más rápida, mejor respuesta inmunológica, menor pérdida sanguínea, reincorporación a plena actividad más rápida.
3711311	OSVALDO MIGUEL CHAPMANN BACCA	IMPLANTE DE ESFINTER URINARIO ARTIFICIAL	10.500.000	"El esfínter urinario artificial está indicado en todo paciente, varón o hembra, de cualquier edad (siempre que demuestren habilidad para manipular la bomba de control) con incontinencia de esfuerzo genuina que no acepten otra modalidad terapéutica, o en los que otros tratamientos hayan fracasado. En un metaanálisis de la literatura que se ha publicado recientemente (16), se pone de manifiesto que las indicaciones de la prótesis son, en orden decreciente de frecuencia, incontinencia post-prostatectomía radical o resección transuretral de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

				próstata, incontinencia por malformación congénita (sobre todo espina bífida), incontinencia por traumatismo espinal, vejiga neurógena e incontinencia de esfuerzo de la mujer en la que otras técnicas quirúrgicas de reconstrucción han fracasado."
30733166	BETY LUCIA REGALADO SOLARTE	GADOLINIO 15 ML AMPOLLA- MAGNEVIST	\$101.675	El Gadolinio es un medio de contraste, Quelato que contiene gadolinio (con propiedades paramagnéticas y responsable del realce del contraste en RM) y el ligando versetamida. Induce cambios de intensidad de señal dentro de la lesión facilitando su diferenciación de las estructuras normales circundantes.
6492352	JESUS ANIBAL GALLEGO HENAO	OLIGELINA (HAEMACCEL)	\$168.980	Poligelina. Para compensar o evitar una insuficiencia circulatoria producida por un déficit del volumen plasmático o sanguíneo absoluto o relativo, como en shock hipovolémico, pérdida de sangre y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

				plasma, llenado de la máquina cardiopulmonar.
24449458	MARIA ROJAS ARIAS	COMPLEMENTO NUTRICIONAL	\$765.280	<p>Glytrol (Multivitamínicos) es una fórmula alimentaria nutricionalmente completa para las personas con diabetes o hiperglicemia. Nutrición enteral completa adecuada para personas con intolerancia a la glucosa. Su contenido nutrimental de lípidos e hidratos de carbono esta formulado de acuerdo a las recomendaciones de la Asociación Americana de Diabetes. Elaborado con amilosa de almidón de maíz el cual es un carbohidrato potencialmente benéfico en individuos con sensibilidad a la glucosa, por su lenta absorción.</p>
27061009	LUZ BERTHA SOLARTE DE VILLAMARIN	GADOLINIO 15 ML AMPOLLA	\$101.675	<p>El Gadolineo es un medio de contraste, Quelato que contiene gadolinio (con propiedades paramagnéticas y responsable del</p>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

				<p>realce del contraste en RM) y el ligando versetamida. Induce cambios de intensidad de señal dentro de la lesión facilitando su diferenciación de las estructuras normales circundantes</p>
20109298	GLORIA AMPARO RODRIGUEZ GUERRERO	GAMAGRAFIA TUMORAL CON 18 FDG- (PET-CT)	\$3.875.000	<p>La tomografía por emisión de positrones con 2-(18F)-fluoro-2-desoxi-D-glucosa (PET-FDG) es una técnica metabólica de imagen. La PET-FDG es más precisa que el CT en la valoración de la afectación mediastínica en los pacientes con carcinoma de pulmón no microcítico, con un alto valor predictivo negativo. Puede detectar metástasis ocultas en el 11% de los pacientes, si bien, la etiología de las captaciones solitarias extratorácicas debe ser confirmada. La PET-FDG, teóricamente, puede influir en el volumen de planificación de la radioterapia, sobre todo en los pacientes con</p>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

				atelectasia. La cuantificación de la actividad metabólica mediante la PET-FDG está influenciada por el tamaño de la lesión, los niveles de glucosa, el tiempo que transcurre desde la inyección del isótopo. Se necesitan más ensayos clínicos para la estandarización de los métodos de realización del PET, su uso como factor pronóstico y para la valoración de la respuesta al tratamiento.
1021683118	SARA VALERIA PALACIO CARDENAS	TIEMPO ACTIVADO DE COAGULACION	\$56.884	El tiempo de coagulación activada (ACT) se mide en segundos: cuanto más tarda la sangre en coagular, mayor es el grado de inhibición de la coagulación. Si existen fenómenos de sangrado o se forman coágulos en exceso, debe ajustarse la dosis de heparina de acuerdo a los valores de ACT.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

27755362	CELIA MARIA DURAN SANCHEZ	TIEMPO ACTIVADO DE COAGULACION	\$53.058	El tiempo de coagulación activada (ACT) se mide en segundos: cuanto más tarda la sangre en coagular, mayor es el grado de inhibición de la coagulación. Si existen fenómenos de sangrado o se forman coágulos en exceso, debe ajustarse la dosis de heparina de acuerdo a los valores de ACT.
130058	RODRIGO RIOS FRANCO	ACIDO ACETILSALICILICO TABLETA RECUBIERTA ENTÉRICA 81 MG - CARDIOASPIRINA 81	\$14.376	La cardio aspirina es un antiagregante plaquetario, analgésico y antiinflamatorio, sus indicaciones terapéuticas es la profilaxis del ataque isquémico, profilaxis del tromboembolismo cerebral, del infarto del miocardio, tratamiento de pacientes con insuficiencia vascular periférica causada por arterioesclerosis, para reducir el riesgo de infarto del miocardio en personas con factor de riesgo cardiovascular: diabetes mellitus, hiperlipidemia, hipertensión arterial, obesidad, fumadores y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

				personas de edad avanzada. A través de su efecto de inhibición de la agregación plaquetaria previniendo la formación de coágulos, ayuda a que haya mayor flujo de sangre a través de los vasos sanguíneos y por lo tanto mejorar la función cardíaca en los pacientes con cardiomiopatía isquémica.
24294092	MARIA REGINA GALLEGO DE RESTREPO	CALCIO+VITAMINA D3	\$39.140	El calcio y la vitamina D por sí mismos han mostrado su utilidad en la reducción del riesgo de fractura tanto vertebral como no vertebral y de cadera. Administrados conjuntamente con diferentes fármacos también reducen el riesgo de nuevas fracturas osteoporóticas. Todos los tratamientos indicados para la osteoporosis deben administrarse con un suplemento de calcio y vitamina D. Para asegurarse una absorción óptima, el calcio y la vitamina D debe administrarse en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

				dosis divididas a lo largo del día. La sal de calcio más utilizada es el carbonato de calcio y con la que existe mayor experiencia, siendo además la más económica
27440788	LAURA ELIS CABRERA DE ANDRADE	TIEMPO ACTIVADO	\$58.344	El tiempo de coagulación activada (ACT) se mide en segundos: cuanto más tarda la sangre en coagular, mayor es el grado de inhibición de la coagulación. Si existen fenómenos de sangrado o se forman coágulos en exceso, debe ajustarse la dosis de heparina de acuerdo a los valores de ACT.
20059553	MARIA DEL CARMEN PEREZ GUZMAN	DIPIRIDAMOL	\$79.992	El dipiridamol Inhibe la agregación plaquetaria aumentando los niveles de AMPc plaquetario, de indicación como profiláctico a pacientes con enfermedad isquémica del corazón y para la prevención del tromboembolismo, en combinación con anticoagulantes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

				orales, en pacientes con implantes de válvulas cardíacas mecánicas.
98325220	OSCAR PARMENIDES QUELAL TREJO	SAL DIMEGLUMINICA DEL ACIDO GADOPENTETICO CORRESPONDIENTES A 7.863G DE GADOLINIO) SOLUCION INYECTABLE 46.9 G/ML/15 ML - MAGNEVIST	101.675	El Gadolineo es un medio de contraste, Quelato que contiene gadolinio (con propiedades paramagnéticas y responsable del realce del contraste en RM) y el ligando versetamida. Induce cambios de intensidad de señal dentro de la lesión facilitando su diferenciación de las estructuras normales circundantes
79354129	WILLIAM ALFONSO RODRIGUEZ REAL	FORMULA NUTRICIONAL-ENSOY	95.912	Ensoy es un alimento en polvo con proteína aislada de soya, adicionado con vitaminas, minerales, con probióticos es una nutrición que defiende el crecimiento y desarrollo físico y mental de los niños, ya que además de los 5 grupos de nutrientes, brinda a la alimentación un sistema simbiótico (probióticos B. coagulans +prebiótico), ácidos grasos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

				esenciales como el Omega 3(480 mg/porción) y DHA (50 mg/porción). Ensoy Niños defiende la flora intestinal de los niños en etapa preescolar y escolar. Naturalmente libre de gluten Indicado en niños mayores de 2 años.
5895733	MANUEL CARVAJAL	DIPIRIDAMOL	\$99.115	El dipiridamol Inhibe la agregación plaquetaria aumentando los niveles de AMPc plaquetario, de indicación como profiláctico a pacientes con enfermedad isquémica del corazón y para la prevención del tromboembolismo, en combinación con anticoagulantes orales, en pacientes con implantes de válvulas cardíacas mecánicas.
98333385	JESUS ALFREDO ZAMBRANO BURGOS	SAL DIMEGLUMINICA DEL ACIDO GADOPENTETICO CORRESPONDIENTES A 7.863G DE GADOLINIO) SOLUCION INYECTABLE 46.9 G/ML/15 ML - MAGNEVIST	\$101.675	El Gadolineo es un medio de contraste, Quelato que contiene gadolinio (con propiedades paramagnéticas y responsable del realce del contraste en RM) y el ligando versetamida. Induce cambios de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

				intensidad de señal dentro de la lesión facilitando su diferenciación de las estructuras normales circundantes
24449458	MARIA ROJAS ARIAS	COMPLEMENTO NUTRICIONAL	\$141.137	<p>Glytrol (Multivitamínicos) es una fórmula alimentaria nutricionalmente completa para las personas con diabetes o hiperglicemia. Nutrición enteral completa adecuada para personas con intolerancia a la glucosa. Su contenido nutrimental de lípidos e hidratos de carbono esta formulado de acuerdo a las recomendaciones de la Asociación Americana de Diabetes. Elaborado con amilosa de almidón de maíz el cual es un carbohidrato potencialmente benéfico en individuos con sensibilidad a la glucosa, por su lenta absorción.</p>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

6085422	NORBERTO ARBOLEDA SALAZAR	VALVULAFONATORIA	\$2.200.000	<p>Hablar es una parte clave de la comunicación con las personas. Tener una cánula de traqueotomía puede cambiar su capacidad para hablar e interactuar con los demás. Sin embargo, usted puede aprender a hablar con una cánula de traqueotomía. Es solo cuestión de práctica. Incluso hay dispositivos para hablar que pueden ayudarle. El aire que pasa a través de las cuerdas vocales (laringe) las hace vibrar, creando sonidos y el habla. Una cánula de traqueotomía impide que la mayor parte del aire pase a través de las cuerdas vocales. En lugar de esto, el aliento (aire) sale a través de la cánula (sonda) de traqueotomía. En el momento de su cirugía, la primera cánula de traqueotomía tendrá un globo (manguito) que se encuentra en la tráquea.</p>
---------	---------------------------------	------------------	-------------	---



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

5848012	JAIME LOPEZ	TIEMPO ACTIVADO DE COAGULACION	\$111.824	El tiempo de coagulación activada (ACT) se mide en segundos: cuanto más tarda la sangre en coagular, mayor es el grado de inhibición de la coagulación. Si existen fenómenos de sangrado o se forman coágulos en exceso, debe ajustarse la dosis de heparina de acuerdo a los valores de ACT.
TOTAL				\$64.198.527

De cara a lo explicado en líneas precedentes salta de bulto que los 22 recobros enunciados por ser NO POS deben ser asumidos por el ADRES.

Siendo del caso precisar que, si bien conforme al principio de integralidad al paciente se le deben brindar todos los tratamientos y medicamentos requeridos para su recuperación, lo cierto es que tal situación no comporta que la obligación de asumir el costo de dichos gastos médicos cuando se corrobora que son NO POS, pues conforme se definió en precedencia, la legislación y la jurisprudencia vigente la obligación recae exclusivamente en el ADRES.

e. De los intereses moratorios:

Precisado lo anterior, y descendiendo al caso en concreto, conviene recordar que el artículo 48 constitucional permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio de salud y el ámbito de la cobertura de las contingencias relacionadas con la salud.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A su turno, en el inciso quinto del artículo 48 Superior, establece que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha sostenido de manera unívoca que los recursos del sistema general de seguridad social son rentas de naturaleza parafiscal, que constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en aquella forma de gravamen que se establece por la ley para afectar un determinado y único grupo social o económico y que debe utilizarse en beneficio de propio grupo gravado.

Precisado lo anterior, y como quiera que lo pretendido con la presente acción es el pago de los intereses moratorios, con ocasión del pago recobro de servicios NO POS, justo resulta indicar, respecto a la generación de los intereses en mención que considera la Sala que debe atenderse lo reglado por el artículo 7° del Decreto 1281 del 2002, esto es, que la entidad demandante contaba con un término de 6 meses para la presentación de los respectivos cobros y a partir de dicha data la entidad, contaba con 2 meses para efectuar el respectivo pago, transcurridos los mismos se generaría el derecho al pago de los intereses moratorios y hasta tanto se cancele en su totalidad la obligación.

De cara a lo indicado, si bien es cierto que hay lugar al pago de los intereses moratorios, lo cierto es que los mismo no se causan desde la radicación de los cobros como se indicó en el fallo de primer grado, sino transcurridos dos meses desde la data de la radicación y en tal sentido, se modificara la sentencia primigenia.

f. De la prescripción:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En la medida en que el presente asunto se aborda en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada, dimana lógico entrar a analizar la prescripción.

Sea del caso advertir que en efecto ninguna de las normas que regulan la materia establece con claridad el término de prescripción, por tanto, es necesario traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

“2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.

“En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:

“Art. 772¹. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.

“No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

“Art. 779². Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

“Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

“Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de

¹ Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

² Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5º. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

“En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

“El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

“El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como “...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

“No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.

“De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

“Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

“Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.

“La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sus efectos a una letra de cambio.

*“Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, **que goza de un término de prescripción de tres años** y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas”.*

*“En consecuencia, considera la Sala que, **habiéndose emitido las facturas** en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria”.*

“En este orden de ideas, reitera la Sala que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, que para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos de ley³ y que prescriben en tres años.»

Conforme lo anterior, es claro que el término para que opere la prescripción es de tres años por ser el previsto para las facturas cambiarias, el cual además se equipara en su término al consagrado en el C.P.T. y de la S.S, de manera que para el caso de los recobros por servicios de salud hoy reclamados se les debe aplicar el término prescriptivo trienal el cual comienza a correr partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago, fecha de radicación de la factura o de la ocurrencia del evento, según corresponda, y bajo tales precisiones teniendo en cuenta los servicios que dan origen a los recobros, el término trienal en autos se contabiliza a partir de la fecha de prestación de cada servicio.

De esta manera, como quiera que la presente demanda fue radicada el 18 de octubre del 2013 (Fl 95, cuaderno 1) y teniendo en consideración que el recobro más antiguo fue radicado el 3 de septiembre del 2010, es patente que

³ Artículos 621 y 774 del Código de Comercio, y 617 del Estatuto Tributario.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no operó el fenómeno de prescripción como se indicó en primera instancia.

g. De las costas procesales:

En lo tocante a este punto, vale la pena indicar que la condena en costas opera de forma objetiva acorde lo dispone el artículo 365 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por remisión del artículo 145 del C.P.T y la S.S, de cara al cual las costas deben ser asumidas por la parte vencida en juicio y en tal medida, como quiera que el ADRES fue vinculado legalmente al proceso, de hecho contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, resulta lógico que sea condenado al pago de las mismas. Por tanto, se confirma la condena impuesta por estas en primer grado.

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: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida el 25 de marzo del 2021 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el sentido de precisar que los intereses moratorios deben ser cancelados para cobro, luego de transcurridos dos meses desde la data en que se radicó la solicitud de pago, hasta la fecha efectiva en que se paguen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de análisis en esta instancia.



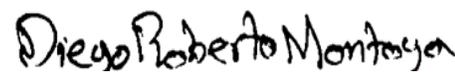
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

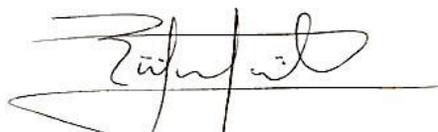
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 26 2019 00525 02
Demandante: OLGA LUCIA QUINTERO TORRES
Demandado: COLPENSIONES COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL
S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por OLD MUTUAL S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de abril del 2021.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello 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:

La señora OLGA LUCIA QUINTERO TORRES formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A., con el objeto de que se declare la nulidad de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado el 1º de junio de 1995.

En consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL S.A. a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos por la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro



Individual con Solidaridad, e igualmente, se ordene a COLPENSIONES a recibir a la promotora como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 10 de junio de 1988, no obstante, el 1º de junio de 1995 se trasladó a COLFONDOS S.A., sin obtener una asesoría integral en torno a las ventajas, desventajas e inconvenientes del traslado de régimen de pensional.

El 1º de octubre del 2009, se trasladó a OLD MUTUAL S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliada actualmente. Posteriormente, mediante solicitud con radicado No 2017_11205917 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, petición que fue desatada de manera negativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

OLD MUTUAL S.A. al momento de contestar la demanda se opuso a las pretensiones, al referir que tanto el traslado como las cotizaciones realizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, gozan de plena validez.

Propone como medio exceptivo previo no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y como de mérito o fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

COLPENSIONES en su escrito de contestación de la demanda, se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento de derecho, ello en tanto el traslado de régimen se acompasa al ordenamiento jurídico.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLFONDOS S.A. a su turno refiere que las pretensiones carecen de fundamento fáctico y jurídico, pues no se aportaron elementos probatorios que permitan demostrar que la afiliación a la AFP operó mediando vicios del consentimiento.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivo de un tercero, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de abril del 2021 declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a partir de junio de 1995; condenó a OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración; condenó a COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Como sustento de su decisión refiere que a las AFP les corresponde acreditar que a la fecha del traslado le suministraron al afiliado la información requerida para adoptar la decisión del traslado de régimen pensional, sin que el formulario de afiliación resulta suficiente para acreditar tal supuesto.

No obstante, en el presente caso las AFP demandadas no lograron probar que se le haya suministrado la información clara y suficiente a la demandante al momento del traslado, motivo por el cual la ineficacia deprecada tiene vocación de prosperidad, lo que implica además la devolución de los emolumentos depositados en la cuenta de ahorro individual.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión del *a-quo* OLD MUTUAL S.A. presenta recurso de apelación en el que suma indica que se no es dable disponer la devolución de las cuotas o gastos de administración, ello en tanto el artículo 20 literal b) de Ley 100 de 1993, contempla la posibilidad que tanto en el Régimen Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, del ingreso base de cotización de los afiliados se destine el 3% para financiar los gastos de administración, así como las primas previsionales de seguros de invalidez y sobrevivientes.

Adicionalmente en el Decreto 692 de 1994 se regula la distribución de las cotizaciones, estipulando que el ISS, cajas, fondos o entidades de previsión, mientras no se ordene su liquidación deberán llevar cuentas separadas de reserva de la pensión de vejez y de gastos de administración. En ese orden de ideas, la AFP cumplió a cabalidad y de buena fe sus obligaciones legales, generando rendimientos que no hubiera obtenido la accionante de permanecer afiliada ante COLPENSIONES.

Refiere igualmente que la orden impartida en primera instancia implica desconocer la naturaleza misma de los gastos de administración, en tanto no se constituyen en dineros con los cuales de financiará la pensión de vejez, por ende, la decisión apareja un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, así como una trasgresión a los principios constitucionales de buena fe y confianza legítima.

