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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: REINALDO ABEL BEJARANO POSSO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A
RADICADO: 11001 31 05 010 2017 00586 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. MARLENY RUEDA OLARTE, DAVID A. J. CORREA STEER y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en sentencia identificada con la radicación n.° 114964 del dos (2) de marzo de dos mil veintiuno (2021), teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

ANTECEDENTES

La parte actora pretende que se declare la nulidad o la ineficacia de la afiliación suscrita con la AFP, para que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir el traslado de régimen junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas con miras a que Colpensiones defina su solicitud pensional, las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria solicitó que se condene Protección y a Porvenir pagar las mesadas pensionales igual o equivalente a la que le hubiera correspondido en Colpensiones. (f.°41)

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones al señalar que la afiliación de la aquí demandante al RAIS goza de plena validez y legalidad puesto que no se probó por parte de la accionante alguna de las causales de nulidad, como vicios en el consentimiento.

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (f.° 74).

Por su parte, PORVENIR se opuso igualmente a todas las pretensiones al señalar que no existe fundamento de hecho o derecho que conlleve a lo pretendido, más aún cuando el acto jurídico con el cual se pretende la invalidación o la nulidad se realizó con la observancia de todas las disposiciones legales existentes para la época, entre ellas el cumplimiento del deber de asesoría, por lo cual no se encuentra viciado de nulidad y por el contrario es completamente valido.

Propuso como excepciones perentorias las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo (f.°.95 - 96).

Finalmente, Protección se opuso a lo solicitado, en razón a que el demandante de manera libre y voluntaria suscribió la solicitud de vinculación al FONDO DE CESANTÍAS AIG COLMENA, absorbido por ING hoy PROTECCIÓN S.A. en la cual no obra constancia de la situación anómala o constreñimiento los asesores de las AFP´s absorbidas por PROTECCIÓN S.A., quienes fueron diligentes al brindar información verbal al accionante respecto a las diferencias entre el RPM y el RAIS en lo que concierne a la modalidad pensional, el cambio de la mesada pensional.

No se advierte algún error, dolo o fuerza que vicie el consentimiento del actor, ni engaño en su buena fe y por ende de lugar a la nulidad de la vinculación.

Como excepciones presentó las que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, ejercicio oportuno al derecho de retracto en el año 1999, prescripción, buena fe por parte de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A y la excepción genérica. (f.° 149 - 150)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2018, declaró la nulidad de la afiliación que el demandante realizó ante PORVENIR el 30 de junio de 2000 por lo que ordenó su regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR recurrió la sentencia de primer grado, con sustento en que al momento de la afiliación no era posible realizar un consolidado de semanas para realizar una proyección, además existió una indebida valoración de pruebas, así como tampoco se cumplen los supuestos de la jurisprudencia para declarar la nulidad de la afiliación.

Por su parte, COLPENSIONES cuestionó la decisión del A-Quo en punto de la valoración probatoria.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 4 a 6, petición radicada 0100222081391500 en Porvenir S.A del 14 de agosto de 2017.
- A folios 7 a 11, respuesta de PORVENIR a la petición radicada 0100222081391500.
- A folios 12 a 24, historia laboral de PORVENIR generada el 7 de julio de 2017.
- A folios 25 a 27, simulación pensional expedida por PORVENIR el 7 de julio de 2017.
- A folio 28, copia de formulario de afiliación a COLPENSIONES.
- A folio 29, repuesta de COLPENSIONES rechazando el trámite de pensión.
- A folios 30 A 34, certificado de existencia y representación de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

- A folios 35 A 40, certificado de existencia y representación de fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A.
- A folio 76, historia laboral del demandante, expedida por COLPENSIONES el 6 de diciembre de 2017.
- A folio 98, solicitud de vinculación o traslado del 30 de junio de 2000 a PORVENIR.
- A folios 99 a 101, historial de vinculaciones expedida por Asofondos.
- A folios 102 a 117, copia de historia laboral y relación de aportes en PORVENIR.
- A folios 118 a 125 y 173 a 202, documentos relacionados con multiafiliación.
- A folios 126 a 135, documentos relacionados con el bono pensional.
- A folio 152, solicitud de vinculación del 19 de agosto de 1994 a COLMENA.
- A folio 153, constancia de traslado de aportes expedido por PROTECCIÓN.
- A folio 172, Interrogatorio de parte de REINALDO ABEL BEJARANO POSSO (del minuto 4:26 a 25:44)

Marco Jurisprudencial

- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en sentencia identificada con la radicación n.° 114964 del dos (2) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Caso Concreto

La sentencia STP 2166-2021 proferida con el número de radicación n.° 114964 del dos (2) de marzo de dos mil veintiuno (2021), señala en la parte resolutiva lo siguiente:

*(...) **PRIMERO. REVOCAR** el fallo impugnado y, en su lugar, **amparar** los derechos fundamentales al debido proceso de **REINALDO ABEL BEJARANO POSSO.***

***SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTO** la sentencia emitida el 6 de febrero de 2019 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual negó el traslado del régimen pensional. (...)*

El mencionado fallo señala que se debe emitir nueva sentencia teniendo en cuenta lo expuesto en su parte motiva; en las consideraciones, en síntesis, para el caso concreto hace alusión a los siguientes aspectos medulares:

(i) el diligenciamiento del formulario no es suficiente para dar por demostrado el deber de información y ii) la inversión de la carga de la prueba.

En esa dirección, frente al primer aspecto la Corte indicó:

(...) Sin embargo, dicho documento carece de la vocación probatoria suficiente, toda vez que, por sí solo, no demuestra si a REINALDO ABEL BEJARANO POSSO se le brindó un asesoría real, completa y concisa acerca de los efectos del traslado, así como de las consecuencias que esta decisión podría acarrearle y una proyección del monto pensional al cual tendría derecho, siendo así, esto no refleja la realidad de lo acontecido en dicha ocasión. (...)

Y en cuanto a la segunda tesis edificada en la carga de la prueba, la Corte disertó lo siguiente:

(...) De igual forma, sería absurdo imponer al demandante en este tipo de procesos la obligación de probar que la asistencia recibida fue insuficiente o incompleta, dado que, en atención al principio de la carga dinámica de la prueba, la demandada era la parte procesal que se encuentra en mejor posición para demostrar este hecho, es decir, acreditar que la asesoría realizada contó con los elementos necesarios para garantizar una decisión informada. (...)

En ese orden de ideas, atendiendo la orden de tutela se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2018, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

TERCERO: REMÍTASE de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal con la referencia de Cumplimiento de la sentencia con radicación n.º 114964 del dos (2) de marzo de dos mil veintiuno (2021). Acción de tutela instaurada por REINALDO ABEL BEJARANO POSSO, contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
Secretaría Sala Laboral
21 MAR 25 PM 4:29

000000

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CATHERINE CAICEDO PANTANO
DEMANDADO: COMPAÑÍA DE VIGILANCIA P.P.H. LTDA
RADICADO: 11001 31 05 001 2018 00223 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020 por el Juzgado Primero (1°.) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que la demandante suscribió contrato laboral que inició el 5 de diciembre de 2015, el cual terminó el 20 de febrero de 2017, que el salario es de $1´267.000 mensual, que se condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, la liquidación, las vacaciones, indemnización moratoria por falta de pago, sanción moratoria por no consignación de las cesantías, prima de servicios, costas, indexación, lo extra y ultra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: pactó un contrato de trabajo por el término de 4 meses que inició el 5 de diciembre de 2015, el cargo que ejerció fue el de supervisora de puesto, el contrato se prorrogó hasta el 5 de diciembre de 2017, estuvo sometida a cambios de horario, el 24 de enero le entregaron una citación para descargos

el 6 de febrero de 2017 por usar el celular en horario laboral, la rotación de personal y el ausentismo. El 20 de febrero, fue citada para otros descargos por dormir en el horario laboral, y en ese momento le indicaron que el contrato le había sido cancelado, el día 2 de marzo de 2017, se liquidó el contrato con salario distinto al devengado, posteriormente, presentó derecho de petición y a la fecha de la demanda no se le ha cancelado la liquidación con el salario real devengado, ni pagado las prestaciones sociales: cesantías, prima de servicios e intereses a las cesantías, ni las vacaciones (fls. 95-108)