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la demandante a COLFONDOS S.A del 11 de mayo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de 1995 (Fl 266) y a SKANDIA S.A., hoy OLD MUTUAL S.A., en el que consta que se afilió el 8 de agosto del 2008 (Fl. 93), formularios que si bien refieren 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 suministrado la información. Por el contrario, manifestó que en junio de 1995 trabajaba en Siemens, siendo invitado COLFONDOS S.A. por el área de recursos humanos a fin de dar una charla a los trabajadores, exponiendo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, y al finalizar la misma los asesores comerciales suministraron los formularios, sin que se haya brindado una real asesoría.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros previsionales, 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 virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

2[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las 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 las cargas que tiene que asumir la 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

De otra parte, 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 la sentencia 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 7 de abril del 2021 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá 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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 30 2019 00653 01
Demandante: MARIA DE JESÚS BOCANEGRA GARCÍA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio del dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso interpuesto por la demandante y la litisconsorte necesaria, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de abril del 2021.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA DE JESÚS BOCANEGRA GARCIA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con el objeto que se declare que tiene derecho a la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del causante JAIME GALVIS ZEA, por ostentar la calidad de compañera permanente.

En consecuencia se condene a COLPENSIONES a solucionarle el 100% de la pensión de sobrevivientes, el retroactivo pensional y la indexación de las sumas adeudadas, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el 9 de septiembre de 2015 falleció el causante JAIME GALVIS ZEA en la ciudad de Bogotá, quien ostentaba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la calidad de pensionado de COLPENSIONES desde el 30 de noviembre del 2009. Precisa que convivió con el causante compartiendo techo, lecho y mesa, desde septiembre de 1982, hasta la data del deceso, fruto de esa unión procrearon dos hijos, mayores de edad para la data de la muerte del causante.

Destaca que COLPENSIONES mediante Resolución No. GNR 412185 del 2015 le reconoció la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, a partir del 9 de septiembre del 2015 en un porcentaje del 100%, igual a \$1.548.128, por lo que percibió el pago de la pensión desde enero de 2016 hasta junio del 2019.

Sin embargo, COLPENSIONES mediante la Resolución No. SUB 159993 del 21 de junio del 2019, ordenó revocar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. GNR 412185 del 2015. En mayo del 2019, la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA, invocando la calidad de compañera permanente solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, aduciendo que convivió con el causante entre el 12 de abril del 2009 y la data del deceso. Pese a ello, afirma la promotora que jamás conoció sobre esta relación, ni conoce a la señora SIERRA DE SALAVARRIETA.

El 23 de julio del 2019, solicitó la reactivación y pago de la pensión de sobrevivientes, y mediante la Resolución No. SUB 238660 del 30 de agosto del 2019, COLPENSIONES negó la reactivación de la prestación.

Con auto del 16 de octubre del 2019, además de admitirse la demanda se dispuso vincular como litisconsorte necesaria a la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones por cuanto aduce que la promotora no acreditó cinco años de convivencia exigidos por la norma para poder acceder a la pensión de sobrevivientes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad y la genérica.

A su turno la señora CECILIA SIERRA SALAVARRIETA, se opuso a que se le conceda la pensión de sobrevivientes a la demandante, refiriendo que no ostenta la calidad de compañera permanente del causante, ni mucho menos la convivencia que exige la norma. Propone como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, mala fe de la demandante, cobro de lo no debido y la genérica.

Así mismo, presenta demanda de reconvención contra COLPENSIONES y la promotora de juicio, en la que solicita se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes desde el 9 de septiembre del año 2015, el pago del retroactivo pensional, los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, las costas y agencias en derecho, junto con aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de abril del 2021, declaró probada la excepción denominada inexistencia de la obligación propuesta por COLPENSIONES, absolviendo de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a las demandantes.

Como sustento de su decisión manifestó que conforme lo dispuesto en el artículo 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 del 2003, para acceder a la pensión de sobrevivientes la compañera permanente debe acreditar la convivencia efectiva con el causante, durante los cinco (5) años anteriores al deceso.

Así las cosas, señala que si bien en el evento de acreditarse la convivencia simultánea entre compañeras permanentes, tendrían derecho al reconocimiento proporcional de la pensión, lo cierto es que para ello requieren que se acredite la convivencia mínima por espacio de cinco (5) años, lo cual no fue acreditado por las accionantes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Recaba en que conforme se indica en el expediente administrativo, se puede constatar que para COLPENSIONES existió un fraude en el reconocimiento de la pensión a la libelista y por ello le fue revocada, pues se constató que realmente no convivió con el causante hasta la data del deceso, pues los familiares del propio causante dieron cuenta de que la pareja se separó años atrás.

En efecto, si bien se acredita que realmente la demandante convivió con el causante por lo menos desde el nacimiento de sus hijos, los testigos dieron cuenta que la relación se interrumpió, además existe prueba de otra relación con el señor CARLOS SÁNCHEZ BERNAL, con quien procreó una hija, lo cual denota que no existió convivencia con el causante desde el año 2000.

En lo que atañe a la litisconsorte necesaria tampoco logró acreditar cinco (5) años de convivencia anteriores al fallecimiento, pues no probó que fuera continua, además en la investigación de COLPENSIONES adujo que la relación inició en el 2009 y en el presente juicio en el año 2010.

Por lo expuesto, estima el togado que ni la demandante, ni mucho menos la litisconsorte necesaria, lograron acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder al derecho pensional anhelado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión de primera instancia la señora MARIA DE JESÚS BOCANEGRA GARCIA presenta recurso de apelación al haberse verificado un análisis probatorio desacertado, pues estima que se acreditaron cinco (5) años de convivencia, lo cual se extrae de la declaración extra juicio emitida en el año 2015, en la cual el causante manifiesta una convivencia con la demandante por espacio de 33 años, luego si bien se aduce que existe una incongruencia por cuanto existió un matrimonio con otra persona en el año 2000, ello *per se* no implica que durante los últimos cinco (5) años no haya existido la convivencia.

A su turno la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA presenta recurso de apelación argumentando que quienes cuidaron al causante durante el último mes antes del deceso, corroboran que se dio una separación ante el estado de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

salud sus padres, lo cual no implicó la finalización de la convivencia, lo cual conduce además a revocar la condena en costas, en tanto se demostró que la demandante principal no era beneficiaria de la pensión.

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.

a. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante MARÍA JESÚS BOCANEGRA y/o la litisconsorte necesaria CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA, cumplen los requisitos previstos en la ley para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada.

c. De la calidad de pensionado del causante:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que al señor JAIME GALVIS ZEA, le fue concedida la pensión de vejez mediante Resolución GNR 412185 del 18 de diciembre del 2015 (CD Fl 97) y que falleció el 9 de septiembre del 2015 (Fl 4).

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

Teniendo en cuenta que el deceso del causante data del 9 de septiembre del 2015 (Fl 4), es patente que el derecho pensional deprecado debe ser analizado a la luz de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 46 y 47 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando 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 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”.

Finalmente, se debe precisar que si bien mediante la sentencia SL-41637 del 2012 la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentó la postura atinente a que la cónyuge con vínculo matrimonial vigente con separación de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes bastándole con acreditar



los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, misma que se ha mantenido de forma pacífica a la fecha, por lo menos para el caso de los pensionados.

También lo es que de forma reiterada ha sostenido que tal prerrogativa, no se predica respecto de la compañera permanente, pues estima que para quienes mantuvieron la unión bajo este tipo de vínculos, si se requiere acreditar los cinco (5) años de la convivencia hasta la data del deceso, como se permitió reiterarlo recientemente en la sentencia SL-362 del 2021, al explicar:

“En relación con el asunto controvertido, doctrina reiterada de la Corte, verbigracia, la vertida en sentencias SL 41637 de 2012 – SL 45038 de 2012, sostiene que la protección introducida por el último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, está orientada a la protección del vínculo matrimonial, pues lo que le permite al cónyuge acceder a la prestación es «la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial», sin que sean relevante para la adquisición de la pensión, figuras como «la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal» (...)

“Por su parte, la recurrente reprocha al Tribunal no haber interpretado el inciso 3º del literal b) del artículo 13º de la Ley 797 de 2003, extendiendo a la compañera permanente los mismos derechos que le asisten a la cónyuge separada de hecho, en aplicación del principio de igualdad consagrado por el artículo 13º de la Constitución Política, increpando la existencia de un trato discriminatorio para acceder al beneficio pensional, con el que se restringe el derecho exclusivamente para la cónyuge.

“Al respecto, cabe decir que la Corte ha señalado que la norma no entraña trato discriminatorio frente a la compañera permanente. Así lo explicó, en lo pertinente respecto del pensionado, en sentencia SL 1399 de 2018:

“De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

“Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En este sentido, la Corte Constitucional al estudiar los efectos del vínculo matrimonial y las uniones de hecho, explicó que no es posible equipararlos. Anotó que la comunidad de vida que se da en ambos vínculos, jurídicos y naturales, es vital para el matrimonio, pero no es lo esencial en él. Precisó en la sentencia C-533 de 2000, que «la esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges», señalando que los casados no son simples personas que viven juntos, son más bien personas jurídicas vinculadas, en cambio, la unión libre «si se produce por el solo hecho de la convivencia y en ella los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la terminación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja».

“Así las cosas, no son comparables situaciones fácticas diferentes como lo pretende la recurrente al estimar que le son aplicables al punto en estudio las mismas razones que se expusieron al analizar el derecho pensional cuando existe convivencia simultánea entre cónyuge y compañera permanente, donde el elemento común es la convivencia”.

De cara a lo indicado salta de bulto que conforme la línea jurisprudencial vigente, la compañera permanente para poder acceder a la sustitución pensional, deberá acreditar de forma indiscutible una convivencia con el causante por un término que no puede ser inferior a los cinco (5) años y que debe perdurar hasta la data del deceso.

c. Del caso en concreto:

En claro los requisitos para acceder a la sustitución pensional y teniendo en cuenta que tanto la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA GARCÍA como la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA, pretenden acceder a la indemnización sustitutiva del señor JAIME GALVIS ZEA, en calidad de compañeras permanentes, es patente que para dicho fin, resulta imperioso demostrar la convivencia efectiva de los cinco (5) años hasta la data del deceso. Supuesto de hecho que se procederá a verificar de cara al material probatorio recaudado.

De esta forma, acorde lo reglado en los artículos 60 y 61 del C.P.T y la S.S, corrobora la Corporación que en el plenario milita la Resolución SUB 159933 del 21 de junio del 2019 (Fls 16 a 32) en la cual se dispuso revocar la Resolución No 412185 del 18 de diciembre del 2015, por medio de la cual se había reconocido la sustitución pensional a la libelista, teniendo en cuenta que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dentro de la investigación administrativa No 125-18, llevada a cabo por la Gerencia de Previsión del Fraude en la cual se determinó que *“la ciudadana presentó declaraciones falsas, pues NO acredita la condición de beneficiario por cuanto no existió vida marital dentro de los cinco (5) años anteriores al fallecimiento del causante”*.

También aporta la demandante fotografías familiares que dan cuenta de reuniones y acontecimientos familiares en los cuales aparece la pareja desde 1992 hasta el año 2000, se porta una fotografía del año 2002 y las restantes son del año 2010 en adelante, pero se resalta que en la mayoría de las mismas lo que se puede observar es al causante compartiendo con sus hijos en paseos y ocasiones especiales como grados y reuniones decembrinas (Fls. 44 a 64); una declaración extrajuicio del causante del 8 de septiembre del 2015, en la que indica que hace vida marital de hecho con la demandante por más de 33 años (Fl 5); los registros de nacimiento de los hijos de la pareja: JAIME ANDRÉS GALVIS BOCANEGRA del 7 de octubre de 1988 y VANESSA GALVIS BOCANEGRA del 22 de octubre de 1992 (Fls 2-3), junto con la Epicrisis del causante (Fls 65 a 76).

De otra parte, se aporta una declaración extrajuicio de la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA, en la que indica que convivió con el causante desde el 12 de abril del 2009 (Fl 110); junto con las declaraciones extrajuicio de JENNY JOHANNA PÉREZ (Fl 111) y SONIA SANDRA ALICIA SIERRA PEDRAZA (Fl 112), quienes refieren que el causante para la data del deceso era soltero y tenía una unión marital de hecho con la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA desde el 12 de abril del 2009 hasta la data de deceso.

Llama la atención de la Sala que reposa un certificado de tradición en el que consta que la demandante MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA GARCÍA adquirió un bien inmueble con el señor CARLOS MARÍA SÁNCHEZ BERNAL el 21 de junio del año 2000 (Fls 144 a 145), mismo con el que según aparece consignado en la investigación administrativa, la promotora del litigio procreó una hija en el año 2002 de nombre JULIANA SÁNCHEZ BOCANEGRA (Fl 11) y que ella misma confesó que sostuvo una relación con el mismo.



Ahora en el curso de los interrogatorios de parte la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA confesó que se conoció con el causante en el año 2004, iniciando una relación en el año 2009, y prácticamente en ese año comenzaron a convivir como una pareja hasta el año 2013, cuando le diagnosticaron cáncer de estómago, lo operaron y luego de la cirugía se fue a vivir a casa de una hermana, para posteriormente reanudar la convivencia; posteriormente se practica una segunda cirugía, no obstante no pudo estar con él debido a que sus propios padres se enfermaron, ante lo cual el causante le aseveró que sus hijos lo cuidarían, y desde ese momento no volvió a saber nada de él, sino hasta la fecha del deceso.

Aclara que ella sabía que el compartía con sus hijos y la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA GARCÍA, no obstante ella estaba casada con el señor CARLOS MARÍA SÁNCHEZ BERNAL, con quien tiene una hija de 15 años. Sin embargo, se precisa que al finalizar la declaración cuando se le interroga nuevamente desde cuando iniciaron a convivir, afirma que para el año 2010 vivía con su hija y que con el causante convivió en el 2010 o 2011.

A su turno MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA, confesó que si bien convivieron de 1982 al 2015, estuvieron se parados por un tiempo de 5 meses por maltrato en el 2015; que tuvo una hija con el señor CARLOS SÁNCHEZ BERNAL, con quien no convivió, por el contrario habló con el causante y decidieron volver en el año 2015, momento desde el cual convivieron hasta el deceso. Sin embargo, al volver a interrogarle señala que tras el nacimiento de su hija decidió volver con el causante por sus hijos, además confiesa que contrajo nupcias con el señor CARLOS SÁNCHEZ BERNAL por lo católico, pero no lo registró.

De otra parte fueron escuchados los testimonios de MARTHA CECILIA HURTADO, quien refiere conocer a la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA por cuanto es su vecina, y le consta que ella convivió con el causante con quien procreó dos hijos, y que también tiene una hija con otra persona; refiere que estuvieron distanciados cuando nació su hija, y posteriormente convivieron los últimos 6 años antes del deceso.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora ESPERANZA LUCERNA LOZANO asevera que conoce a la demandante hace más de 20 años por motivos de vecindad, señala que la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA convivió en unión libre con el causante y tiene dos hijos, sin conocer a la hija; refiere no conocer si tenía una relación con otra persona.

La señora CARMIÑA GALVIS ZEA, hermana del causante, indica que CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA era la compañera permanente del causante, mientras que la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA era la madre de sus hijos, no obstante se separaron hace más de 15 años, lo cual quedó consignado en el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá en el proceso de sucesión de la casa de su madre, proceso en el cual la referida señora declaró que no tenía una relación con el causante.

Refiere que conoció a CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA en el año 2009 cuando se la presentó su hermano, momento en el cual le dijo que era su pareja. Relata que la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA abandonó a su hermano y lo dejó al cuidado de los hijos, de hecho quien los cuidaba era la madre del causante durante las vacaciones.

Asevera que cuando el causante se enfermó en el año 2012, ella y sus hermanos lo cuidaron, y la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA lo visitaba, cuando el salió convivió con sus hijos, y luego se enteraron que la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA lo llevó a su apartamento, y no lo pudo volver a ver, motivo por el cual vivió con él por espacio de 8 o 15 días al final de sus días, haciéndole firmar la declaración extrajuicio un día antes de su muerte. Precisa que la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA se tuvo que separar de su hermano por motivos de salud de su propia madre a quien debía cuidarla.

Por su parte el señor NELSON ARMANDO ACOSTA OCHOA, indica que era vecino del causante y de la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA en el barrio Roma desde el año 2009; señala que el causante le comentó de sus hijos, y que una casa en Carimagua donde ellos vivían estuvo con él cuando tuvo la primera recaída por su enfermedad en el año 2013, cuando lo visitó 2 o 3 veces, y observó la convivencia y tuvo conocimiento que falleció en el año 2015 y asistió a las exequias.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor JORGE GARCÍA indica que conoció al causante por ser el cónyuge de la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA, quien falleció en el apartamento de ella, lugar en el cual lo visitó 15 días antes del deceso; afirma que él tenía otra casa en donde vivían los hijos, conoce que la demandante tuvo una hija con otra persona, pero no le consta si convivieron.

Finalmente, el señor CARLOS JAIRO VILLAMIL quien conocía al causante por motivos de vecindad en el barrio Roma, señaló que le comentó que tenía dos hijos con la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA, de quien se separó, por cuanto tuvo un hija con otro señor e incluso contrajo matrimonio, por lo que él tenía la intención de formalizar su relación con la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA, con quien siempre lo vio como pareja, y tiene entendido que al final de sus días ella se dedicó al cuidado de su madre.

De cara a lo indicado evidencia la Sala que si bien no se puede desconocer que el causante mantuvo una relación sentimental con la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA, pues salta de bulto que la pareja procreó incluso dos hijos, lo cierto es que se acreditó en el plenario que dicha convivencia no pudo ser ininterrumpida hasta la data del deceso, pues como ella misma lo confesó, procreó una hija con el señor CARLOS SÁNCHEZ en el año 2000, compraron una vivienda ese mismo año e incluso contrajeron nupcias por el vínculo católico.

Siendo así, se torna totalmente cuestionable lo indicado por la demandante al afirmar en el juicio que solo se había separado del demandante un mes en el año 2015, cuando se evidencia que contrajo nupcias en el año 2000 y dicha relación tenía la vocación de conformar una familia, al punto que procrearon una hija y adquirieron un inmueble.

Este mismo argumento, nos lleva a que se pierda credibilidad al dicho de las testigos MARTHA CECILIA HURTADO, ESPERANZA LUCERNA y JORGE GARCÍA, quienes pese a afirmar que eran vecinos de la pareja por mucho años e incluso las dos primeras afirman que tenían un gran vínculo de amistad, ni siquiera conocían que la actora contrajo nupcias con otra persona, y la señora ESPERANZA LUCERNA refiere que no conoce a la hija de la actora, cuando el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

resto de testigos afirman que la menor tenía ya 15 años para la data del deceso del finado.

Ahora, no desconoce la Sala que el causante, en efecto falleció en el apartamento de la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA, no obstante, lo cierto es que se colige de la totalidad de los testimonios, en especial de la declaración de la hermana del causante, ello acaeció por cuanto después de su última cirugía en el año 2015, él regresó a su casa en el Tintal con sus hijos, quienes se encargarían de cuidarlo, ante lo cual la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA lo llevó a su apartamento a efectos de cuidarlo los últimos días antes de su fallecimiento. Supuesto de facto que incluso reconoce de forma nítida la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA, pues ella misma confiesa que después de la segunda recaída no lo podía cuidar por lo cual quedó al cuidado de sus hijos, de la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA e incluso de su pareja, señor CARLOS SÁNCHEZ.

En tal sentir, aunque la demandante si estaba viviendo con el finado el día de su deceso, realmente no se constata que fuera como pareja, ni mucho menos que fuera durante los últimos 5 años a su deceso, pues lo cierto es que se probó que la pareja se había separado años atrás.

En lo que respecta a la declaración extrajuicio del 8 de septiembre del 2015 (Fl 5), en la que el causante sostiene que lleva conviviendo con la demandante por espacio superior a 30 años y que es su intención que la pensión le quede a esta, llega la Sala a la misma conclusión que COLPENSIONES, esto es que la manifestación contenida en la misma no puede ser cierta, pues como se expresó la pareja se separó y no convivieron juntos los últimos cinco años antes del deceso, máxime que la misma se suscribe un día antes del fallecimiento, cuando conforme su epicrisis se encontraba en delicado estado de salud y tenía un cuadro depresivo para la data del deceso como consecuencia de su enfermedad, el tratamiento y las intervenciones quirúrgicas que le fueron realizadas (Fls 65-76).