Frente a esas pretensiones, la **COMPAÑÍA DE VIGILANCIA P.P.H. LTDA.** se opuso parcialmente, argumentando que el contrato suscrito fue en la modalidad de contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual inició el 5 de diciembre de 2015 y se dio por terminado por justa causa el 19 de febrero de 2017, el salario pactado fue de $644.350, canceló las cesantías en el fondo respectivo, los intereses fueron consignados junto a la nómina y con la liquidación lo correspondiente entre el 1°. de enero y el 19 de febrero de 2017, se pagó la liquidación definitiva y todas las prestaciones y vacaciones, en consecuencia, no hay lugar al pago de las indemnizaciones moratorias por falta de pago ni por falta de consignación de las cesantías ni a las demás.

Presentó las excepciones de buena fe, cobro de lo no debido, pago, inexistencia de la obligación (fls. 117-133).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1°.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia 24 de noviembre de 2020, declaró probada las excepciones denominadas de buena fe, cobro de lo no debido, pago, inexistencia de la obligación. Declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, con fecha de inicio el 5 de febrero de 2015 hasta el día 19 de febrero de 2017. Absolvió a la demandada de las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente presentó recurso la parte demandante respecto del salario que se tuvo en cuenta para la liquidación definitiva del contrato porque considera fue variable durante la vigencia del contrato.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a modificar el salario respecto del cual se realizó la liquidación definitiva del contrato.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 15-18, contrato de trabajo.
- A folios 19-54, reglamento de trabajo.
- A folios 54-62, 146-147, comprobantes de pago de nómina.
- A folios 63-73, extractos bancarios.
- A folio 74, 137, liquidación final de prestaciones sociales.
- A folios 75-76, derecho de petición y respuesta.
- A folios 77-82, actas de descargos.
- A folios 83-84, informe disciplinario y descargos.
- A folios 85-86, 143-144, terminación unilateral del contrato.
- A folios 87-89, 140-142, acta de entrega de dotación.
- A folios 90, certificación laboral.
- A folios 134-136, certificado pago de cesantías y de pagos.

Caso Concreto

En el presente caso no existe discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 5 de febrero de 2015 hasta el 19 de mayo de 2017, que fue terminado por justa causa por el empleador, la discusión se centra en el salario que se tuvo en cuenta para la liquidación de las prestaciones y, en consecuencia, se debe reliquidar las cesantías, vacaciones y liquidación definitiva.

Argumenta el recurrente que el salario devengado por la demandante fue variable y, en consecuencia, se debió calcular el promedio de esos salarios para definir el valor de cada una de las prestaciones y la liquidación del contrato.

En ese orden de ideas, al verificarse el proceso se encuentra acreditado y no fue objeto de discusión los comprobantes de nómina de los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, octubre, noviembre y diciembre de 2016 y el mes de enero de 2017 (fls. 54-61 y 146-147) de los cuales se puede observar que efectivamente el salario es variable, no obstante, no es posible realizar una liquidación sobre las prestaciones, tales como la cesantía como lo indica el apelante, porque no se cuenta con la totalidad de los comprobantes de nómina del último año como lo regula el artículo 253 del CST subrogado por el art. 17 del decreto ley 2351 de 1965, que regula el

salario base para la liquidación de las cesantías; ni tampoco se puede verificar la liquidación en años anteriores porque no se allegaron los comprobantes de pago.