De otra parte, se corrobora del dicho de la hermanada del causante CARMUÑA GALVIS, y los testigos JAIRO VILLAMIL y NELSON ACOSTA, que realmente el causante tenía una relación sentimental con la señora CECILIA SIERRA DE



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SALAVARRIETA por lo menos desde el año 2009, hecho de pleno conocimiento para los amigos y familiares del mismo, sin embargo, lo cierto es que la pareja no convivió hasta el deceso pues el causante los últimos meses quedó al cuidado de sus hijos y de la señora MARÍA DE JESÚS BOCANEGRA y su pareja, pues la señora CECILIA SIERRA DE SALAVARRIETA debía cuidar a su madre que también estaba enferma. Ahora, aunque no se desconoce la relación sentimental, tampoco se puede llegar a afirmar la data en que inició la convivencia de la pareja, pues la señora CARMÍÑA GALVIS señala que nunca los visitó en su hogar e incluso refiere que su hermano vivía en la casa que tenía en el Tintal con sus hijos, hecho que concuerda con todas las declaraciones, de hecho todos los testigos que conocieron la pareja afirman que él tenía la intención de formar un hogar a futuro con esta, lo que realmente no se acredita que se haya materializado.

Argumentos que nos llevan a colegir que no existió una convivencia permanente, por lo menos durante los 5 años anteriores al deceso.

De lo expuesto se colige que ni la demandante ni la litisconsorte necesaria que demandó en reconvención, lograron acreditar que en calidad de compañeras permanentes convivieron con el finado durante los últimos cinco (5) años a su deceso. Situación que nos lleva a inferir que no cumplen con la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, como de forma clara y acertada lo determinó el fallador de primer grado, quien vale la pena anotar, realizó una gran labor en el recaudo de la prueba testimonial y de los interrogatorios, con el objeto de permitir arribar a la verdad real de los hechos que nutren este juicio. Por manera que se confirmara la providencia recurrida.

En lo que respecta a la condena en costas basta indicar que estas operan de forma objetiva acorde las reglas del artículo 365 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S, y según esta, dichos costos deben ser asumidos por la parte vencida en juicio, de forma que el fallador de primer grado no erró al imponer las mismas a cargo de las hoy recurrentes, en tanto sus pretensiones no salieron adelante.

SIN COSTAS en esta instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:

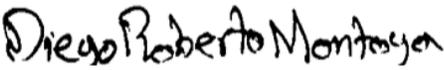
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de abril del 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

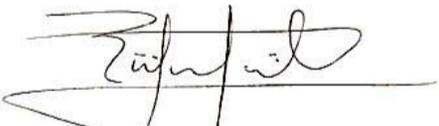
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado
ACLARO VOTO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 33 2018 00392 01**
Demandante: **ANA PATRICIA LARROTA PACHECO**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN**
 S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

En atención a los poderes allegados al proceso, se les reconoce personería adjetiva para actuar a: *Iván Darío Blanco Rojas*, identificado con C.C No 80.221.256 y T.P 205.113 del C.S.J, en calidad de apoderado de Colpensiones y a la profesional del derecho *Olga Bibiana Hernández Téllez*, identificada con C.C No 52.532.962 y T.P 228.020 del C.S.J, en calidad de apoderado de Protección S.A.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida el 28 de abril de 2021 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 decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora ANA PATRICIA LARROTA PACHECO formuló demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., el 19 de julio de 2001.

Por consiguiente, se condene a PROTECCIÓN S.A. a liberarla de su base de datos, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como lo son cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 4 de octubre de 1956, empezando su vida laboral desde el mes de marzo de 1991, fungiendo como empleadora la RAMA JUDICIAL. Que para dicha data, CAJANAL por medio de un comunicado le informó que debía afiliarse a un fondo de pensiones obligatorias, de ahí que haya decidido trasladarse el 31 de mayo de 1999 a PORVENIR S.A., el 12 de junio de 2000 se trasladó a la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., posteriormente se trasladó a SKANDIA S.A. y el 11 de mayo de 2010 retornó a PROTECCIÓN S.A.

Que se trasladó de régimen pensional debido a que los fondos de manera engañosa y asaltando su buena fe le prometieron que se pensionaría antes de los 50 años de edad, aduciendo además que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, y que el monto de la pensión sería más alto, sin manifestarle que el capital requerido para pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni el plazo para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes del cumplimiento de los 47 años de edad.

Refirió que el asesor de la época no le elaboró la proyección de la pensión, mostrándole la diferencia entre uno y otro régimen pensional.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que de las pruebas arrimadas al plenario, se advierte que la accionante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación primigenio con la PORVENIR S.A. y sus posteriores traslados horizontales a las AFP SANTANDER, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y finalmente PROTECCIÓN S.A.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. adujo en su contestación que cumplió con su deber legal de asesorar y acompañar a la demandante, y en ningún tiempo la engañó, ni mucho menos la obligó a afiliarse ante sus dependencias, pues realmente se le suministró una asesoría completa, veraz y profesional, basada en los lineamientos legales y dentro de las reglas de la sana competencia, donde la actora pudo obtener la suficiente información y conocimiento para tomar una decisión responsable y debidamente informada.

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, e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. argumentó en su contestación que se le informó a la demandante que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permita obtener una mesada pensional superior al 110% del S.M.L.M.V. y a su vez, le indicó las características propias del régimen, tales como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos en caso de no cumplir presupuestos para el derecho



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensional, heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios y la garantía de pensión mínima, entre otros.

Por tal razón, se cumplió con el deber de información que le era oponible a la demandante para la fecha en que se realizó la solicitud de traslado horizontal. En ese orden de ideas, para el traslado efectuado por la demandante ante sus dependencias, se le otorgó la información necesaria de manera suficiente para que la actora tomara una decisión libre, voluntaria e informada, de acuerdo con los requisitos y características vigentes para su momento.

Formuló las excepciones denominadas 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 Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. el 12 de junio de 2000, por lo que condenó a PROTECCIÓN S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales.

Asimismo, condenó a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida e integrar en su totalidad la historia laboral. También condenó a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES de manera proporcional al tiempo en que la demandante estuvo afiliada con cada una de ellas, declarando no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y las demás presentadas por las demandadas.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Suprema de Justicia, les atañe a las AFP la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, brindaron una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen, así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los derechos pensionales de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto por parte de PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Adujo que la actora se trasladó en el año 2000 ante sus dependencias, suscribiendo para ello el respectivo formulario de afiliación, documento que era el único a tener en cuenta al momento de su vinculación, de ahí que resulte válidamente trasladada atendiendo lo regulado en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993. Igualmente, quedó demostrado con el interrogatorio de parte rendido por la actora que recibió la debida información.

Finalmente que no es dable emitir condena atinente a la devolución de los gastos de administración, toda vez que de declararse la ineficacia, los frutos dados por la administración sobre los recursos de la actora no se causarían.

PROTECCIÓN S.A. sostuvo que no es factible disponer la devolución de los gastos de administración y del seguro previsional, toda vez que dichos descuentos fueron realizados por disposición legal, tal como lo dispone el artículo 20, numeral 2º de la Ley 100 de 1993. En ese orden de ideas, la decisión de primer grado implica causar un enriquecimiento sin causa.

Finalmente COPENSIONES refirió que se incurre en detrimento patrimonial en el evento se estimarse que los montos objeto de devolución no sean suficientes para financiar la pensión; de igual manera, que la línea jurisprudencial esbozada por el *a-quo* en lo que concierne al deber de información, no puede ser aplicada dentro del presente asunto, por cuanto la demandante al momento del traslado no tenía una expectativa legítima de pensionarse, ni el traslado trasgredió su derecho pensional.

IV. CONSIDERACIONES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Así mismo, 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 12 de junio de 2000 a PORVENIR S.A. (Fl. 485), formulario 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 la accionante no confesó que se le haya suministrado la información necesaria, por el contrario, siempre manifestó la carencia de la misma, máxime si fue enfática en resaltar que la encartada no le brindó información respecto de las diferencias de cada régimen pensional, ni las ventajas ni desventajas de los mismos, pues sostuvo que PORVENIR S.A. tan solo le manifestó que se podría pensionar anticipadamente, que podría retirar sus aportes en un 100%, que en caso de muerte sus herederos o beneficiarios podrían retirar sus aportes, sin que en todo caso hubiese confesado que se le brindó la totalidad de la información y de las características de los regímenes pensionales.

De igual manera, la Representante Legal de PORVENIR S.A. fue enfática en señalar que aparte del formulario de información que suscribiera la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante, no existían otras pruebas que soportaran el presunto buen consejo que manifiesta la entidad, por lo que es evidente la falta de información en atención de los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora, si bien la demandante es abogada, ejerciendo en la actualidad el cargo de Fiscal Especializada ante la Corte Suprema de Justicia, su profesión en nada influye para que la AFP en su entonces realizada una debida información para el traslado. Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia en declarar la ineficacia del traslado, ya que atendiendo el criterio jurisprudencial sobre la carga de la prueba que le asiste a las AFP en demostrar una debida información al momento del traslado de un régimen pensional a otro, PORVENIR S.A. no demostró lo de su cargo.

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 que alegara PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en los recursos de apelación, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., última AFP donde en la actualidad la actora se encuentra vinculada, no verifiquen 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 virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las 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 las cargas que tiene que asumir la 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; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa.

De otra parte, 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 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

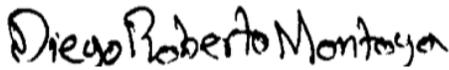
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 28 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones manifestó en síntesis que nació el día 3 de octubre de 1963 y la causante FLOR DEL CARMEN MORA CORREA el 29 de abril de 1968; precisa que contrajeron matrimonio católico el 8 de noviembre de 1986 y dentro de dicha unión procrearon tres hijos de nombres MILDRED JANETH, PAOLA ANDREA y WILLIAM ALEXANDER COCUNUBO MORA, todos mayores de edad.

Señala que la causante FLOR DEL CARMEN MORA CORREA cotizó a PROTECCION S.A. un total de 479.29 semanas y falleció el 15 de febrero de 2017, por lo que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión sobrevivientes.

Resaltó que mediante oficio de fecha 19 de mayo de 2017 PROTECCION S.A. resolvió negar la prestación pensional argumentando en síntesis que al trámite administrativo se presentó otro posible beneficiario en calidad de compañero de la causante, por lo tanto, la jurisdicción ordinaria es la competente para dirimir el asunto.

Sostuvo que, el vínculo matrimonial se mantuvo hasta la data del deceso, por cuanto no se divorciaron y la sociedad conyugal no se liquidó, conviviendo de manera permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa con la causante desde el 8 de noviembre de 1986 hasta el día del deceso; finalmente que con la respuesta emitida por la demandada mediante oficio Radicado 0200001112712600 del 7 de octubre de 2014, se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La AFP PROTECCION S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, señalando que se debe integrar el contradictorio vinculando al presente trámite procesal al señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, teniendo en cuenta que se presentó en tres oportunidades indicando que ostentaba la calidad de compañero permanente de la afiliada fallecida, situación que además motivó a que mediante comunicación de fecha 19 de mayo de 2017, se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

le haya notificado al actor que se dejaba en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Propuso como medios exceptivos los que denominó imposibilidad de reconocer la pensión por falta de competencia, buena fe y la genérica.

Con auto del 15 de mayo de 2019, el Juzgado de conocimiento ordenó vincular al señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, para que interviniera si a bien lo tuviese, en los términos del artículo 63 del CGP.

De cara a lo indicado presentó demanda como tercero *ad excludendum*, en la que solicitó se declare su calidad de compañero permanente y en consecuencia le asiste el derecho al reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes, el respectivo retroactivo pensional, la indexación de las sumas adeudadas y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, indicó en síntesis que la causante FLOR DEL CARMEN MORA CORREA desde el año 2007 dejó de convivir con el señor ANGELMIRO COCUNUBO COCUNUBO, motivada en que la maltrataba tanto psicológica como físicamente, configurándose una separación de hecho; que para el año 2010 continuaba la existencia de las agresiones verbales y psicológicas, por lo que la causante y sus hijos se vieron obligados domiciliarse en la casa de habitación de su propiedad, iniciando la convivencia en calidad de compañeros permanentes.

A su vez, el señor ALGEMIRO COCUNUBO COCUNUBO contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, alegando no ser ciertos los hechos indicados en la demanda, por cuanto fue él quien convivió con la causante FLOR DEL CARMEN MORA CORREA de manera ininterrumpida desde el 8 de noviembre de 1986.

Propuso como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido, falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda señalando que no se oponía ni se allanaba a las pretensiones, toda vez que le correspondía a los accionantes demostrar el tiempo de convivencia mínima para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Propuso como excepciones de mérito, las que denominó imposibilidad de reconocer la pensión por falta de competencia, buena fe por parte de la demandada y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 16 de abril del 2021 declaró que los señores ANGELMIRO COCUNUBO COCUNUBO y AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ tienen derecho a la pensión de sobrevivientes de la causante FLOR DEL CARMEN MORA CORREA; condenó a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, en proporción del 90% para el señor ANGELMIRO COCUNUBO COCUNUBO y el 10% para el señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, debiendo indexar las sumas adeudadas.

Absolvió a la encartada de las demás pretensiones incoadas en su contra y autorizó a PROTECCIÓN S.A. a descontar del retroactivo por mesadas pensionales los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Se abstuvo de imponer costas.

Para arribar a la anterior conclusión, argumentó que según la historia laboral de la afiliada, cotizó 50 semanas en los tres años anteriores al deceso, e indicó que de acuerdo con el acervo probatorio tanto el señor ANGELMIRO COCUNUBO COCUNUBO como el señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ tienen derecho a la pensión de sobrevivientes que reclaman.

El primero en calidad de cónyuge supérstite de la causante, en tanto el vínculo matrimonial se mantuvo hasta la data del deceso y la convivencia se extendió por más de cinco (5) años. Frente al señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, encontró acreditada la convivencia durante los años anteriores al deceso, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

calidad de compañero permanente, por lo expuesto, estima que se debe repartir la prestación de forma proporcional al tiempo de convivencia.

Expresa que si bien respecto del señor ANGELMIRO COCUNUBO COCUNUBO no hubo una posición uniforme de los testigos, en su gran mayoría refirieron que la pareja se separó para el año 2013 aproximadamente, estableciendo una convivencia desde noviembre de 1986 hasta noviembre de 2013, en un total de 27 años.

Respecto al señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ no se encontró probado que la causante se haya separado de su cónyuge desde el año 2007, ni que ello obedeciera a maltratos físicos ni psicológicos, ni tampoco existe prueba que la separación de los cónyuges se haya llevado a cabo en el año 2010, no obstante se acreditó que ostentaba la calidad de compañero permanente.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que en reciente jurisprudencia se ha indicado que independientemente que se trate de la pensión de un afiliado o pensionado, lo que se pretende es proteger el núcleo familiar, en ese orden de ideas de los testimonios de los hijos de la causante se desprende que al momento del fallecimiento estaba haciendo vida marital con el señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, por lo que consideró que la decisión más acertada debió ser de otorgarle la pensión al tercero interviniente.

En gracia de discusión solicita revisar los porcentajes en que se concedió la pensión, pues de los testimonios no son claro en establecer los tiempos de convivencia.

A su turno, el tercero *ad excludendum* AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ interpuso recurso de apelación, en el que en síntesis expuso que debía tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual se aclara que cuando se da el deceso de un afiliado no se tendrá en cuenta el tiempo de convivencia, debiéndose dar credibilidad a los hijos de la causante, a quienes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

les consta la convivencia, y mal podría acogerse versiones de personas ajenas, quienes no pueden dar fe de la convivencia.

Señala que de llegar a determinarse que la pensión debe ser compartida, lo debe ser en un 50%, porque no se puede privilegiar unas pruebas testimoniales por encima de las versiones que dan sus propios hijos.

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, resta por establecer si el aquí demandante y el tercero *ad excludendum* ostentan la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de la causante FLOR DEL CARMEN MORA CORREA; en caso afirmativo, de existir derecho determinar el porcentaje en que les corresponde la prestación económica.

c. De la calidad de afiliada de la causante:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que la señora FLOR DEL CARMEN MORA CORREA falleció el día 15 de febrero del 2017 (Fl 18), data para la cual ostentaba la calidad de afiliada de la AFP PORVENIR S.A., para la cual había cotizado una densidad de 479 semanas (Fl 20).

De forma tal que, no existe controversia, en cuanto a que la norma llamada a gobernar la presente controversia, por tratarse de una afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no son otras que los artículos 73 y 74 de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

El artículo 73 de la Ley 100 de 1993 prescribe que los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes serán los previstos en los artículos 46 y 48 de la misma norma. A su vez, el artículo 46 *ejusdem* fue modificado por el artículo 12 de la Ley 797 del 2003, en la cual se consagra que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado los miembros del grupo familiar del afiliado siempre que este a la fecha de su fallecimiento haya cotizado 50 semanas, dentro de los últimos 3 años. Presupuestos que encuentran acreditados, con el resumen de semanas que reposa a folios 20 a 25.

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

Hecha la anterior precisión, le resta a la Sala por establecer si el demandante y el tercero *ad excludendum* tienen la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de la causante. Para tal fin, resulta indispensable tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 y entrar a precisar la línea jurisprudencial que sobre la exégesis de esta norma existe.

En tal sentir, lo primero que vale recabar es en que conforme la precitada normativa 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, al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con la causante y haya convivido con la fallecida no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Ahora bien, en una primera oportunidad la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se pronunció respecto del alcance de esta norma en sentencia del 20 de mayo del 2008, Radicación No. 32393, en la cual se determinó:

“En lo que respecta a la exigencia de la convivencia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en relación al texto de la norma anterior, no hizo sino



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aumentar de dos a cinco años el mínimo requerido y, como quiera que el artículo 12 ibidem conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a “los miembros del grupo familiar” del pensionado o afiliado fallecido, en principio, no existe una razón valedera para cambiar la posición de la Sala, plasmada en la jurisprudencia contenida en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), pues el simple aumento del tiempo mínimo que debía convivir la pareja antes de la muerte del causante, sería irrelevante frente a los supuestos de la norma que tuvo en cuenta la Corte para llegar a la conclusión de que se debía dar un trato igual, tanto a los beneficiarios del PENSIONADO como del AFILIADO.”

La segunda tesis consistió en que la normativa establece los casos en los que acorde a la norma el compañero permanente y/o el cónyuge tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes, destacando que tan solo en una hipótesis el cónyuge con vínculo matrimonial vigente podría acceder a la pensión de sobrevivientes, acreditando cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, y ello sería únicamente cuando concurriera un compañero permanente; en tal sentir indicó:

“El evento 7 implica expresamente una excepción a la regla general de la convivencia, en cuanto permite al cónyuge sobreviviente que mantiene vigente el vínculo, pero se encuentra separado de hecho, reclamar una cuota parte de la pensión, en proporción al tiempo convivido, “...siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante”.

Ahora, vale la pena indicar que ambas posturas fueron objeto de estudio por parte de nuestro máximo órgano de cierre. En tal medida, la primera postura que fue morigerada fue la atinente a la convivencia exigible a la cónyuge con vínculo matrimonial vigente. En la medida en que, desde la sentencia SL 40055 del 2011 y como se explicaría con mayor detenimiento en la SL – 41637 del 24 de enero del 2012, la cónyuge con vínculo matrimonial vigente puede acceder a la pensión de sobrevivientes, siempre que acredite cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, indistintamente que exista o no compañero o compañera permanente. Fue así como se indicó en la última de las providencias enunciadas, lo siguiente:

“Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho. [...]

“No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarle, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.

“Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos.”

Posición que se mantiene incólume y fue reiterada recientemente, entre otras, en la sentencia la SL- 2015 del 28 de abril del 2021, Radicación No. 81113, en la cual se precisa:

“Esa orientación, pese a que en algún momento tuvo soporte en algunas decisiones emitidas por esta corporación, resulta errónea a la luz de la vigente interpretación que tiene esta Sala frente al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en tanto, como lo reclama la censura, dicha norma resguarda el derecho pensional del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, que demuestre el desarrollo de una convivencia no inferior a cinco (5) años, en cualquier tiempo, sin necesidad de más aditamentos o requisitos no previstos en la norma como el de mantener un «vínculo dinámico y actuante» hasta el momento de la muerte¹ [...]