Si bien no se desconoce que en el expediente obra copias de resumen de cuenta de ahorros donde se señala el pago por nómina – abono-, es de anotar que no es dable tomar los valores de dichos documentos para calcular la liquidación porque en ese valor de nómina se paga el neto (fls. 62-73) y en el se cuenta por ejemplo el valor de las incapacidades, las cuales no se consideran salario porque es un subsidio que se le entrega al trabajador cuando se encuentra en licencia médica para prestar el servicio, lo cual se puede corroborar con el comprobante de nómina del mes de junio que corresponde a $1´176.575 y que contiene la suma de $45.964 por enfermedad general pago eps (fl 58) y el resumen cuenta de ahorro del mismo mes en el que se constata que el pago nómina abono es la suma de $1´176.576. (fl. 65), esto es, los mismos valores.

De tal manera que en el presente proceso no se cuenta con suficientes elementos de prueba para acreditar los argumentos del recurso, carga de la prueba que correspondía a la parte actora que era la que pretendía demostrar que las prestaciones se pagaron con un salario menor al devengado, y por el contrario, si se acreditó por la demandada que pagó los emolumentos que por ley se encontraba obligada y la exonera del reconocimiento de cualquier indemnización por no consignación de cesantías y por no pago de prestaciones sociales y salario.

Respecto de la carga de la prueba, válido es recordar que el artículo 167 del C.G.P, aplicable al procedimiento laboral en cumplimiento al principio de integración normativa previsto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, dispone sobre la:

> *"Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen....."*

De acuerdo con el precepto legal transcrito, la afirmación de la demandante, en cuanto a la existencia de una relación regida por un contrato de trabajo, no lo exime de la obligación de demostrar las circunstancias tales como: prestación personal del servicio, extremos temporales, retribución, trabajo suplementario o dominical o festivos, en la medida en que la subordinación de conformidad con el artículo 24 del CST se puede presumir.

Ahora bien, acerca de que la demostración del monto del salario de la relación laboral le incumbe a quien los invoque, se pronunció la H. Corte Suprema de Justicia mediante en la Sentencia del 5 agosto de 2009, con Radicación 36549, reiterada en las Sentencias CSJ SL, del 24 de abril de 2012, Rad. 41890 y SL 16110-2015 con Radicación 43377 del 4 de noviembre de 2015, en los siguientes términos:

> *" La presunción de que trata el artículo 24 del C. S. de T, además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.*
>
> *Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado".*

De tal manera que al no encontrarse cumplida la carga de la prueba bajo la responsabilidad de la demandante, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: RAFAEL ANTONIO FONSECA ORJUELA
DEMANDADO: LIXANDER PEÑA DAZA
RADICADO: 11001 31 05 009 2016 00622 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por **la parte demandante** contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2020 por el Juzgado Noveno (9°.) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que existió un contrato de trabajo con el señor LIXANDER PEÑA DAZA desde el 10 de mayo de 2014 hasta el 10 de abril de 2016 con un salario mensual de un millón ciento cincuenta mil pesos ($1.150.000) a término indefinido; que fue terminado de manera unilateral por el empleador el 10 de abril de 2016, en consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, las prestaciones sociales, vacaciones, horas extras diurnas, dominicales y festivos, las sanciones moratorias por no consignación de cesantías y no pago de prestaciones al finalizar el contrato y el pago total de la seguridad social.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: el demandado es propietario de la panadería "El rico sabor del pan"; el

demandante celebró un contrato de trabajo de manera verbal con el demandado desde el 10 de mayo de 2014; por ser verbal la celebración el contrato se entiende por indefinido; el objeto del contrato era para laborar como panadero y pastelero con un salario mensual de $1.150.000; el contrato fue finalizado de manera unilateral por el empleador el 10 de abril de 2016 ya que el demandado condicionaba la continuidad del contrato a que el trabajador debía afiliarse a la seguridad social como independiente, ante la solicitud del trabajador de ser afiliado por un accidente de trabajo que ocurrió en octubre de 2015; el demandado intentó que el demandante le firmara un contrato de arrendamiento de la maquinaria con la que se producía los productos de panadería con el fin de desvirtuar la relación laboral; la labor fue ejecutada de manera personal por el demandante y atendiendo las instrucciones dadas por el empleador; el horario era de 7 de la mañana a 7 de la noche; al demandante no se le pagaron las prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, dominicales y festivos ni la seguridad social (fls.14-22).