“De otro lado, aunque el Tribunal también puso tímidamente en duda el presupuesto mínimo de una convivencia durante cinco (5) años, por la existencia de conflictos de pareja, lo cierto es que, como lo aduce la censura, ello aparejaría otro error jurídico, en tanto, como lo ha explicado esta corporación, tal presupuesto legal no se puede negar o desdibujar automática y maquinalmente por la existencia de discusiones o

¹ Posición jurídica que sustenta la Corte en lo que se explicó en la sentencia SL-5169 del 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

desavenencias familiares que, en términos proporcionales, no desdican de una solidaridad y acompañamiento familiar estable. (Ver CSJ SL12029-2016, CSJ SL18068-2016, CSJ SL6286-2017, CSJ SL6519-2017, CSJ SL11940-2017 y CSJ SL2010-2019, entre muchas otras).

“Finalmente, no le asiste razón a la oposición al hacer hincapié en el hecho de que el demandante no «participó en la construcción de la pensión de vejez» o no acompañó a la fallecida «durante su vida productiva», por dos razones fundamentales. En primer lugar, desde el punto de vista jurídico, a pesar de que la Corte ha reivindicado esos supuestos para reforzar la argumentación tendiente a clarificar el derecho del cónyuge separado de hecho, nunca ha esbozado una regla jurídica estricta y cerrada en tal sentido, que indique que quien no demuestra en el proceso esa forma de acompañamiento deja de ser beneficiario de la prestación”.

En lo que respecta a la otra postura, sentada en la sentencia con Rad. 32393 del 2008, consistente en que el requisito de convivencia resulta exigible al cónyuge y/o compañero permanente, indistintamente de si se trata de muerte de afiliado o de pensionado, debemos precisar que la misma se mantuvo incólume desde dicha data y hasta el año 2020, a través de innumerables pronunciamientos, como SL 793 del 13 de noviembre del 2013, Radicación No. 47031, SL-14068 del 27 de abril del 2016, Radicación No. 49692, SL- 1399 del 25 de abril del 2018, Radicación No. 45779, SL-3468 del 22 de agosto del 2018, Radicación No. 62766, y SL- 347 del 13 de febrero del 2019. En esta última se indicó:

*“Al respecto, estima la Sala que, so pretexto de interpretar el contenido de la sentencia CC C-1094 de 2003, efectivamente el Tribunal distorsionó el sentido hermenéutico del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por cuanto la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la convivencia de cinco (5) años prevista en esta norma se predica tanto para el evento del fallecimiento del **afiliado** como del **pensionado**, para efectos de la pensión de sobrevivientes, pues no existen razones válidas para establecer diferenciaciones entre los beneficiarios del primero y los del segundo y, porque, además, la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho pensional, que no sufrió modificaciones sustanciales con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, salvo en lo referente al tiempo mínimo de vida en común, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL3468-2018.”*

Sin embargo, tal postura fue modificada en la sentencia SL- 1730 del 3 de junio del 2020. No de Rad.77327, en la cual la Corte Suprema de Justicia recogió el criterio imperante hasta el momento y precisó que acorde a un nuevo análisis de la norma, realizado de cara a la nueva composición de la Sala, se logró



determinar que el requisito de cinco (5) años de convivencia tan solo resultaba exigible en los casos en que se discutiera la pensión de sobrevivientes del pensionado, más no para el caso de los afiliados. Tesis a las cual arribó, tras las siguientes disquisiciones:

“Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

“Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

“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; (subraya y negrilla fuera de texto)*

*“Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos***



cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes”
(subraya y negrilla fuera de texto).

*“Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

“La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

*“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.”** (Negrilla fuera de texto)*

De lo expuesto, se sigue que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, tras aplicar los métodos de interpretación teleológicos y textual, esto es acorde la interpretación del legislador, así como la literalidad de la norma, a más de recabar en el propio criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-336 del 2014 y C-1176 del 2001, cuyos apartes se citan dentro de la *ratio decidendi* de la sentencia, concluye que para acceder a la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, basta acreditar la “condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida”.

Calidad que para el caso del cónyuge, se cumple tras la acreditación de las nupcias, indistintamente de que exista separación de cuerpos, pues dicha calidad solo se pierde, acorde a nuestra legislación nacional, a través del divorcio. Sobre el particular, vale la pena indicar que en un caso en que se discutía el derecho a la pensión de sobrevivientes de una persona que en alguno momento ostentó la calidad de cónyuge, pero se había divorciado del causante, la Corporación de cierre de esta jurisdicción, en su especialidad Laboral explicó en la sentencia SL- 4047 del 22 de mayo del 2019, Radicación No. 58324, estimó:

“Al respecto, debe recordarse que esta Sala de la Corte ha adoctrinado que, para que la cónyuge supérstite pueda ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, es preciso que el vínculo matrimonial se encuentre vigente, es decir, que no haya habido divorcio [...]

“Como se observa, esta Corporación es del criterio según el cual, para que el cónyuge supérstite pueda ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, es requisito indispensable la vigencia del vínculo matrimonial. Como en este caso la demandante recurrente se divorció del causante desde el año 1995, es claro que el Tribunal no cometió ningún error jurídico al concluir que no podía ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada”.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la sentencia SL-1730 del 3 de junio del 2020, se dejó sin valor ni efecto por parte de la Corte Constitucional en la sentencia SU-149 del 2021. Sin embargo, tal supuesto no implica que exista a la fecha un cambio de postura por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pues de hecho existen diversas sentencias posteriores a la reseñada, en la que se mantuvo incólume la referida postura, tal como la sentencia SL-362 del 10 de febrero del 2021, Radicación No. 86239, en la cual se puntualizó:

“En relación con el asunto controvertido, doctrina reiterada de la Corte, verbigracia, la vertida en sentencias SL 41637 de 2012 – SL 45038 de 2012, sostiene que la protección introducida por el último inciso del literal b) del artículo 1 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, está orientada a la protección del vínculo matrimonial, pues lo que le permite al cónyuge acceder a la prestación es «la vigencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

o subsistencia del vínculo matrimonial», sin que sean relevante para la adquisición de la pensión, figuras como «la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal»; así lo precisó la Sala en sentencia SL 1399 de 2018: (...)

“Al respecto, cabe decir que la Corte ha señalado que la norma no entraña trato discriminatorio frente a la compañera permanente. Así lo explicó, en lo pertinente respecto del pensionado, en sentencia SL 1399 de 2018:

“[...]

***“Finalmente, en esta oportunidad corresponde a la Sala precisar que la lectura de las anteriores citas jurisprudenciales, relativas a la connotación del vínculo matrimonial para efecto del derecho pensional del cónyuge separado de hecho, debe acompañarse con la sentencia CSJ SL 1730-2020, bajo el entendido de 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.”** (Negritas fuera de texto).*

Hechas las anteriores apreciaciones, desde ya debe indicar la Sala que se acoge a la última postura imperante en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, esto es, que en caso de muerte del afiliado para ser beneficiario de la pensión basta con acreditar la calidad de cónyuge o compañero permanente a la data del deceso, sin que sea necesario acreditar cinco (5) años de convivencia, requisito exigido normativamente en el evento del deceso de un pensionado.

c. Del caso en concreto:

Decantado lo anterior, procede la Corporación a descender al caso que hoy nos convoca, y para tal efecto debe volver la mirada la Sala sobre los medios probatorios arrimados al proceso, acorde con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., logrando constatar en los mismos que dentro de la prueba documental obra el Registro Civil de Matrimonio celebrado entre la causante y el hoy demandante ANGELMIRO COCUNUBO COCUNUBO el 8 de noviembre de 1986 (Fl 19); la declaración extra proceso rendida ante la Notaría Sesenta y Seis del Círculo de Bogotá por las señoras ANA PATRICIA ALFONSO LÓPEZ y ANA ISABEL LÓPEZ MARTÍNEZ, en la cual declararon haber conocido a la causante durante 25 y 20 años, y les constas que estaba casada con el señor ANGELMIRO COCUNUBO COCUNUBO, con quien convivió desde el día que los conocieron hasta el día del fallecimiento de la causante (Fl 26).



Así mismo se practicaron los correspondientes interrogatorios de parte, en el curso de los cuales el señor ANGELMIRO COCUNUBO COCUNUBO refirió que la convivencia dentro del matrimonio se mantuvo vigente hasta el año 2013, sin que se hayan divorciado; de igual manera que desconoce con quien convivió la causante desde dicha data hasta el deceso. Precisa que inicialmente convivieron en una casa de habitación y posteriormente en el año 2010 habitaron en arriendo en la casa del señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, hasta que culminó la relación. Al indagársele respecto de una misiva dirigida a PROTECION S.A., refiere que no era consciente de la convivencia que existía entre la causante y otra persona, pues ella le manifestó que estaría con la familia, y finalmente reitera que la convivencia operó hasta el año 2013.

En lo que respecta al señor AQUILINO GONZALEZ MARTINEZ, basta indicar que el mismo no concurrió a la audiencia llevada a cabo el día 16 de marzo del 2021, por lo que el juez dejó constancia que su inasistencia se tendría como indicio grave en su contra.

De otra parte, fue evacuado el testimonio del señor DIMAS TIQUE CULMA, a quien por vecindad le consta la convivencia de la causante con su cónyuge hasta el año 2013. Aclaró que entre los años 2010 y 2013 convivieron en la casa materna, y posteriormente arrendaron en otro domicilio.

Por su parte la señora NOHORA PATRICIA CASTRO, quien explica que conoció a la pareja porque tenía un restaurante, el cual era frecuentado por la causante y su cónyuge desde el año 2006, aunque es clara al indicar que no compartió con ellos en otros escenarios ni los llegó a visitar en el hogar. Precisa que se dio cuenta de la separación con el paso del tiempo, por cuanto no volvieron y escuchó rumores de que ya no vivían juntos.

Igualmente, concurrió como deponente la hija de la pareja, señora PAOLA ANDREA COCUNUBO MORA, quien narró que sus padres se separaron antes del deceso de su madre, aproximadamente por espacio de tres (3) años, durante los cuales convivió con el señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ. Aclaró que sus padres convivieron por espacio de veintiséis (26) años en la casa de sus abuelos y con posterioridad habitaron en la casa del señor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, separándose de hecho debido a problemas personales. Desde esa data, ellos convivieron con su madre y el señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, con quien su madre inició después una relación sentimental.

De otra parte la señora MILDRED JANETH COCUNUBO MORA, también hija de la pareja conformada por la finada y el promotor del juicio, indicó que sus padres convivieron hasta que se mudaron de la casa de su abuela en el año 2010. Inicialmente, su padre se fue vivir con ellos pero luego se separaron. Aclara que no recuerda la fecha exacta de la separación, no obstante en la casa de habitación a la que se mudaron vivieron por espacio de 2 o 3 años. Luego, tras la separación, su madre inició una relación sentimental con el señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ hasta que su madre enfermó y falleció.

Finalmente, se escuchó la declaración del señor WILLIAM ALEXANDER COCUNUBO MORA, hijo de la pareja, quien adujo que sus padres convivieron hasta el año 2014 o 2016. Indica que vivían en la casa del señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, y tras separarse de hecho con el promotor del litigio convivió con el referido señor entre dos (2) y tres (3) años.

De cara a lo indicado, se corrobora con meridiana claridad que para la fecha del deceso el señor ANGELMIRO COCUNUBO COCUNUBO ostentaba la calidad de cónyuge supérstite de la finada, pues contrajeron nupcias por el rito católico desde el 8 de noviembre de 1986 (Fl 19), sin que para la fecha del deceso de la causante, existiera divorcio de la pareja. Ahora, no desconoce la Sala que la pareja, según confiesa el propio demandante y son contestes los testigos, dejó de convivir por lo menos desde el año 2013, data desde la cual inició la convivencia con el señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ. Sin embargo, tal supuesto de facto no implica que desapareciera el vínculo matrimonial y por ende el demandante jamás perdió la calidad de cónyuge.

Situación que a la luz de la normativa y el alcance jurisprudencial antes esbozado, resulta suficiente para otorgarle la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Pues se itera, acorde el criterio imperante actual en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para ser beneficiario de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la pensión de sobrevivientes, por muerte del afiliado, basta acreditar la calidad de cónyuge o compañero permanente.

Bajo el mismo rasero, en el caso del señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, se advierte de la declaración de los hijos de la causante, que existe una clara consistencia en sus afirmaciones, al referir que luego de la separación de sus padres, inició una relación sentimental con el mencionado señor, con quien convivió hasta la data de su deceso.

Precisando que de las declaraciones se extrae que la pareja tenía la vocación de conformar una familia y un hogar, bajo los lazos entrañables de apoyo mutuo, en tanto es claro que la causante dio a conocer a sus propios hijos la conformación de su nueva relación sentimental, incluso la pareja convivió bajo el mismo techo. Destacando que aunque no existe precisión en cuanto a la data exacta en que inició la convivencia, se desentraña de las declaraciones que lo fue por lo menos desde el año 2013 hasta la data del deceso, esto es, el 15 de febrero del 2017. Luego si bien, se itera que el requisito de convivencia se torna irrelevante para la configuración de la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes del afiliado, lo cierto es que estos relatos, nos llevan a confirmar que el señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ era el compañero permanente de la causante para la data del deceso, calidad bajo la cual le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Finalmente, si bien es cierto que la convivencia deja de ser un requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes, ello no implica que desaparezca el derecho del cónyuge a acceder a la pensión en proporción al tiempo de convivencia, como lo dispone el aparte final del literal b) del artículo 13 de la ley 797 del 2003. Así las cosas, en la medida en que conforme lo confesado por el señor ANGELMIRO COCUNUBO COCUNUBO y lo expuesto por los testigos, es patente que convivió con la finada desde que contrajeron nupcias el 8 de noviembre de 1986 y hasta el año 2013, anualidad a partir de la cual se separaron. En tal medida, como no existe certeza en cuanto a la fecha exacta en que finalizó la convivencia en el año 2013 e inició la misma con el compañero permanente, Se estima que con el cónyuge la relación se extendió por lo menos hasta el 31 de diciembre del 2013 y en consecuencia, se tendrá



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que con el señor GONZALEZ lo fue del 1º de enero del 2014, hasta el deceso el 15 de febrero del 2017. Por manera que, en proporción al tiempo de convivencia al cónyuge supérstite le corresponde el 90% y al compañero permanente el porcentaje restante del 10%, como de forma acertada lo determinó la falladora de primer grado.

En mérito de lo expuesto, dimana lógica la confirmación de la providencia emitida 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: CONFIRMAR en su integridad, la sentencia proferida el 16 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Seis 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
SALVO VOTO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 37 2019 00199 01
Demandante: MILTON CÉSAR REYES BOHÓRQUEZ
Demandado: FIDUPREVISORA S.A. como Vocera y Administradora
del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR
CAPRECOM LIQUIDADO y LA NACIÓN – MINISTERIO
DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar la sentencia proferida el 2 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete 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 MILTON CÉSAR REYES BOHÓRQUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la FIDUPREVISORA S.A. como Vocera y Administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO y LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con CAPRECOM a término indefinido como trabajador oficial por el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 2007 y el 9 de mayo de 2016, teniendo como último cargo el de Profesional Universitario Especializado I.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, se declare que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, de ahí que la misma le deba ser aplicada. Que se declare que como consecuencia de la liquidación de CAPRECOM sucedida a partir del 28 de diciembre de 2015, la Convención Colectiva recobró su vigencia de forma integral a partir del 12 de junio de 2003, y que el Acta de Acuerdo Extraconvencional suscrita el 12 de junio de 2003, perdió su vigencia.

Igualmente, se declare que las encartadas como consecuencia de la reactivación de la Convención Colectiva de Trabajo le adeudan los valores que correspondan a los derechos suspendidos mediante el acuerdo extraconvencional del 12 de junio de 2003, a partir del 21 de marzo de 2007 y hasta la finalización del contrato de trabajo. Que se ha incumplido con el literal a) del Acta del Acuerdo Extraconvencional suscrita el 7 de junio de 2013, al no aplicarle el incremento salarial de \$200.000 para los años 2014, 2015 y 2016.

Que se transgredieron los principios constitucionales y convencionales de la igualdad, de asociación colectiva, al celebrarse acuerdos de los cuales fue excluido sin justificación alguna en la negociación de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 13 de diciembre de 2011, y la del 7 de junio de 2013.

Por consiguiente, se condene a las demandadas a liquidar y pagar a su favor el incremento de \$200.000 acordados en el Acta del Acuerdo Convencional suscrito el 7 de junio de 2013, literal a), para las vigencias de los años 2014, 2015 y 2016, la reliquidación y pago de las prestaciones sociales causadas para la vigencia de los años 2014, 2015 y 2016, incluyendo la liquidación definitiva de prestaciones junto con la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, aplicando el incremento de \$200.000.

Que se condene a la liquidación y pago de las bonificaciones pactadas en las negociaciones adelantadas el 13 de diciembre de 2011 – artículo 15, y el literal d) de la negociación del 7 de junio de 2013, la liquidación y pago del plan de salud complementario – PAC establecido en el artículo 28 y sub siguientes de la Convención Colectiva de Trabajo, el auxilio de transporte convencional contenido en el artículo 47 de la convención, descanso especial regulado en el artículo 26 convencional, prevención del sida de que trata el artículo 35 convencional,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vacunación contra hepatitis B regulada en el artículo 34, recreación establecida en el artículo 64, guardería del artículo 31 convencional.

También al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales incluyendo la liquidación definitiva y la indemnización por la terminación del contrato sin justa causa, aplicando la escala salarial de la planta de personal de la entidad y el incremento decretado por el Gobierno Nacional para el año 2003 del 6.99%, el pago de los aportes educativos regulados en el artículo 39 convencional, el pago de la indemnización moratoria dispuesta en el Decreto 797 de 1949, indexación, y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que la planta de personal de CAPRECOM estuvo conformada por trabajadores oficiales y excepcionalmente por empleados públicos de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 314 de 1996, entidad en la que desde la fecha de su vinculación y hasta la fecha de retiro, existió el sindicato mayoritario denominado SINTRACAPRECOM.

Que el 14 de noviembre de 1996 se suscribió entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM Convención Colectiva de Trabajo la cual establece como principios rectores los de igualdad, favorabilidad, obligatoriedad, entre otros, y el 13 de agosto de 1998, suscribieron adenda al artículo 38 de dicha convención.

El 3 de marzo de 1999, CAPRECOM y SINTRACAPRECOM suscribieron Acta de acuerdo parcial, el 1º de julio de 1999 se profirió Laudo Arbitral que modificó la Convención Colectiva de Trabajo, y el 12 de junio de 2003 suscribieron Acta de Acuerdo Extraconvencional.

Que en el Acta de Acuerdo Extraconvencional suscrito el 12 de junio de 2003, las partes acordaron suspender algunos beneficios convencionales, sometiendo la reactivación y reconocimiento de forma retroactiva de dichos derechos convencionales a condición suspensiva, la que consistía en que dichos beneficios se suspenderían por un interregno de 10 años, sin embargo, si la entidad se liquidaba o se suspendían los acuerdos alcanzados por las partes, el acta no se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aplicaría y se entendería que la suspensión no existió debiendo la entidad reconocer y pagar lo generado por dicha suspensión a partir de la misma fecha en que se firmó el acta. Que CAPRECOM no aplicó la escala referente al incremento salarial decretado por el Gobierno Nacional para el año 2003.

Seguidamente, puntualizó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con CAPRECOM, por lo que adquirió la calidad de trabajador oficial, desempeñando como último cargo el de Profesional Universitario Especializado I, con una asignación básica salarial mensual de \$3.865.007, y un salario promedio al momento del retiro en la suma de \$5.705.353, además siempre le fueron realizados descuentos con destino al sindicato SINTRACAPRECOM.

Que el 13 de diciembre de 2011, CAPRECOM y SINTRACAPRECOM suscribieron negociación de Pliego de Peticiones, celebrando acuerdos en los que se le excluyó, el 12 de septiembre de 2012 y 7 de junio de 2013 suscribieron nuevos Pliegos de Peticiones. Expuso que en la negociación del 7 de junio de 2013 nuevamente fue excluido, además que se señaló que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del Acuerdo Extraconvencional del 12 de junio de 2003 y se determine por parte del Gobierno Nacional su fusión o liquidación, la convención conservaría su vigencia y el referido acuerdo quedaría sin aplicación, aunado a que se acordó un incremento salarial de \$200.000 para los trabajadores oficiales a partir del nivel profesional incluidos los Jefes de Departamento, el cual no fue aplicado ni pagado para los años 2014, 2015 y 2016.

Que el 19 de marzo de 2014 CAPRECOM y SINTRACAPRECOM suscribieron negociación de Pliego de Peticiones, por lo que mediante Oficio 0-115 del 22 de septiembre de 2015 SINTRACAPRECOM informó a CAPRECOM sobre la reactivación de la Convención Colectiva de Trabajo como consecuencia de una posible liquidación de la entidad, en Oficio 0-126 del 6 de octubre de 2015 le informó sobre la conformación de la comisión negociadora del pliego de peticiones y para tratar la reactivación de la convención, entre otros oficios que se circunscriben a similares condiciones.

Expuso que con la liquidación de CAPRECOM, el Acuerdo Extraconvencional del 12 de junio de 2003 perdió su vigencia, pues operó la condición suspensiva a la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cual se encontraban sometidos los beneficios convencionales, así como que CAPRECOM el 1º de marzo de 2016 publicó la guía de consulta para la liquidación de acreencias laborales a efectos de dar a conocer los parámetros suficientes para la construcción y liquidación de la reclamación y así facilitar el proceso de reclamación.

Por último, sostuvo que se acogió al plan único de retiro consensuado, el cual se materializó a través del Acta de Conciliación No. 174 firmada ante la Inspectora del Trabajo el 9 de mayo de 2016, acuerdo que no comprende los derechos laborales ciertos e indiscutibles y los reclamos por él al interior del proceso liquidatorio de la entidad, de conformidad con la ley, la misma acta y con los pronunciamientos de su empleador.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La FIDUPREVISORA S.A. como Vocera y Administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO contestó la demanda argumentando que en efecto existió una relación laboral con el demandante.

Sostuvo que de la lectura de los acuerdos convencionales, en el año 2003 se estableció la suspensión por 10 años, y luego en el 2013 se prorrogó por 5 años más, sin que estableciera que los derechos suspendidos quedaban sin validez y correspondiera a la entidad el reconocimiento de derechos de forma retroactiva, adicional a que de dichos acuerdos, no se aprecia que las partes hubiesen establecido la posibilidad que en caso de fusión o liquidación de la entidad procediera el reconocimiento retroactivo.

Que todos los puntos objeto de suspensión se agotaron en el tiempo, eran situaciones que beneficiaban personalmente a cada uno de los trabajadores, sin que haya lugar al reconocimiento económico que aquí se persigue.

Formuló las excepciones de prescripción, innominada, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, pago, cobro de lo no debido,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

inexistencia de la obligación colectiva, cosa juzgada, y declaratoria de otras excepciones o excepción genérica.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL adujo que en atención de la normatividad vigente, por ser un ente ministerial del orden nacional, no es posible que tome decisiones de carácter administrativo asignadas a otras entidades descentralizadas como es el caso de la antigua CAPRECOM, como quiera que si bien ésta última estuvo adscrita ante sus dependencias, estuvo dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, y en virtud de ello no ostentó ninguna dependencia jurídica ni financiera.

Propuso las excepciones de falta de reclamación administrativa, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad con CAPRECOM, prescripción, e innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de junio de 2021 absolvió a las demandadas de las pretensiones invocadas en su contra, por lo que condenó al demandante al pago de las costas procesales en la suma de \$200.000.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar sostuvo el fallador de instancia que no fue objeto de reproche que entre el demandante y la extinta CAPRECOM existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 2007 y el 9 de mayo de 2016, en virtud del cual el actor desempeñó como último cargo el de Profesional Especializado I, y última asignación básica la suma de \$3.865.007, y como promedio salarial a la fecha de retiro la suma de \$5.705.535.

Tampoco el hecho que el demandante hubiese ostentado la calidad de trabajador oficial en atención de la naturaleza jurídica de la extinta CAPRECOM.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Seguidamente analizó la excepción de cosa juzgada que formulara la FIDUPREVISORA S.A. como Vocera y Administradora el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO, decidiendo que la misma no gozaba de prosperidad bajo el entendido que de conformidad con lo establecido en el artículo 303 del C.G.P., no se presentó una identidad de causa pues la conciliación que suscribiera el actor con CAPRECOM ante el Ministerio del Trabajo el 5 de mayo de 2016, versó sobre los ofrecimientos del Plan Único de Retiro consensuado que ofreciera la entidad al actor.

Que a pesar que en el Acta conciliatoria se expusieron algunas inquietudes respecto a las acreencias de origen convencional, se aclaró que allí solo se consignarían derechos inciertos y discutibles, dejándose por fuera de conciliación las controversias que se llegaren a originar en virtud de los acuerdos extra convencionales celebrados, incluso los efectos retroactivos de su definición, los cuales son el objeto de reproche de la presente litis. Expuso igualmente que tampoco existió una identidad de objeto, toda vez que la suscripción de la conciliación lo fue para resolver cualquier contingencia derivada de derechos inciertos y discutibles, por lo que no quedaron incluidas las discusiones que se generarían con posterioridad, tanto así, que esas discusiones fueron reclamadas ante el Juez del concurso que llevó el asunto liquidatorio de la entidad; circunstancia por la cual, declaró no probado este medio exceptivo.

Resuelta la excepción de cosa juzgada, dispuso que no quedó en discusión la calidad de sindicalizado del demandante. Que igualmente se acreditó que los costos fijos de CAPRECOM superaban ampliamente los ingresos y las necesidades de la empresa, imposibilitando el equilibrio financiero y la viabilidad de sus negocios, por lo que con la finalidad de su recuperación por las pérdidas ocasionadas durante varios años, fue que se realizó la suscripción del Acuerdo extraconvencional del 12 de junio de 2003 entre CAPRECOM y el sindicato SINTRACAPRECOM, en el que se acordó suspender de manera parcial por un término de 10 años las cláusulas tendientes al plan de atención complementario en salud, dotación extralegal, servicio de transporte, ruta de buses, descanso especial o adicional, prevención de sida, vacunación contra hepatitis B, nutrición infantil, bonificación de recreación, guardería, dotación de libros, incremento salarial convencional y aportes educativos, acuerdo en el que por demás se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

estableció que en caso de no viabilización de la entidad determinándose su fusión o liquidación, la Convención Colectiva de Trabajo conservaría su vigencia y el acuerdo quedaría sin aplicación.

Luego, CAPRECOM y SINTRACAPRECOM suscribieron el Acuerdo extraconvencional adiado el 7 de junio de 2013, por medio del cual ampliaron la vigencia de Acuerdo del 12 de junio de 2003, por un periodo de 5 años más, estableciéndose de manera adicional un incremento salarial desde el 1 de junio de 2003 en la suma de \$200.000 para trabajadores oficiales a nivel de Jefe de Departamento, reactivar desde el 2013 el descanso especial o adicional, reactivar la bonificación de recreación infantil, el pago por una sola vez de nueva bonificación especial no salarial al reconocimiento de una prima de productividad en un plazo no mayor a dos meses, dejándose de manera expresa en el referido acuerdo que en caso de no viabilidad determinándose su fusión o liquidación, la Convención Colectiva de Trabajo conservaría su vigencia y el acuerdo quedaría sin aplicación.

Por tal razón, concluyó que del caudal probatorio arrojado al plenario, la intención de CAPRECOM no fue hacer aplicar de manera retroactivo los acuerdos extra convencionales, como quiera que el fin de la suscripción de estos fue la conservación de la fuente de empleo en garantía de sus administrados, aspecto que resulta viable por cuanto la cesión de los trabajadores percibía mantener la empresa a flote y con ello la fuente de empleo de los asociados como consecuencia de la difícil situación que atravesaba la empresa, sumado al hecho que tanto en el acuerdo celebrado en el año 2003 como en el 2013, de su interpretación literal se puede apreciar que en ningún momento se le asignó una responsabilidad de efectos retroactivos, por el contrario, la convención recobró su vigencia pero hacia el futuro.

Al unísono, al aquí demandante en ningún momento le fue desconocido derecho alguno de carácter irrenunciable, ya que lo que se suspendió fueron rubros de naturaleza asistencial mas no retributiva, iterando que los acuerdos se ajustaron a la viabilización financiera de la empresa en su momento, tópico que se ajusta a lo preceptuado en el artículo 480 del C.S.T. y a la jurisprudencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.S.T., en virtud a que no se interpuso recurso de apelación y la decisión fue contraria a lo pretendido.

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 que estuvieron suspendidos mediante Acuerdo Extra Convencional del 12 de junio del año 2003, de manera retroactiva.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que en el transcurrir del trámite procesal, más exactamente en la etapa de saneamiento de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. fue excluido del proceso a LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, debido a que la parte demandante sobre este ente no efectuó la reclamación administrativa de que trata el artículo 6º del C.P.T y de la S.S., por lo que las pretensiones del presente asunto se circunscribieron únicamente frente a la encartada la FIDUPREVISORA S.A. como Vocera y Administradora el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADADO.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Tampoco debe pasarse por alto que entre el demandante y la antigua CAPRECOM existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 2007 y el 9 de mayo de 2016, donde el actor fue trabajador oficial desempeñando como último cargo el de Profesional Universitario Especializado I, con una asignación salarial básica mensual de \$3.865.007, prueba de ello lo es la certificación emanada por la Unidad de Recursos Humanos de CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN el 25 de noviembre de 2016, y la conciliación que efectuara la extinta con el actor el 5 de mayo de 2016 (Fls. 130 y 330 a 336).

De igual manera, 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, situación que se corrobora con la certificación emitida CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN el 25 de noviembre de 2016, que da cuenta que el señor MILTON CÉSAR REYES BOHÓRQUEZ le fueron efectuados descuentos sindicales para el sindicato SINTRACAPRECOM (Fl. 32).

Del análisis de la demanda, 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.

Por lo anterior, debe advertirse como primera medida en lo que respecta a la conciliación realizada entre CAPRECOM y el demandante el 5 de mayo de 2016 (Fls. 330 a 336), como lo concluyó el *a-quo*, es claro que en ese acuerdo conciliatorio quedó consignado que frente a los pagos anteriores al 28 de diciembre de 2015 y derivados de la reactivación retroactiva de los beneficios suspendidos en los acuerdos extra convencionales del 12 de junio de 2003 y 7 de junio de 2013, el liquidador de la entidad debía pronunciarse a través de acto administrativo de calificación y graduación de acreencias, situación por la que quedó activa la posibilidad que el demandante pudiera reclamar por esta vía los derechos aquí pretendidos, en tanto hacen referencia, se reitera, a los beneficios no solucionados con ocasión de la suspensión de algunos derechos de la Convención Colectiva de Trabajo, situación no incluida en la conciliación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De tal manera, que es acertado que el fallador de instancia haya declarado no probada la excepción de cosa juzgada, máxime que la conciliación abarcaría aquellos derechos de los acuerdos convencionales reactivados desde el 28 de diciembre de 2015 y hasta la finalización del contrato de trabajo, mas no los reclamados con anterioridad a dicha calenda.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que 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 (Fls. 85 a 92), 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”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Dicho Acuerdo Extra Convencional fue prorrogado, adicionado e incluso se reactivaron unos beneficios a partir del 7 de junio de 2013 a través del Acuerdo extraconvencional, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Es por ello, que 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 del ex trabajador, 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.

En tal sentido, es palmario de una parte que al existir una reanudación de los Acuerdos Convencionales desde el 28 de diciembre de 2015 y hasta la finalización del contrato de trabajo, dichos rubros sí fueron transados con el acuerdo conciliatorio, y por otra, a pesar que no existió cosa juzgada con relación a la suspensión de los Acuerdos Extra Convencionales suscritos en los años 2003 y 2013, lo cierto es que atendiendo las consideraciones expuestas en esta motiva, no hay lugar a que prosperen las súplicas de la demanda, como quiera que todos los pagos solicitados, giraron en torno precisamente a la reactivación de los Acuerdos extra convencionales expuestos en estas consideraciones.

Por último, se deja de presente que atendiendo precisamente que la reanudación de los acuerdos extra convencionales sucedieron a partir del 28 de diciembre de 2015, fecha en que CAPRECOM entró en liquidación de conformidad con el Decreto 2519 de 2015, conforme lo analizó el fallador de instancia, el demandante no tiene derecho al pago de ningún emolumento pretendido con posterioridad a dicha liquidación y hasta la fecha de la terminación del contrato de trabajo que lo fue el 9 de mayo de 2016 como pasa a exponerse.

Del incremento salarial:

El actor pretende el reconocimiento y pago de \$200.000 que se acordara en el Acta extraconvencional suscrita el 7 de junio de 2013 para los años 2014, 2015 y 2016. dicho acuerdo estableció que ese incremento sería suspendido, por lo que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en el año 2003 solo se incrementaría el salario para los trabajadores que devengarán una suma máxima de \$750.000 a partir de la fecha de expedición del Decreto que emitiera el Gobierno Nacional, mientras que en los años subsiguientes el aumento se realizaría conforme a lo dictaminado por el Gobierno.

Con posterioridad, en el mentado Acuerdo del 7 de junio de 2013 se amplió la vigencia del Acuerdo suscrito en el 2003 por un periodo de cinco (5) años más, pero a pesar de ello, para esa anualidad se dispuso un incremento por una única vez por valor de \$200.000 para los Jefes de Departamento, sin que la propuesta del sindicato para fijar incrementos en ese periodo hubiese sido objeto de extensión para los años 2014 y 2015, por lo que al reactivarse el artículo 45 de la Convención Colectiva de Trabajo solo hasta el 28 de diciembre de 2015, la literalidad de dicha norma convencional ya había sido modificada por el artículo 1º del Acuerdo final de la negociación del Pliego de Peticiones de 2011 (Fls. 95 a 98), último que modificó el precitado artículo para establecer un incremento para los años 2012 y 2013, pero sin que se aplicara algún incremento para el año 2016, de ahí que no haya lugar a condena.

Bonificación por recreación:

En el Acuerdo extraconvencional del 13 de junio de 2013, quedó consignado que CAPRECOM pagaría tres (3) días de salario como bonificación especial. Dicho Acuerdo también levantó la suspensión de este derecho convencional, el cual quedó consagrado en inicio en el artículo 64 de la Convención Colectiva de Trabajo.

A pesar de lo anterior, no hay lugar a análisis de condena, toda vez que como se desprende de la reclamación administrativa elevada por el demandante, dicho derecho lo solicitó desde el año 2007 hasta el 2012, pues con posterioridad adujo que la encartada había cancelado lo de su cargo.

Beneficios pactados en las negociaciones adelantadas en el 13 de diciembre de 2011, artículo 15, y en la negociación del 7 de junio de 2013, literal d):

En el Acuerdo extraconvencional del 7 de junio de 2013, se acordó en el literal d):



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Caprecom cancelará a los trabajadores oficiales vinculados sin solución de continuidad, antes del 12 de junio de 2003, una bonificación por una única vez equivalente a doce (12) salarios mínimos de Caprecom, pagaderos así: seis (6) salarios mínimos de Caprecom el 30 de agosto de 2013, sin reajuste y seis (6) salarios mínimos de Caprecom el 31 de diciembre de 2013 a más tardar, con reajuste, sin que sean considerados estos pagos como salario.”

De la lectura de lo anterior, se puede colegir sin duda alguna que la bonificación perseguida se daba para aquellos trabajadores que se hubiesen vinculado con anterioridad al 12 de junio de 2003, por lo que al haber iniciado labores el demandante con la extinta CAPRECOM a partir del año 2007, no es merecedor de lo solicitado.

Plan de Salud Complementario – PAC:

El artículo 28 de la Convención reza:

“CONSERVACIÓN Y DESARROLLO DE DERECHOS ADQUIRIDOS EN SALUD:

“CAPRECOM garantiza a sus servidores públicos, vinculados al momento de la expedición de la Ley 314 de 1996, a los pensionados, y su respectivo grupo familiar, la conservación de los derechos en salud a través del P.O.S. y del siguiente Plan Complementario:

Como se aprecia, el demandante no es merecedor de dicha prerrogativa como quiera que su vinculación se dio el 22 de marzo de 2007, de ahí que a pesar de la reactivación de dicho articulado convencional a partir del 28 de diciembre de 2015, no hay lugar de prosperidad sobre este concepto.

Descanso especial o adicional:

Se encuentra contemplado en el artículo 26 de la Convención, que regula que:

“Para la época de festividades de Navidad y Año Nuevo, CAPRECOM organizará dos turnos, a efectos de que las personas a quienes se les aplica esta Convención, compartan en familia estas festividades. Con este fin CAPRECOM otorgará descanso especial remunerado de cuatro (4) días hábiles, sujeto a programación previa a fin de no desatender los servicios.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Si bien esta prerrogativa convencional se reactivó en el Acuerdo Extraconvencional del 7 de junio de 2013 como da cuenta el literal b), el demandante sostuvo en su reclamación administrativa que la entidad había cancelado lo de su cargo a partir del año 2013, por lo que se absolverá sobre esta súplica.

Aportes educativos:

Este derecho fue suspendido por un periodo de diez (10) años en el Acuerdo de 2003, ampliado en el Acuerdo de 2013, y reactivándose el 28 de diciembre de 2015, el cual se contempló en inicio en el artículo 39 de la Convención.

A pesar de esto, este concepto fue modificado por el artículo segundo del Laudo Arbitral proferido el 1º de julio de 1999 (Fls. 70 a 76), que dispuso la forma de reconocimiento para los años 1998 y 1999, pero sin determinarse el modo en que sería reconocido para los años sub siguientes, de lo que se puede colegir que esta garantía convencional no fue consignada para anualidad posteriores a las ya enunciadas, por lo que se absolverá sobre esta súplica.

Auxilio de transporte, recreación por vacaciones, prevención del SIDA, vacunación contra Hepatitis B y guardería:

Contenidas en los artículos 31, 34, 35, 47 y 64 de la Convención Colectiva de Trabajo. Los mismos fueron reactivados a partir del año 2013 en virtud del Acuerdo extraconvencional, sin que con posterioridad a la liquidación de CAPRECOM impliquen su reconocimiento retroactivo, máxime si se tiene en cuenta que con posterioridad al año 2015 dentro del proceso no se encuentran las condiciones para su accesibilidad; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

Como corolario de lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:

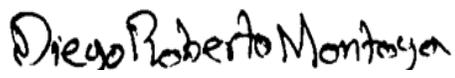
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

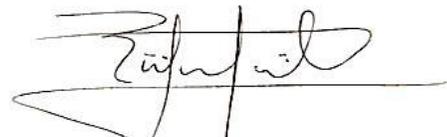
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 38 2017 00223 01
Demandante: SONIA ALONSO REYES
Demandado: TEXTILES MIRATEX S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

En atención a la sustitución del poder allegada por la parte actora, se le reconoce personería adjetiva para actuar al Dr. *Néstor E Ávila*, identificado con C. C No 11.036.675 y T.P No 133.727 del C.S.J, en calidad de apoderado de la señora *Sonia Alonso Reyes*.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 8 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SONIA ALONSO REYES formuló demanda ordinaria laboral en contra de TEXTILES MIRATEX S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN, con la finalidad que se declare la vigencia y continuidad del contrato de trabajo a término indefinido con la encartada por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2006 y hasta la actualidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En virtud de ello, se condene a la demandada al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad convencional navideña, aumento salarial anual convencional, salarios insolutos, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, indemnización moratoria, sanción por despido sin justa causa, y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

Como pretensión subsidiaria, solicitó el pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario, por violación al debido proceso al culminar el contrato de trabajo sin el permiso del Ministerio del Trabajo.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que empezó a laborar al servicio de la demandada desde el 1º de junio de 2006 mediante un contrato de trabajo a término indefinido, sin que mediara interrupción alguna en la prestación del servicio.

Que la demandada manifestó que le era factible reubicarla, al encontrarse enferma y en tratamiento médico, así como que le comunicó a la empleadora que la ARL SURA la ha venido incapacitando dada su condición de salud.

Sostuvo que el cargo que ha venido desempeñando ha sido el de Operaria de Sección de Recuperado, cumpliendo con un horario de trabajo de turnos rotativos de lunes a sábado de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 10:00 p.m., devengando un salario de \$768.000.

Que la encartada no le ha pagado los derechos laborales que aquí reclama, y que como consecuencia del despido injusto e ilegal del que fue víctima, instauró acción constitucional de tutela en la que se amparos sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y mínimo vital, entre otros.