Frente a estas pretensiones, el **CURADOR AD LITEM** manifestó que carecía de información, ateniéndose a lo que se probara y propuso las excepciones de prescripción y genérica. (Fls. 111-114)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Noveno (9°.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de octubre de 2020, absolvió a la parte demandada al considerar que las pruebas aportadas al proceso no permitían demostrar la prestación del servicio en las condiciones señaladas en la demanda ni tampoco la subordinación, condenó en costas a la parte demandante, fijó como agencias en derecho la suma de $500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante en el momento procesal correspondiente interpuso recurso de apelación argumentando que no se valoró la prueba testimonial correctamente porque de ella se infiere la prestación del servicio, se desconoce la presunción de subordinación y se premia la ausencia del demandado en el proceso.

ALEGACIONES

Dentro de la oportunidad procesal el curador ad litem presentó escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo y, en consecuencia, condenar el reconocimiento de pretensiones de la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 5, derecho de petición dirigido al demandado mediante el cual se solicita la liquidación de dos años de labor en la panadería.
- A folios 6-8, citación al representante legal y o propietario Rico sabor del pan y constancia de comparecencia del demandante y de no comparecencia del demandado.
- A folios 9-11, copia de contrato de arrendamiento de área de trabajo sin firma.
- Testimonio de la señora HELENA GOMEZ GALINDO.

caso concreto

El juez de primera instancia absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda, porque consideró que con los elementos de prueba no se logró demostrar la prestación personal del servicio ni una relación subordinada.

La parte actora inconforme con la decisión proferida presentó recurso de apelación solicitando en síntesis que se revoque la sentencia de instancia por cuanto con las pruebas aportadas se acredita la prestación personal del servicio, hay lugar a aplicar la presunción legal de subordinación, para así evitar premiar a quien no se hizo presente en el proceso.

Respecto de la carga de la prueba, el artículo 167 del C.G.P, aplicable al procedimiento laboral en cumplimiento al principio de integración normativa previsto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, dispone que le *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen....."*

De acuerdo con el precepto legal transcrito, la afirmación de la demandante, en cuanto a la existencia de una relación regida por un contrato de trabajo, no lo exime de la obligación de demostrar las circunstancias tales como: prestación personal del servicio, extremos temporales, retribución, trabajo suplementario o dominical o festivos, en la medida en que la subordinación de conformidad con el artículo 24 del CST se puede presumir.

Ahora bien, acerca de la demostración de las circunstancias anteriores como la prestación personal del servicio, los extremos temporales de la relación laboral, etc., le incumbe a quien los invoque, para así activar la presunción de subordinación, como se pronunció la H. Corte Suprema de Justicia mediante en la Sentencia del 5 agosto de 2009, con Radicación 36549, reiterada en las Sentencias CSJ SL, del 24 de abril de 2012, Rad. 41890 y SL 16110-2015 con Radicación 43377 del 4 de noviembre de 2015, en los siguientes términos:

> *" La presunción de que trata el artículo 24 del C. S. de T, además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.*
>
> *Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado".*

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso señalar que el artículo 23 del CST establece los requisitos del contrato de trabajo y el artículo 24 del mismo compendio normativo la presunción de que la prestación personal del servicio es subordinada.

Considera el recurrente que con el testimonio es posible acreditar la prestación del servicio porque la testigo manifestó que vio al demandante cuando laboraba en la panadería como panadero, lo cual además le constaba porque era su familiar.