Finalmente indicó que se le ha diagnosticado entre otras patologías, la del síndrome del manguito rotatorio de su hombro derecho, discopatía lumbar y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cervical degenerativa, bronquitis crónica aguda no especificada, otras degeneraciones en disco cervical y trastornos de disco lumbar y otros con radiculopatía, sin que a la fecha haya sido calificada con pérdida de capacidad laboral.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Adujo que en efecto se suscribió un contrato de trabajo con la demandante a término indefinido, el cual culminó el 28 de septiembre de 2016 debido al cierre de la Planta El Dorado, en donde la accionante desarrollaba sus actividades, ello con ocasión a la difícil situación económica que atraviesa el mercado de textiles, de ahí que se haya visto obligada a adelantar un proceso de reorganización y terminar varios contratos de trabajo por el cierre de algunas plantas.

Argumentó que no existió nexo de causalidad entre la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo de la aquí demandante y su supuesto estado de salud, máxime si se tiene en cuenta que aquella jamás informó sobre alguna patología, sumado al hecho que se evidencia que acudió al servicio médico de la EPS por patologías diferentes a las señaladas en el escrito de demanda, y que de las observaciones de consulta que realizó a la EPS para el año 2016, se aprecia que se le diagnosticó únicamente diarrea, gastroenteritis y vaginitis.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio, cobro de lo no debido, buena fe, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada, pago total, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 8 de junio de 2021 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, absolviendo de costas a la demandante como quiera que se encuentra amparada por pobreza.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión, sostuvo en primer lugar que de las pruebas documentales arrojadas al proceso se encuentra acreditada la relación laboral que la actora sostuvo con la demandada vigente desde el 1º de junio de 2006, finalizando sin justa causa el 28 de septiembre de 2016, que existió el pago de una indemnización la cual fuese consignada mediante depósitos judiciales, así como la reincorporación al empleo a partir del 20 de enero de 2017 como consecuencia de la prosperidad de una acción constitucional de tutela, manteniéndose vigente la relación contractual hasta la fecha.

Seguidamente argumentó que en el expediente se encuentra acreditado que la demandante presenta patología relacionada con síndrome del manguito rotador, discopatía lumbar y cervical degenerativa, que ha presentado cuadros de bronquitis crónica aguda no especificada y otras degeneraciones en el disco lumbar, y otras con radiculopatía, al igual que entre 2010 y 2017 yacen distintas incapacidades de la actora por diferentes cuadros de afectaciones en salud.

Que tendiendo lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 3961 de 1997 y lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro del informativo no se acreditó que la demandante al momento de la finalización del contrato, esto es, 28 de septiembre de 2016, tuviese una afectación en su salud que le dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones normales para predicar que se trataba de una persona en condición de discapacidad amparada por las previsiones normativas, pues a pesar de que la demandante sostuvo en el interrogatorio de parte que tenía algunas restricciones de carácter médico, las mismas no le estarían en estricto sentido impidiendo el ejercicio de la función para la cual había sido contratada, destacando que cumplía a cabalidad con las actividades que le eran asignadas en un escenario de pleno acatamiento de las reglas contractuales laborales.

De otra parte, el fallador de instancia indicó que dentro del proceso tampoco se acreditó que la actora para el 28 de septiembre de 2016 acreditara haber padecido una situación de discapacidad en un grado verdaderamente significativo debidamente conocido por el empleador para que se llegase a



habilitar la protección predicada en el *sub-lite*, máxime si la demandante no fue sometida a procedimiento alguno de calificación de pérdida de capacidad laboral, como para poderse inferir sobre qué porcentaje se vio afectada con ocasión de las patologías que pueda presentar inclusive en la actualidad y producto de un eventual origen laboral.

También destacó que no se probó que a la fecha del despido el empleador conociera de una condición médica o un estado de salud de la demandante en una proporción particularmente significativa que necesariamente la condujera a garantizar estabilidad laboral reforzada en el empleo para dicha data, por lo que la razón del finiquito laboral no lo fue derivado de alguna condición médica que la estuviese afectando en su momento.

Que debido al reintegro que se dio a favor de la actora debido a la orden constitucional, se presentaron dos vínculos contractuales, el primero que culminó el 28 de septiembre de 2016, y el segundo, que tuvo inicio en el mes de enero de 2017 y que en la actualidad se encuentra vigente a razón de una orden constitucional, aspecto que en nada incide a la absolución de lo pretendido como quiera que no se demostró la afectación de la estabilidad laboral por salud en cabeza de la demandante.

Adicionalmente, argumentó que las pretensiones perseguidas incurren en una indebida acumulación, en el entendido que solicitó a su vez la ineficacia del despido y la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, por lo que interpretando la demanda dedujo que en subsidio se reclamó dicha indemnización moratoria con ocasión a que a la terminación del contrato de trabajo no se sufragaron las acreencias laborales, no obstante, en el proceso quedó acreditado que la pasiva efectuó un pago por consignación en el marco de un título judicial, el cual fue remitida por correo electrónico a la dirección que tenía de la demandante, por lo que se acreditó la buena de que trata el artículo 65 del C.S.T., de ahí que tampoco haya lugar a condenar por este concepto, misma absolución que se presenta respecto de la indemnización por 180 días contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al no demostrarse una estabilidad laboral reforzada por la afectación en salud.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Expuso que contrario a lo manifestado por el fallador de instancia, ingresó a laborar al servicio de la demandada en el año 2006 a través de un contrato de trabajo a término indefinido realizando labores de operaria.

Que tanto en el interrogatorio de parte como en los testimonios practicados, quedaron asentadas claramente las funciones desempeñadas como lo era el levantamiento de canecas y movimientos repetitivos, situaciones que fueron las que condujeron a que la Junta Regional estableciera que padecía patologías de origen laboral, tales como las del manguito rotador y del túnel carpiano, adicional al hecho que el mismo *a-quo* señaló enfermedades como el problema de la columna y miembros inferiores, así como bronquitis generada desde el año 2013, por lo que antes del año 2018 ya se encontraba en tratamiento médico.

Que no se puede aducir que no se cuente con una calificación de pérdida de capacidad laboral en los términos del Decreto 2463 de 2001 el cual establecía un grado de severidad de las limitaciones, ya que fue derogado por el Decreto 1352 de 2013, de ahí que para el mes de septiembre de 2016, el primer decreto referido ya se encontraba modificado, por lo que al existir una serie de patologías es procedente la estabilidad laboral reforzada aquí pretendida.

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala determinará si la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación de la relación laboral que lo fue el 28 de septiembre de 2016.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre las partes en inicio existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2006 y el 28 de septiembre de 2016, el cual terminó sin justa causa por parte de la aquí demandada, prueba de ello lo es la certificación laboral emitida por la empresa encartada el 28 de septiembre de 2016, así como la carta de terminación del finiquito laboral que se le comunicara a la señora SONIA ALONSO YEPES en la misma calenda (Fl 117 y 118 – Expediente Digital).

Tampoco el hecho que con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo, a la demandante por vía de tutela, el JUZGADO CINCUENTA Y SEIS PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en sentencia proferida el 19 de diciembre de 2016, amparó de manera transitoria los derechos fundamentales al mínimo vital y estabilidad laboral reforzada, por lo que le ordenó a la encartada reintegrarla a un cargo de iguales, similares o mejores condiciones al que venía ejerciendo previamente a ser desvinculada, a lo cual, la señora SONIA ALONSO YEPES fue vinculada nuevamente a partir del 20 de enero de 2017 como da cuenta el acta de reintegro (Fls. 9 a 28 y 262 – Expediente Digital), el que se mantiene vigente hasta la actualidad.

Además, en virtud de la terminación del contrato de trabajo sucedido el 28 de septiembre de 2016, también quedó acreditado que la demandada emitió un pago por concepto de la liquidación final de prestaciones sociales y la indemnización por despido sin justa causa, el cual remitió a depósitos judiciales y que le correspondiera por reparto al Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de octubre de 2016, según se evidencia de la correspondiente acta individual de reparto y la liquidación final, situación que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se le comunicó a la demandante mediante misiva del 24 de octubre de 2016 vía correo certificado (Fls. 265 a 269 – Expediente Digital).

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] 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 despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 sí solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pregonando adicionalmente que dicha discapacidad puede ser acreditada mediante cualquier medio probatorio, como se indicó en la sentencia SL – 4825 del 2020.

Ahora bien, estas posturas fueron reunidas y concretadas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL711 del 2021, en la cual se enfatizó en que: (i) La garantía foral establecida en la Ley 361 de 1997 se aplica para aquellas personas que padezcan de una situación de discapacidad en un grado significativo que conozca el empleador; (ii) tal calidad no requiere que se encuentre establecida en un carné y que el dictamen de pérdida de capacidad laboral tan poco se constituye como una prueba solemne, pues en estos casos el juez goza de libertad probatoria; y, (iii) el despido del trabajador debió basarse en su estado de salud, en tal virtud recuerda que le corresponde al trabajador acreditar la circunstancia de discapacidad a la fecha del despido, para que este se presuma discriminatorio, correspondiendo al empleador desvirtuar la referida presunción. Puntualmente explica la alta Corporación de cierre en la precitada providencia:

“Por lo tanto, se puede concluir que, para que la acción afirmativa tenga efecto, es necesario que se cumplan tres requisitos: (i) que el trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una discapacidad moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%; b) severa, mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral o; c) profunda cuando el grado de discapacidad supera el 50%; (ii) que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador y, (iii) que la relación laboral termine por razón de su discapacidad –lo cual se presume salvo que medie una causa objetiva- y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo. Ahora bien, aunque la Corte admite libertad probatoria para determinar el grado de discapacidad relevante, lo cierto es que el artículo 1 del Decreto 917 de 1999, señaló expresamente que el Manual de Calificación de Invalidez que se establece mediante dicha norma, se aplica también para valorar la discapacidad a efectos de lo previsto en el artículo 5 de la Ley 361 de 1997. De ello deviene, que aun que se itera existe libertad probatoria para determinar la discapacidad, se estableció un procedimiento objetivo para su calificación. En ese orden, 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 Radicación No. 64605 SCLAJPT-10 V.00 34 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 puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización. (...)

“En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, «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» (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo.”

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.

Pues bien, en el presente asunto como ya se resaltó, la finalización del contrato de trabajo culminó el 28 de septiembre de 2016, de ahí que frente a tal finiquito la demandante alega que se encontraba amparada por la figura de la estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En tal sentido, como lo analizó el fallador de instancia, se aprecia que dentro del plenario se encuentra acreditado que la actora presenta patologías tales como la del manguito rotador, discopatía lumbar y cervical, cuadros de bronquitis crónica aguda no especificada y otras degeneraciones del disco lumbar, y otros con radiculopatía, así como que reposan una seria de fórmulas médicas, órdenes de servicios e incapacidades en diferentes especialidades por medicina general, medicina interna, radiología, ortopedia, fisioterapia,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

medicina laboral, terapia física, neumología y psiquiatría en fechas comprendidas durante el año 2010 y 2017 (Fls. 33 a 115 – Expediente Digital).

En el transcurrir del trámite procesal se recaudó el interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada señor HUGO OLMOS MORA, quien manifestó que es Administrador de Empresas. Indicó que la compañía tiene establecido en la Convención Colectiva de Trabajo permisos remunerados de dos horas para que los trabajadores asistan a citas médicas cuando son generales y de tres horas cuando son citas a un especialista, y dicho permiso debe ser tramitado con su jefe directo.

Que cuando se trata de incapacidades, el trabajador debe comunicarlas a su jefe quien las remite al área de Recursos Humanos para posteriormente hacer el cobro respectivo por dichas incapacidades, así como que la empresa antes de adoptar cualquier decisión referente a un despido verifica la hoja de vida del trabajador como quiera que dentro del marco legal laboral existen fueros sindicales, de salud y aquellas personas que se encuentran a la espera de una jubilación.

Que no tiene conocimiento de las incapacidades que la demandante presentó a la empresa con anterioridad a la fecha de su finiquito laboral que lo fue el 28 de septiembre de 2016, al igual que indicó que la demandante para el año 2014 sufrió un accidente laboral el cual fue reportado, por lo que se le hizo el seguimiento respectivo, de ahí que para la fecha de terminación de la relación laboral no tenía ninguna restricción médica.

Que no le consta que la demandante en el año de 2015 haya estado incapacitada a razón de una cirugía, ni que estuviese en tratamiento médico desde el año 2013, mucho menos derivado de una bronquitis aguda.

Que la razón o motivo por el que la empresa dio por culminado el contrato de trabajo de la demandante fue con ocasión a la crisis económica que hace varios años ha venido atravesando el sector textil, y por ende, la compañía tenía una planta en El Dorado que era en donde laboraba la actora la cual tuvo que cerrarse debido a que las condiciones del producto que allí se fabricaban implicaban costos que no se podían sostener, por el contrario, la empresa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

estaba incurriendo en pérdidas, a tal punto que un año después del cierre de la planta la compañía entró en proceso de reorganización.

Que a todos los trabajadores cuando finaliza el contrato de trabajo se les practican los respectivos exámenes de egreso, sin que tenga conocimiento de los resultados del examen de egreso de la demandante. Que a la fecha de terminación del contrato de trabajo de la demandante se le pagó su liquidación final, que correspondía a salarios y prestaciones sociales, junto con la indemnización por despido sin justa causa, comunicándosele en varias ocasiones a efectos de que se acercara a percibir esos dineros y en virtud de su no comparecencia, la empresa procedió a consignarlos a los Juzgados Laborales, dineros que en la actualidad no han sido cobrados por la actora.

Que al momento de la culminación del contrato de trabajo la demandante no comunicó ninguna afección en salud, novedad o restricción, ni mucho menos un documento que acreditara esa situación. Que la demandante con posterioridad a su reintegro que se dio por orden de una acción tutela inició un proceso de calificación de origen de enfermedad siéndole calificadas dos patologías de origen laboral, sin que se le calificara algún porcentaje de pérdida de capacidad.

Que el fallo de tutela lo único que ordenó fue el reintegro, y derivado del mismo la compañía ubicó a la actora en el área de hiladora como operaria, haciéndole los respectivos aumentos salariales en atención a las disposiciones colectivas adelantadas con el sindicato, y que la demandante en la actualidad cumple sus jornadas laborales sin problemas o dificultades. Por último, precisó que la ARL no le ha girado ningún dinero a la demandante en razón de sus patologías, por cuanto no se le calificó un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral.

La demandante SONIA ALONSO YEPES manifestó en su interrogatorio de parte que tiene 46 años y que es operaria en la empresa demandada, que en el mes de septiembre de 2016 laboraba en la planta de El Dorado, misma que para esa misma anualidad fue cerrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que para el 14 de marzo de 2016 fue incapacitada por gastroenteritis, para el 2 de junio de 2016 se le incapacitó por bronquitis, para el 9 de septiembre de 2016 por gastroenteritis, y que para el 28 de septiembre de 2016 no se encontraba incapacitada, pero a esta última calenda sí contaba con recomendaciones médico-laborales y con restricciones médicas, y su calificación de pérdida de capacidad laboral se encontraba en proceso.

Que para el año de 2017 la ARL SURA inició una calificación de origen de sus padecimientos, por lo que el 14 de septiembre de 2019 la ARL SURA dictaminó como enfermedad laboral la patología de síndrome del túnel del carpo y manguito rotador, que la empresa no le informó a la fecha de terminación de su contrato de trabajo que su liquidación final de acreencias laborales había sido consignada al Banco Agrario.

Que la empresa al 30 de agosto de 2017 le realizó un incremento salarial y en el mes de octubre de esa anualidad le hicieron una nivelación de \$45.000. Que con posterioridad al reintegro la empresa le ha cancelado salarios sin el aumento para los años 2019 y 2020.

Que las restricciones que tenía para el 28 de septiembre de 2016 eran las de no levantar peso, no podía tener cambios de temperatura, utilizar careta debido a la polución que existía en el área donde ella se encontraba, no podía realizar caminatas largas, no podía hacer esfuerzos físicos, situaciones de las que tenía conocimiento la empresa.

El testigo OMAR AURELIO DAZA BOHÓRQUEZ manifestó que en la actualidad trabaja como independiente y es tecnólogo profesional. Que conoce a la demandante desde el año 2012 en la planta de El Dorado por cuanto eran compañeros de trabajo, teniendo entendido que la actora en la actualidad labora para la demandada. Que él como declarante se retiró el 16 de diciembre de 2016 por circunstancias voluntarias.

Que para la época en que él como declarante salió de la empresa, la planta de El Dorado procesaba toda clase de fibra y que a la demandante en inicio la empresa le terminó el contrato a finales de diciembre de 2016, retiro que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dio sin justa causa por parte del empleador, más aún si la actora venía presentando unos problemas en medicina laboral.

Que para septiembre de 2016 la demandante venía presentando constantemente incapacidades médicas debido a la afectación en salud que venía presentando atinente a problemas de la espalda y de las manos, sin que pudiera hacer demasiada fuerza, así como que para dicha calenda manejaba un proceso que se llamaba recuperado, consistente en sacar la fibra que se llamaba trapero, manejando todo tipo de máquinas, y a pesar de ello cumplía con sus labores. Que tenía conocimiento que la demandante estaba en proceso una calificación de pérdida de capacidad laboral, constándole esa situación por cuanto él como testigo hacía parte del sindicato y la actora le indicaba todos los documentos atinentes de la ARL.

Que las patologías de la demandante eran evidentes para la empresa por las incapacidades que presentaba y que se ponía de presente al jefe y al área de Recursos Humanos. Que él como testigo para el año 2016 trabajaba en toda la planta por cuanto era el electricista de mantenimiento de turno, de ahí que conozca que la actora trabajaba en el área de recuperado.

Reiteró que tuvo acceso a los documentos de recomendaciones y restricciones de la demandante, documentos que consistían en incapacidades y lugares donde le suministraban la medicina, pero sin tener acceso al documento referente a la pérdida de capacidad laboral.

La testigo OLGA LUCÍA ALCANTARA GUZMÁN (tachada de sospecha), indicó que es Tecnóloga en Recursos Humanos y es la Asistente de Talento Humano de la empresa demandada, ingresando en el mes de diciembre de 2014. Que conoce a la demandante prácticamente desde que ella como declarante ingresó a la empresa, como quiera que por su labor tiene contacto directo con los trabajadores.

Que la empresa inició un proceso de cierre en la planta El Dorado en el año 2016, de ahí que ella como declarante al ser la Asistente de Talento Humano fue la persona encargada de revisar y elaborar todos los documentos que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

emiten desde ese departamento a efectos de que se realicen los procedimientos del caso, por lo que fue testigo que su jefe le realizó las notificaciones de la terminación del contrato de trabajo a la demandante.

Que para el momento del despido de la demandante la empresa no tenía conocimiento de alguna situación particular de su salud, ya que previo a realizar algún finiquito laboral la empresa realiza una investigación acorde a verificar si algún trabajador presenta alguna situación física o de salud, sin que la actora tuviese ningún tipo de quebranto ni recomendación médica. Que la demandante salió de la empresa para el mes de agosto de 2016 y que se emitieron otras comunicaciones de despido a varios trabajadores aparte de la demandante.

Que nunca interactuó con la demandante en el sitio de trabajo, y tampoco tuvo conocimiento si la demandante para el momento del despido tuviese alguna dificultad de salud. Le consta que para el mes de diciembre de 2016 la demandante trabajaba en la planta El Dorado, la cual fue cerrada en esa misma anualidad, de ahí que algunos trabajadores hubiesen sido trasladados a otros sitios en razón de la situación económica que la empresa estaba atravesando.

Que cuando la actora reingresó nuevamente presentó unas recomendaciones sin tener conocimiento cuáles eran; que al momento de la terminación de la relación laboral en el mes de septiembre de 2016 la empresa le canceló a la demandante su liquidación, y al no presentarse la actora a reclamarla se adelantó el proceso de consignación en el Banco Agrario.