De las pruebas allegadas al expediente, se encuentra que de las documentales no es posible inferir la prestación personal del servicio del

demandante a favor de la parte demandada y de la testimonial no se verifica las circunstancias que le incumbía probar al actor.

Nótese que la señora Helena Gómez informó en su exposición que era cuñada del demandante, que no conoció al demandado, que la razón por la que fue citada era porque tenía que atestiguar que el demandante estuvo trabajando y no le pagaron.

Al preguntársele que le constaba, indicó que el cuñado trabajaba en una panadería, lo despidieron y no le pagaron la liquidación.

Cuando le preguntaron si vivía cerca a la panadería expresó que no, informó que la panadería quedaba cerca al terminal del sur y ella trabaja en Patio bonito; también expuso que no iba a la panadería todos los días, sino cuando subía de vez en cuando, por hay cada seis meses que pasaba por el frente o iba a tomar un tinto y vio al demandante que trabajaba en la panadería que hacía pan.

Sobre la época en que trabajó, señaló que la época en que trabajo 2014 a 2016 y lo recuerda porque en ese tiempo era que trabajaba, durante los dos años pasaron una o dos veces por la panadería, no sabe cuánto ganaba ni si le pagaban seguridad social ni tampoco estuvo presente cuando las partes celebraron el contrato.

De lo expuesto en el testimonio contrario a lo indicado por el recurrente no se puede establecer la prestación del servicio en la forma indicada en la demanda a favor del demandado, ello porque la declarante manifestó que no conoció al demandado, aunado a que no fue testigo presencial de la actividad realizada por el demandante durante el periodo señalado en la demanda comprendido entre el 10 de mayo de 2014 al 10 de abril de 2016, recuérdese que la testigo indicó que pasaba por el sitio cada seis meses y después indico que durante los dos años pasó una o dos veces por el sitio donde el demandante realizó las labores, esto es, de manera muy esporádica, y la razón de ello, era porque no laboraba cerca del sitio donde estaba la panadería, aunado a que no dio información sobre las condiciones de contratación, y se reitera expuso que no conoció al demandado.

Se puede verificar, que la señora indicó que el testimonio era para atestiguar que el demandante estuvo trabajando, lo despidieron y no le pagaron liquidación, pero después expuso que no conoció al demandado, que no estuvo presente en el momento de la celebración del contrato, no sabía cuánto le pagaban al demandante ni si le pagaban seguridad social, lo que impone un manto de duda sobre el conocimiento de la testigo sobre la

situación real en que ocurrieron los supuestos fácticos de la demanda y la relación entre las partes.

De tal manera que se arriba a la misma conclusión de la juez de primera instancia de que el actor no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía sobre los supuestos fácticos que sustentó la demanda para lograr el reconocimiento de las pretensiones y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de octubre de 2020 por el Juzgado Noveno (9°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: BLANCA ALICIA ROMERO ROMERO
DEMANDADO: DIANA ALEJANDRA PRIETO VARGAS
RADICADO: 11001 31 05 009 2017 00290 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte **DEMANDADA** contra la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2020 por el Juzgado Noveno (9°.) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se *declare* que existió un contrato de trabajo con la demandada desde el 11 de noviembre de 1995 hasta el 5 de septiembre de 2013 y el salario devengado fue el salario mínimo legal mensual vigente; que la demandada incumplió con su obligación de afiliar y efectuar los aportes al Sistema General en Pensiones en el periodo comprendido entre el 11 de noviembre de 1995 y el 5 de septiembre de 2012; se ordene a PORVENIR a recibir el cálculo actuarial. Que se condene a lo ultra y extra petita y en costas a la demandada. (fls. 7-12).