Que cuando la demandante reingresó a laborar se le realizaron los ajustes salariales pertinentes derivados de la Convención Colectiva de Trabajo; refiere que recuerda de la carpeta de la demandante que había sufrido un accidente de trabajo en el año 2014, como dio cuenta un informe de la ARL, la que determinó una enfermedad laboral a la actora, pero no conoce si en la actualidad tiene calificación de pérdida de capacidad laboral, así como que la actora en este momento está asignada al área de hiladores cumpliendo los horarios normales de trabajo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, de las documentales y testimonios referidos, en atención a los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se avizora que la señora SONIA ALONSO YEPES a la fecha de la terminación del contrato de trabajo, que se reitera, lo fue el 28 de septiembre de 2016, estuviese con un deterioro o quebranto de salud que le imposibilitara de manera fehaciente el desempeño de sus labores para poder determinar que gozaba con el amparo de la estabilidad laboral reforzada preceptuada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Por el contrario, lo que se pudo determinar en el juicio fue que la actora siempre desempeñó sus funciones sin limitación alguna, tanto así, que fue la misma accionante quien confesó en su interrogatorio de parte que en todo momento cumplió a cabalidad con las funciones laborales propias de su cargo de operaria y, por consiguiente, del contrato de trabajo que venía desempeñando con la encartada desde el año 2006.

De lo anterior, también puede concluirse que para el 28 de septiembre de 2016 la actora no se encontraba dentro de un marco en el que se pueda determinar una discapacidad de relevancia como lo adoctrina la jurisprudencia, e incluso, que existiese un grado de discapacidad verdaderamente significativo y conocido por el empleador.

Al unísono, resalta la Sala que como lo dejó asentado la Corte Suprema de Justicia, el Juez cuenta con la libertad probatoria para hacer un análisis de proporción en el que pueda determinar que el trabajador se encuentre en un grado de discapacidad considerativo, situación que se reitera no sucede dentro del presente asunto, pues si bien obran algunas incapacidades que aportara la demandante que como ya se dijo hacen énfasis a diferentes afectaciones de salud, las mismas no advierten que en efecto esas deficiencias físicas condujeran a que la demandante en algún momento dejara de desempeñar sus funciones a cabalidad como así lo confesó; circunstancia por la cual, en aras de la libertad y juicio valorativo de la prueba en los términos del artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., no milita prueba fidedigna que enrostre que las decadencias de salud que se alegan hayan sido la causa del finiquito laboral el 28 de septiembre de 2016.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Es así que por el hecho de que la demandante alegue patologías con las que pretende auscultar la figura de la estabilidad laboral reforzada, no pueden atenderse de manera favorable para el amparo, toda vez que es clara la Corte en precisar que debe acreditarse como mínimo una afectación al menos moderada, tópico que no está demostrado, tanto así que la misma actora adujo en el interrogatorio de parte que en la actualidad no se le ha calificado un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral.

Debe resaltarse que el empleador para el 28 de septiembre de 2016 tampoco conocía alguna afectación en salud considerable de la demandante, pues si bien fueron contestes en precisar tanto el Representante Legal de la encartada como la testigo OLGA LUCÍA ALCANTARA GUZMÁN, última quien es la Asistente de Talento Humano de la empresa, que en algunas ocasiones la actora presentó algunas incapacidades y un accidente en el año 2014, a la fecha de terminación de la relación laboral nunca se le puso de presente una proporción significativa para la configuración de la estabilidad, más aún si lo manifestado por estas dos personas se acompasan con la realidad procesal en tanto, como ya se puntualizó, en el plenario no se encuentra acreditado ese aspecto.

Si bien como lo precisó el *a-quo*, que de los testimonios e interrogatorios surtidos se mencionó que el retiro de la demandante lo ocasionó la empresa al tener que cerrar la planta de producción de El Dorado, no se evidencia un nexo de causalidad con la condición de salud de la actora, situaciones todas que advierten la falta de configuración de la figura de la estabilidad laboral reforzada, lo que conlleva 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;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

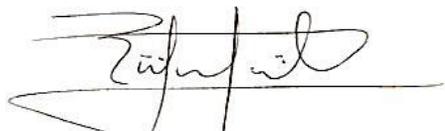
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 38 2019 00306 01
Demandante: LEIDA LIZETH LOBO DE LA CRUZ
Demandado: COMPASS GROUP SERVICE COLOMBIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 13 de mayo del 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LEIDA LIZETH LOBO DE LA CRUZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de COMPASS GROUP SERVICE COLOMBIA S.A. a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo del 27 de octubre del 2015 al 13 de abril del 2016, el cual terminó por causas imputables al empleador; de igual manera que se declare la nulidad de los efectos de la terminación del contrato de trabajo.

En consecuencia, pretende que se condene a la demandada a reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando, con el correspondiente pago de los salarios con sus respectivos incrementos legales dejados de percibir, los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, la indexación o pago de los intereses moratorios, la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de 1997, la indemnización por despido prevista en el artículo 64 del C.S.T. y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que suscribió un contrato de trabajo a término fijo con la demandante el 27 de octubre del 2015, pactando un salario de \$644.350.

El día 11 de febrero del 2016 sufrió un accidente de trabajo, en virtud del cual, AXA COLPATRIA emitió un concepto médico de aptitud laboral con las recomendaciones respectivas y con vigencia hasta el 16 de junio del 2016. Los días 16 y 17 de abril de 2016 fue incapacitada por la EPS FAMISANAR, por lo que se presentó a laborar el 18 de abril de la misma anualidad, día en que fue despedida por su ausentismo los días anteriores.

Posteriormente la citaron para que retornara a su lugar de trabajo sin suscribir un nuevo contrato, no obstante, el 25 de mayo del 2016 le informan sobre la terminación de su contrato, por no presentarse a laborar los días 23 y 24 de mayo.

El 31 de mayo del 2016 se realiza diligencia de descargos y en la misma se le interroga por no haberse presentado a laborar los días 12, 15 y 23 a 31 de mayo. El 9 de junio del mismo año, le informan que el contrato finalizó por su ausentismo los días 7 y 8 de junio. Pero el 16 de junio del 2016 la empresa elabora un nuevo documento denominado "*terminación del contrato laborar por justa causa*".

El 9 de abril del 2019, remite derecho de petición, solicitando el pago de sus salarios y prestaciones sociales desde el 18 de abril del 2016 y el pago de la indemnización de 180 días.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La sociedad COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A. en su escrito de contestación se opone a las pretensiones, indicando en su defensa que el contrato se extendió del 27 de octubre del 2015 al 16 de junio del 2016, como la propia demandante lo admite en la documental del 7 de mayo del 2018.

Precisa que el contrato laboral finalizó por una justa causa, en la medida en que la demandante no se presentó a laborar los días 12 a 31 de mayo del 2016, sin justificación alguna.

Propone como medios exceptivos los que denomina inexistencia de la estabilidad laboral reforzada, inexistencia de la obligación, falta de causa y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 13 de mayo del 2021, decidió absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, se relevó del estudio de los medios exceptivos propuestos y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de la decisión indicó que reposa el contrato de trabajo a término fijo aportado de cuyo texto es patente que inició el 27 de octubre del año 2015. Asimismo, extrae de varias comunicaciones dirigidas a la demandante, específicamente la datada el 18 de abril del año 2016, en la cual se le informa que la empresa había remitido comunicaciones los días 16 y 17 de abril de 2016, a fin que se presentara a cumplir con las labores para las cuales fue contratada, lo cual además implicó exteriorizar la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo.

Pese a lo anterior, a folio 30 del expediente obra la solicitud de servicios ambulatorios y medicamentos del 18 de abril de 2016, y de lo acreditado en el interrogatorio de parte, se dio por justificada la inasistencia, dando continuidad al vínculo laboral.

De otra parte, milita comunicación del 25 de mayo del año 2016, en la que, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

similares términos a la anterior comunicación, se le indica a la demandante que le había sido enviado comunicación los días 23 y 24 de mayo de 2016 a fin que se presentara a cumplir con sus labores, sin que se hubiera presentado a la compañía y que, nuevamente dentro de ese contexto, se entiende una renuncia tácita y una intención libre y voluntaria de no continuar laborando por parte de la demandante.

En ese escenario, se aportó el acta de descargos del 31 de mayo del año 2016, en la que la demandante señala que no concurrió a laborar por cuanto habría estimado que el contrato culminó el 24 de mayo del 2016, aunado a ello que en algunos días no se presentó a laborar al haber comparecido a la EPS, no obstante operó la misma situación por virtud de la cuál de alguna manera la accionada entendió que había alguna justificación y se procede a reactivar la vinculación laboral.

Finalmente, milita comunicación del 9 de junio del año 2016, en la que se alude que en comunicación del 7 y 8 de junio, se le requiere a la demandante para que concurra a laboral, y que al no asistir nuevamente se entendía tácitamente la renuncia de la trabajadora y por ende terminado el contrato de trabajo, no obstante, solo hasta el 16 de junio de 2016 finiquitó el vínculo laboral.

Una vez determinado lo anterior, señaló que no resulta procedente la garantía de la estabilidad laboral reforzada, por cuanto no se acreditó por activa una pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 15% que le impidiera de alguna manera desarrollar las labores para las cuales había sido contratada, por lo que concluyó que las súplicas de la demanda carecen de vocación de prosperidad.

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 la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017, señaló que la estabilidad laboral reforzada no trata exclusivamente de una persona inválida, sino que la terminación de la relación laboral opera como consecuencia de una limitación física, y no está atada a una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

condición sensorial o física grave o parcialmente leve, sino a un aspecto discriminatorio.

De otra parte, que se evidente que desde el momento en que a un trabajador se le expiden recomendaciones médicas, se genera una inconformidad por parte del empleador, momento para el cual no es dable exigir acreditar la gravedad de la situación de salud o una calificación de pérdida de la capacidad laboral, lo cual se extrae del interrogatorio de parte, teniendo en cuenta que resulta un indicio grave que el representante legal de la accionada no tenga conocimiento de lo acaecido en el evento de la accionante.

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, se tiene que el mismo gira en torno a que se determine si la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación de la relación laboral.

c. Del vínculo laboral

Sobre el particular, encontró probado el *a-quo* que entre las partes existió una relación laboral, por el periodo comprendido del 27 de octubre del 2015 al 16 de junio del 2016, data en la cual culminó la relación con justa causa por la inasistencia de la promotora a laborar los días 23 a 31 de mayo del 2016. Tal como se puede corroborar en la carta de despido de folios 35 a 37, en la que se indica de forma clara:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral



Bogotá, 16 de junio de 2016

Señora
LEIDA LIZETH LOBO DE LA CRUZ
C.C. N°. 22.590.265
Presente

Referencia: Terminación de contrato por justa causa.



Fueron escuchados sus descargos de fecha 31 de mayo de 2016, en relación con la inasistencia injustificada presentada en fechas 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de mayo de 2016, en esta audiencia se pudo determinar que usted de forma premeditada decidió no cumplir con sus las obligaciones y deberes que le asisten en calidad de trabajador, como lo es la asistencia a su turno de trabajo, sin dar aviso a su jefe inmediato, tal y como es el procedimiento conocido por usted.



A más que dichos supuestos de facto no fueron debatidos por el recurrente en la alzada

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 despida 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pregonando adicionalmente que dicha discapacidad puede ser acreditada mediante cualquier medio probatorio, como se indicó en la sentencia SL – 4825 del 2020.

Ahora bien, estas posturas fueron reunidas y concretadas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL711 del 2021, en la cual se enfatizó en que: (i) La garantía foral establecida en la Ley 361 de 1997 se aplica para aquellas personas que padezcan de una situación de discapacidad en un grado significativo que conozca el empleador; (ii) tal calidad no requiere que se encuentre establecida en un carnet y que el dictamen de pérdida de capacidad laboral tan poco se constituye como una prueba solemne, pues en estos casos el juez goza de libertad probatoria; y, (iii) el despido del trabajador debió basarse en su estado de salud, en tal virtud recuerda que le corresponde al trabajador acreditar la circunstancia de discapacidad a la fecha del despido, para que este se presuma discriminatorio, correspondiendo al empleador desvirtuar la referida presunción. Puntualmente explica la alta Corporación de cierre en la precitada providencia:



“Por lo tanto, se puede concluir que, para que la acción afirmativa tenga efecto, es necesario que se cumplan tres requisitos: (i) que el trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una discapacidad moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%; b) severa, mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral o; c) profunda cuando el grado de discapacidad supera el 50%; (ii) que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador y, (iii) que la relación laboral termine por razón de su discapacidad –lo cual se presume salvo que medie una causa objetiva- y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo. Ahora bien, aunque la Corte admite libertad probatoria para determinar el grado de discapacidad relevante, lo cierto es que el artículo 1 del Decreto 917 de 1999, señaló expresamente que el Manual de Calificación de Invalidez que se establece mediante dicha norma, se aplica también para valorar la discapacidad a efectos de lo previsto en el artículo 5 de la Ley 361 de 1997. De ello deviene, que aun que se itera existe libertad probatoria para determinar la discapacidad, se estableció un procedimiento objetivo para su calificación. En ese orden, 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 Radicación No. 64605 SCLAJPT-10 V.00 34 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 puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización. (...)

“En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, «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» (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo.”

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 el fallador de primer grado estableció que en el *sub-lite* la demandante no gozaba de estabilidad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

laboral reforzada, en la medida en que no demostró que a la data de terminación de la relación laboral presentara una pérdida de capacidad laboral del 15%. Criterio del cual dice el apelante, por cuanto estima que dicha estabilidad no pende de la acreditación del referido porcentaje de pérdida de capacidad laboral, a más que en el proceso quedó en claro que luego del accidente de trabajo existió discriminación a la demandante.

En torno al particular, advierte la Sala que según se desprende de la historia clínica aportada, es patente que la demandante sufrió un accidente de trabajo el 11 de febrero del 2016 (Fl 25). A consecuencia de este accidente, recibió varias recomendaciones médicas por parte de AXA COLPATRIA el día 18 de abril del 2016 (Fl 25), fue incapacitada los días 15 a 18 del mismo, mes y año (Fl 27), a más de recibir tratamiento por ortopedia.

En lo atinente al interrogatorio de parte de la demandada, se corrobora que en la misma únicamente se admite que la libelista sufrió un accidente de trabajo y que en virtud del mismo, recibió tratamiento médico y se expidieron recomendaciones. Sin embargo, en el mismo no se confiesa que a consecuencia del accidente, la actora no pudiese seguir realizando sus actividades de forma normal, siendo del caso destacar que tampoco se puede asumir tal hecho, simplemente porque la demandada no ofreciera mayores detalles en torno al accidente, el tratamiento o las mismas recomendaciones, en tanto, la carga de la prueba recae sobre este tópico a la parte accionante.

A contrario sensu, se corrobora que del referido accidente no devino ninguna pérdida de capacidad laboral e incluso no se advierte que se haya diagnosticado alguna patología o lesión funcional que le generara una limitación en su salud que obstaculice el desarrollo de sus funciones.

Bajo tales premisas de orden fáctico, es patente que la demandante no cumple uno de los presupuestos indispensables para que se considerara beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada acorde la línea jurisprudencial trazada, pues lo cierto es que no acreditó una pérdida relevante de su capacidad laboral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Siendo del caso precisar que la Corte Suprema de Justicia, ha sido clara y precisa al indicar que dicha pérdida de capacidad laboral es susceptible de acreditación por cualquier medio probatorio, *onus probandi* que, se reitera, no cumplió la parte demandante.

En efecto, la mentada estabilidad laboral reforzada, se predica de quienes se encuentren en un estado de debilidad manifiesta, acorde se indicó en la sentencia SU-047 del 2017, acotándose que tal debilidad manifiesta se predica de *“todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”*, circunstancia que no se probó en el *sub-lite* pues lo cierto es que para la data de finalización de la relación laboral la demandante no estaba incapacitada, ni acreditó que no pudiera desarrollar sus funciones con normalidad; de hecho ya para ese día, no estaban vigentes ni siquiera las recomendaciones laborales emitidas a consecuencia del accidente laboral.

Luego, resulta diáfano colegir que la demandante no cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P, en tanto omitió probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

De lo enunciado, salta a la vista que la decisión adoptada por el fallador de primer grado se encuentra ajustada a derecho y, por lo tanto, habrá de confirmarse la decisión impugnada.

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;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

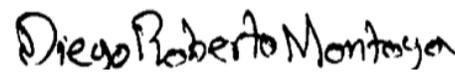
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de mayo del 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

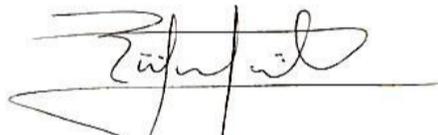
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 15 2019 00717 01
Demandante: HERMINIA MALDONADO DE MAHECHA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que la sentencia proferida el 12 de abril de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá fue adversa a los intereses de COLPENSIONES, ello 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:

La señora HERMINIA MALDONADO DE MAHECHA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES a efectos que le sea reconocida pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite, en virtud del fallecimiento del señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO sucedido el 8 de febrero de 2019, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, intereses moratorios, indexación y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que el señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO era afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a COLPENSIONES, cotizando más de 1.169 semanas, de las cuales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se cotizaron 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, esto es, por el periodo comprendido entre el 8 de febrero de 2016 y el 8 de febrero de 2019.

Que convivió con el causante como cónyuges bajo el mismo techo, compartiendo lecho y mesa de manera ininterrumpidamente desde el 31 de diciembre de 1959 hasta la fecha del fallecimiento del señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO.

Por último, expuso que la encartada a través de sendos actos administrativos le negó la pensión de sobrevivientes bajo el entendido que al causante ya se le había reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual nunca fue retirada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que mediante Resolución No. 16642 del 28 de junio de 2004 al causante le fue reconocida indemnización sustitutiva de su pensión de vejez, de ahí que no tenga derecho la accionante al reconocimiento y pago de la prestación reconocida.

Formuló las excepciones denominadas prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de abril de 2021 condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de la demandante de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su cónyuge MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO, a partir del 8 de febrero de 2019, en valor de un S.M.L.M.V. y sobre 13 mesadas pensionales al año, prestación a pagar de manera indexada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, absolvió a la entidad del pago de intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, autorizando además a la encartada para que del valor del retroactivo realice los respectivos descuentos en salud.

Para arribar a dicha conclusión indicó en primer lugar que como dan fe los distintos actos administrativos emitidos por la entidad, no fue objeto de discusión que el causante señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO fuese su afiliado, así como que falleció el 8 de febrero de 2019 según se corrobora con el Registro Civil de Defunción, de ahí que el derecho pensional deba estudiarse al tenor de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Que confrontada la historia laboral del causante, el mismo durante los últimos tres años anteriores a su deceso cotizó 129 semanas, por lo que dejó acreditados los requisitos prestacionales por sobrevivencia.

Asimismo, dejó asentado que la actora acredita la condición de cónyuge del causante, contrayendo nupcias en el año de 1959, así como que de los testimonios recaudados en el trámite procesal se pudo corroborar la convivencia de la pareja durante los últimos cinco años anteriores al deceso del causante.

Sin embargo, aclaró que en atención de recientes pronunciamientos emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, la Alta Corporación manifestó que respecto al pensionado dicha convivencia de los cinco años se mantenía, mientras que para el afiliado solo se exige el tiempo para la conformación de una sociedad conyugal de hecho. A pesar de ello, reiteró que en todo caso el requisito de la convivencia se configuró dentro del presente asunto.

De otra parte, argumentó que el hecho de que COLPENSIONES le hubiese reconocido una indemnización sustitutiva de pensión de vejez al fallecido señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO, en nada incide para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pretendida por la actora. No reconoció el pago de la prestación sobre 14 mesadas pensionales anuales, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

atención a que no es dable dicha mesada de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Por último, en lo que refiere al pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no dispuso condena con el argumento que por disposición legal la pensión de sobrevivientes resulta incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que ordenó el pago de la prestación de manera indexada.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta por cuanto la decisión proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de abril de 2021 fue adversa a los intereses de COLPENSIONES, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

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 auscultarse si a la demandante señora HERMINIA MALDONADO DE MAHECHA le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes pretendida como consecuencia del fallecimiento del causante MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO.

c. De la calidad de afiliada del causante:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que el señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO (q.e.p.d.) falleció el día 8 de febrero de 2019 como da cuenta el Registro Civil de Defunción (Fl. 30), acreditando un total de semanas cotizadas de 1.169.86 como se corrobora la historia laboral de la entidad actualizada al 30 de abril de 2019 (Fl. 66 – Expediente Administrativo), al igual que la demandante en la actualidad cuenta con 79 años de edad, por cuanto nació el 26 de octubre de 1941 según se acredita de la copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 32).

Tampoco el hecho que al causante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES mediante Resolución No. 016642 del 28 de junio de 2004, le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía única de \$351.152, la cual no fue cobrada por el fallecido como lo aceptó COLPENSIONES, ni que a la aquí demandante a través de las Resoluciones SUB 99022 del 26 de abril de 2019, SUB 156457 del 18 de junio de 2019 y SUB 248551 del 11 de septiembre de 2019, la encartada le negó la pensión de sobrevivientes bajo el entendido que al causante previamente se le había reconocido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

En tal sentido, y al haberse determinado que el señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO falleció el 8 de febrero de 2019, las normas llamadas a gobernar la presente controversia son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales disponen:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

“[...]

“2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:”

“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;”

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

Atendiendo lo anterior, de la historia laboral acredita por la entidad en el expediente administrativo, se aprecia que el causante realizó dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, esto es, por el periodo comprendido entre el 8 de febrero de 2016 y el 7 de febrero de 2019, un total de cotizaciones de 178.96, cumpliendo así con el primer requisito preceptuado en la norma.

Hecha la anterior precisión, le resta a la Sala por establecer si la demandante tiene la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante. Para tal fin, resulta indispensable tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 y entrar a precisar la línea jurisprudencial que sobre la exégesis de esta norma existe.

En tal sentir, lo primero que vale recabar es en que conforme la precitada normativa 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, al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con la causante y haya convivido con la fallecida no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Ahora bien, en una primera oportunidad la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se pronunció respecto del alcance de esta norma en sentencia del 20 de mayo del 2008, Radicación No. 32393, en la cual se determinó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En lo que respecta a la exigencia de la convivencia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en relación al texto de la norma anterior, no hizo sino aumentar de dos a cinco años el mínimo requerido y, como quiera que el artículo 12 ibidem conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a “los miembros del grupo familiar” del pensionado o afiliado fallecido, en principio, no existe una razón valedera para cambiar la posición de la Sala, plasmada en la jurisprudencia contenida en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), pues el simple aumento del tiempo mínimo que debía convivir la pareja antes de la muerte del causante, sería irrelevante frente a los supuestos de la norma que tuvo en cuenta la Corte para llegar a la conclusión de que se debía dar un trato igual, tanto a los beneficiarios del PENSIONADO como del AFILIADO.”

La segunda tesis consistió en que la normativa establece los casos en los que acorde a la norma el compañero permanente y/o el cónyuge tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes, destacando que tan solo en una hipótesis el cónyuge con vínculo matrimonial vigente podría acceder a la pensión de sobrevivientes, acreditando cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, y ello sería únicamente cuando concurriera un compañero permanente; en tal sentir indicó:

“El evento 7 implica expresamente una excepción a la regla general de la convivencia, en cuanto permite al cónyuge sobreviviente que mantiene vigente el vínculo, pero se encuentra separado de hecho, reclamar una cuota parte de la pensión, en proporción al tiempo convivido, “...siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante”.

Ahora, vale la pena indicar que ambas posturas fueron objeto de estudio por parte de nuestro máximo Órgano de cierre. En tal medida, la primera postura que fue morigerada fue la atinente a la convivencia exigible a la cónyuge con vínculo matrimonial vigente. En la medida en que, desde la sentencia SL 40055 del 2011 y como se explicaría con mayor detenimiento en la SL – 41637 del 24 de enero del 2012, la cónyuge con vínculo matrimonial vigente puede acceder a la pensión de sobrevivientes, siempre que acredite cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, indistintamente que exista o no compañero o compañera permanente. Fue así como se indicó en la última de las providencias enunciadas, lo siguiente:

“Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho. [...]

“No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.

“Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos.”

Posición que se mantiene incólume y fue reiterada recientemente, entre otras, en la sentencia la SL- 2015 del 28 de abril del 2021, Radicación No. 81113, en la cual se precisa:

“Esa orientación, pese a que en algún momento tuvo soporte en algunas decisiones emitidas por esta corporación, resulta errónea a la luz de la vigente interpretación que tiene esta Sala frente al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en tanto, como lo reclama la censura, dicha norma resguarda el derecho pensional del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, que demuestre el desarrollo de una convivencia no inferior a cinco (5) años, en cualquier tiempo, sin necesidad de más aditamentos o requisitos no previstos en la norma como el de mantener un «vínculo dinámico y actuante» hasta el momento de la muerte¹ [...]

“De otro lado, aunque el Tribunal también puso tímidamente en duda el presupuesto mínimo de una convivencia durante cinco (5) años, por la existencia de conflictos de pareja, lo cierto es que, como lo aduce la censura, ello aparejaría otro error jurídico, en tanto, como lo ha explicado

¹ Posición jurídica que sustenta la Corte en lo que se explicó en la sentencia SL-5169 del 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esta corporación, tal presupuesto legal no se puede negar o desdibujar automática y maquinalmente por la existencia de discusiones o desavenencias familiares que, en términos proporcionales, no desdican de una solidaridad y acompañamiento familiar estable. (Ver CSJ SL12029-2016, CSJ SL18068-2016, CSJ SL6286-2017, CSJ SL6519-2017, CSJ SL11940-2017 y CSJ SL2010-2019, entre muchas otras).

“Finalmente, no le asiste razón a la oposición al hacer hincapié en el hecho de que el demandante no «participó en la construcción de la pensión de vejez» o no acompañó a la fallecida «durante su vida productiva», por dos razones fundamentales. En primer lugar, desde el punto de vista jurídico, a pesar de que la Corte ha reivindicado esos supuestos para reforzar la argumentación tendiente a clarificar el derecho del cónyuge separado de hecho, nunca ha esbozado una regla jurídica estricta y cerrada en tal sentido, que indique que quien no demuestra en el proceso esa forma de acompañamiento deja de ser beneficiario de la prestación”.

En lo que respecta a la otra postura, sentada en la sentencia con Radicación No. 32393 del 2008, consistente en que el requisito de convivencia resulta exigible al cónyuge y/o compañero permanente, indistintamente de si se trata de muerte de afiliado o de pensionado, debemos precisar que la misma se mantuvo incólume desde dicha data y hasta el año 2020, a través de innumerables pronunciamientos, como SL 793 del 13 de noviembre del 2013, Radicación No. 47031, SL-14068 del 27 de abril del 2016, Radicación No. 49692, SL- 1399 del 25 de abril del 2018, Radicación No. 45779, SL-3468 del 22 de agosto del 2018, Radicación No. 62766 y SL- 347 del 13 de febrero del 2019. En esta última se indicó:

*“Al respecto, estima la Sala que, so pretexto de interpretar el contenido de la sentencia CC C-1094 de 2003, efectivamente el Tribunal distorsionó el sentido hermenéutico del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por cuanto la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la convivencia de cinco (5) años prevista en esta norma se predica tanto para el evento del fallecimiento del **afiliado** como del **pensionado**, para efectos de la pensión de sobrevivientes, pues no existen razones válidas para establecer diferenciaciones entre los beneficiarios del primero y los del segundo y, porque, además, la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho pensional, que no sufrió modificaciones sustanciales con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, salvo en lo referente al tiempo mínimo de vida en común, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL3468-2018.”*

Sin embargo, tal postura fue modificada en la sentencia SL- 1730 del 3 de junio del 2020. No de Rad.77327, en la cual la Corte Suprema de Justicia recogió el criterio imperante hasta ese momento y precisó, que acorde a un nuevo



análisis de la norma, realizado de cara a la nueva composición de la Sala, se logró determinar que el requisito de cinco (5) años de convivencia tan solo resultaba exigible en los casos en que se discutiera la pensión de sobrevivientes del pensionado, más no para el caso de los afiliados. Tesis a las cual arribó, tras las siguientes disquisiciones:

“Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

“Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

“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; (subraya y negrilla fuera de texto)*

*“Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos***



cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes”
(subraya y negrilla fuera de texto).

*“Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

“La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

*“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.”** (Negrilla fuera de texto)*

De lo expuesto, se sigue que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, tras aplicar los métodos de interpretación teleológicos y textual, esto es acorde la interpretación del legislador, así como la literalidad de la norma, a más de recabar en el propio criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-336 del 2014 y C-1176 del 2001, cuyos apartes se citan dentro de la *ratio decidendi* de la sentencia, concluye que para acceder a la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, basta acreditar la “*condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida”.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la sentencia SL-1730 del 3 de junio del 2020, se dejó sin valor ni efecto por parte de la Corte Constitucional en la sentencia SU-149 del 2021. Sin embargo, tal supuesto no implica que exista a la fecha un cambio de postura por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pues de hecho existen diversas sentencias posteriores a la reseñada, en la que se mantuvo incólume la referida postura, tal como la sentencia SL-362 del 10 de febrero del 2021, Radicación No. 86239, en la cual se puntualizó:

“En relación con el asunto controvertido, doctrina reiterada de la Corte, verbigracia, la vertida en sentencias SL 41637 de 2012 – SL 45038 de 2012, sostiene que la protección introducida por el último inciso del literal b) del artículo 1 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, está orientada a la protección del vínculo matrimonial, pues lo que le permite al cónyuge acceder a la prestación es «la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial», sin que sean relevante para la adquisición de la pensión, figuras como «la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal»; así lo precisó la Sala en sentencia SL 1399 de 2018: (...)

“Al respecto, cabe decir que la Corte ha señalado que la norma no entraña trato discriminatorio frente a la compañera permanente. Así lo explicó, en lo pertinente respecto del pensionado, en sentencia SL 1399 de 2018:

“[...]

“Finalmente, en esta oportunidad corresponde a la Sala precisar que la lectura de las anteriores citas jurisprudenciales, relativas a la connotación del vínculo matrimonial para efecto del derecho pensional del cónyuge separado de hecho, debe acompasarse con la sentencia CSJ SL 1730-2020, bajo el entendido de 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.” (Negrillas fuera de texto).

Hechas las anteriores apreciaciones, desde ya debe indicar la Sala que se acoge a la última postura imperante en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, esto es, que en caso de muerte del afiliado para ser beneficiario de la pensión basta con acreditar la calidad de cónyuge o compañero permanente a la data del deceso, sin que sea necesario acreditar cinco (5) años de



convivencia, requisito exigido normativamente en el evento del deceso de un pensionado.

c. Del caso en concreto:

Decantado lo anterior, procede la Corporación a descender al caso que hoy nos convoca, y para tal efecto debe volver la mirada la Sala sobre los medios probatorios arrojados al proceso, acorde con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., logrando constatar en los mismos que dentro de la prueba documental obra el Registro Civil de Matrimonio celebrado entre el causante y la aquí demandante señora HERMINIA MALDONADO DE MAHECHA el 31 de diciembre de 1959 (Fl. 31).

Así mismo, en el transcurrir del trámite procesal se practicó recaudó el testimonio del señor JOSÉ ANTONIO MEDINA VARGAS, quien manifestó que conoce a la demandante desde aproximadamente 15 años por cuanto son vecinos en el mismo conjunto residencial, de ahí que de fe que ésta convivió con el señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO hasta la fecha de su fallecimiento, y que dicha unión procrearon siete hijos.

Reiteró que la pareja siempre convivió hasta la fecha del deceso del causante, así como que el señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO falleció de un infarto cardiaco, estando él como declarante en las exequias, por lo que tiene conocimiento que la actora también asistió al mismo en compañía de sus hijos.

Expuso no tener conocimiento que el causante hubiese tenido otra pareja a parte de la demandante, y que por ser vecinos de la pareja los visitaba en el hogar aproximadamente cada ocho días, por lo que le consta que la pareja vivía sola en su apartamento, adicional a que la muerte del causante sucedió como consecuencia de un infarto.

De otra parte, la testigo señora MARÍA VITALINA FONSECA OPERADOR expuso que tiene 49 años de edad y es vendedora de plantas. Que es amiga de la demandante aproximadamente hace 10 años porque son vecinas del mismo conjunto de apartamentos. Señaló que desde que conoce a la demandante la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

misma siempre convivió con su cónyuge señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO, sin que tuviese conocimiento que la pareja se hubiese separado.

Que como pareja procrearon siete hijos; que por ser vecina de la pareja la frecuentaba constantemente e iba a su hogar cada 15 días, aunado a que también tiene conocimiento que la pareja era casada.

Señaló que el señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO falleció por un infarto sin que pudiera asistir a las exequias por asuntos personales, y no tiene conocimiento que la pareja hubiese tenido alguna relación extra matrimonial.

De cara a lo indicado, se corrobora con meridiana claridad que para la fecha del deceso la demandante ostentaba la calidad de cónyuge supérstite del causante, pues contrajeron nupcias por el rito católico desde el 31 de diciembre de 1959 (Fl 31), sin que para la fecha del deceso del causante hubiese existido siquiera una separación de cuerpos ni mucho menos una desaparición del vínculo matrimonial.

Ahora bien, como lo sostuvo el fallador de instancia, el hecho que al causante la encartada le hubiere reconocido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en el año 2014, la cual por demás no fue reclamada en su momento por el fallecido, tal tópico en nada afecta el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes como así lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en algunas decisiones, siendo una de ellas la SL2843-2021, Radicación No. 88688 del 23 de junio de 2021, en la que refirió:

“Ahora bien, resta por definir si la circunstancia de que el afiliado hubiera recibido en vida el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, impedía a sus beneficiarios obtener la prestación por muerte acá reclamada, que fue la razón esgrimida por el juez de primera instancia para negar el derecho.

En tal sentido es menester remitirse a lo señalado por esta Sala de Casación, en la decisión mayoritaria CSJ SL1416-2019, así:

También es oportuno recordar que la jurisprudencia de esta Sala de la Corte tiene adoctrinado que el hecho de que al afiliado fallecido se le hubiera reconocido en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no impide que sus beneficiarios reciban la pensión de sobrevivientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

como se ha dicho, entre otras, en la sentencia CSJ SL, 25 mar. 2009, rad. 34014 y, más recientemente, en la CSJ SL372-2013, en donde se adoctrinó:

(...) la Corte definirá si los beneficiarios de un afiliado que fallece, pierden o no el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes, por la circunstancia de haber recibido aquel la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Para la Corte, ninguna razón válida existe para negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del causante, pretextando el hecho de que a éste, le fue reconocida en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la medida en que no se trata de la misma contingencia respecto de la cual se canceló la suma indemnizatoria.

En un caso diferente, donde se pretendía el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, no obstante que el afiliado había recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pero que se acomoda al caso objeto de estudio, la Sala en sentencia del 20 de noviembre de 2007, radicación 30123, al fijar el alcance del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, precisó:

“si bien es cierto que de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, están excluidos del Seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, entre otras, las personas que “hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común”, ello no debe entenderse que dentro de ese grupo se encuentren aquellos con posibilidades de beneficiarse con una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva.

“Más bien, frente a la comentada norma, lo que es pertinente afirmar es que quien recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma contingencia, pues a nada se opone que un afiliado, que no reunió en su debido momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ende se le cancele la citada indemnización, pueda seguir asegurado para otro tipo de contingencias, como la invalidez, situación que fue la que aconteció en el presente asunto.

“Resulta contrario a los más altos postulados de justicia, que una persona que reúne los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en las normativas que gobiernan su situación para el momento en que se estructuró su condición de inválida, pierda tal beneficio económico por la sola circunstancia de que otrora se le negó la pensión de vejez, por no haber cumplido los requisitos de semanas cotizadas, pues se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y con exigencias disímiles.

“Además, advierte la Sala, que proceder en la forma como lo sugiere el ISS, conduce, ni más ni menos, a que un trabajador pese a no llenar las exigencias legales para cubrir un riesgo (vejez), y satisfacer los requisitos para otro (invalidez), como aquí ocurre, pierda el cubrimiento de ésta última



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contingencia, porque ello sería tanto como prohijar un total y absoluto desamparo, con flagrante desconocimiento, no sólo de aquellos principios que irradian el derecho a la Seguridad Social (art. 48 de la C.P.), sino además su desarrollo legal, o del Sistema de Seguridad Social integral, como son la solidaridad, universalidad, integralidad, participación, unidad y eficiencia.

“En verdad, una exégesis restrictiva en ese sentido, significaría desconocer la no querida probabilidad de que quien recibe una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no pueda invalidarse más adelante, sumándole la desprotección del Sistema frente a ese infortunio que, no puede ignorarse, le impide al inválido procurar su propio sustento, ante la pérdida de su capacidad laboral en el porcentaje previsto en la Ley.

“Adicionalmente, de la lectura al artículo 49 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no surge incompatibilidad alguna entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que recibió el actor en su debido momento, y la pensión de invalidez que reclama, dada la incapacidad que le sobrevino con posterioridad al cumplimiento de los 60 años de edad.’

En las condiciones que anteceden, la indemnización que se le canceló al afiliado en el sub judice, es como su mismo nombre lo indica, “sustitutiva de la pensión de vejez”, esto es, sustituye esa prestación concretamente (pensión de vejez) y no las otras contingencias que también ampara el sistema, como la invalidez y la muerte, por lo que resulta equivocado el razonamiento del Tribunal cuando para negar el derecho pretendido, textualmente expresa, que ‘en el momento en que el causante recibió la indemnización sustitutiva, “se gastó” las semanas que tenía para cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte de origen común.’

A juicio de la Corporación, cuando un afiliado al ISS, le aporte más de 300 semanas antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993, y fallece en vigencia del artículo 46 de esta normativa, sin duda alguna, acorde con el principio de la condición más beneficiosa, sus causahabientes no pierden el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes conforme a lo previsto por los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990. Así se ha sostenido en innumerables fallos, entre otros, en el del 14 de julio de 2005, radicación 25090.”

De lo expuesto, se deriva que la circunstancia de que el causante hubiera recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por no contar con los requisitos mínimos previstos para acceder a dicha prestación, no impide a sus beneficiarios acceder a la pensión de sobrevivientes por tratarse de contingencias diferentes.”

Así las cosas, el hecho que el causante no hubiese acreditado los requisitos para una prestación por vejez, esa circunstancia no es óbice para que sus beneficiarios sean merecedores de la pensión de sobrevivientes, en tanto, son contingencias de naturaleza distinta, máxime si la misma nunca se reclamó por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el causante, tanto así, que la misma encartada continuó recibiendo los aportes a seguridad social en pensiones hasta la fecha del fallecimiento.

También resulta acertada la fecha a partir de la cual el fallador de instancia reconoció la prestación, esto es, desde el 8 de febrero de 2019, pues fue esa calenda en la que sucedió el deceso del causante señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO.

Además, debe advertirse que confrontada la historia laboral del causante, se encuentra ajustado a derecho que el *a-quo* hubiese determinado la mesada pensional de la demandante sobre un S.M.L.M.V., situaciones todas que conllevan a que la sentencia de primera instancia sea confirmada en su integridad.

Por otra parte, la Sala no efectuará pronunciamiento alguno con relación a la absolución por concepto de la mesada 14 perseguida como tampoco al pago de intereses moratorios, como quiera que el presente proceso se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la COLPENSIONES, sin que sobre esos aspectos la parte demandante hubiese encontrado ningún reparo.

De la excepción de prescripción.

Dicha excepción no goza de prosperidad toda vez que el fallecimiento del causante señor MELQUISEDEC MAHECHA MALDONADO sucedió el 8 de febrero de 2019, elevando reclamación administrativa la demandante el 25 de febrero de 2019 como da cuenta la Resolución SUB 99022 del 26 de abril de 2019 (Fls. 13 a 16), por lo que al haberse presentado la demanda el 28 de octubre de 2019 (Fl. 48), claro resulta para la Sala que no operó el término trienal prescriptivo regulado en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S.

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

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

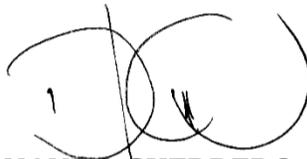
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

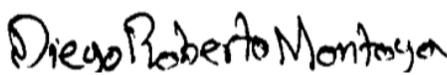
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad, la sentencia proferida el 12 de abril de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

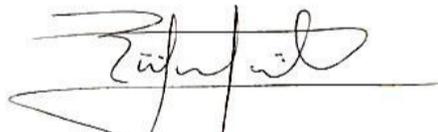
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado
ACLARO VOTO

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