Sustentó sus pretensiones en que laboró para la demandada desde el 11 de noviembre de 1995 hasta el 5 de septiembre de 2013, fue empleada del servicio doméstico, a partir de mayo de 2011 laboró los días lunes, miércoles y viernes en el horario de 7 a.m. a 4:30 p.m.; la demandada no la afilió al

sistema de seguridad social en pensiones, es decir, desde el 11 de noviembre de 1995 hasta el 5 de septiembre de 2013.

La señora DIANA ALEJANDRA PRIETO VARGAS se opuso a todas y cada una de las pretensiones porque las fechas no corresponden a hechos ciertos, precisos e incontrovertibles; presentó las excepciones: previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y de fondo las de falta de causa y título para pedir de la demandante, legitimidad de la titularidad de la acción, inexistencia de la obligación, buena fe de la demandada, buena fe de la demandante, cobro de lo no debido, ausencia de causa, prescripción, compensación y genérica (fl. 29-41).

Mediante auto de 27 de septiembre de 2017, el juzgado ordenó llamar a integrar como litis consorte necesario por pasiva a PORVENIR (fl. 42).

PORVENIR contestó la demanda no se opuso ni aceptó las pretensiones por considerar que no estaban dirigidas en su contra y que la actora no se encontraba afiliada a esa entidad. Presentó como excepciones hecho exclusivo de un tercero, buena fe, falta de legitimación de la causa e innominada o genérica (fls. 64-70).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Noveno (9°.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2020, declaró que entre las señoras BLANCA ALICIA ROMERO ROMERO y DIANA ALEJANDRA PRIETO existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo desde el 11 de noviembre de 1995 hasta el 5 de septiembre de 2013, se desempeñó como empleada del servicio doméstico y laboró 3 días a la semana desde el 1°. de mayo de 2011 hasta la última calenda. Condenó a la demandada a cancelar a COLPENSIONES a su entera satisfacción el cálculo actuarial resultante de la falta de afiliación a pensiones de la siguiente manera: a) entre el 11 de noviembre de 1995 y el 30 de abril de 2011 sobre el salario mínimo legal mensual vigente, y b) entre el 1 de mayo de 2011 y el 5 de septiembre de 2013 sobre dos cotizaciones mínimas semanales, teniendo en cuenta que laboró un promedio de 12,85 días al mes devengando el salario mínimo diario legal vigente; para lo cual deberá presentarse la respectiva solicitud a la Administradora Colombiana de Pensiones, una vez ejecutoriada la presente decisión y cancelarse la suma establecida por dicho ente, dentro del plazo máximo determinado por el mismo.

Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa respecto de Porvenir S.A. y no probadas las presentadas por la señora Diana Alejandra Prieto. Absolvió a PORVENIR. Condenó en costas a la demandada y fijó como agencias en derecho la suma de $1.000.000=

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación dentro de la oportunidad procesal correspondiente con el objeto de que se revise la prescripción y la falta de legitimación por pasiva de PORVENIR.

ALEGACIONES

La apoderada de la parte demandada presentó escrito alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí hay lugar a emitir condena contra PORVENIR y si procede la prescripción sobre los aportes no cotizados.

Caso Concreto

En el presente caso no se discute la condena respecto de la declaración de la existencia del contrato de trabajo en las fechas y periodicidad indicada en la sentencia de primera instancia ni la condena sobre el cálculo actuarial; la discusión se centra en determinar si operó o no el fenómeno de la prescripción y la legitimación en la causa por pasiva de PORVENIR a quien se ordenó integrar a la litis.

En relación con la prescripción, se tiene que todos los trabajadores dependientes deben ser afiliados al sistema de Seguridad Social en Pensiones de conformidad con los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, y el empleador está obligado a descontar y pagar los aportes pensionales a la administradora de pensiones elegida por el trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo como lo establece el artículo 22 de la Ley 100 de 1993.

Dado que los aportes hacen parte del capital que se conforma para garantizar el riesgo de vejez se ha indicado que mientras esté en construcción el derecho a la pensión no procede la prescripción de los mismos, lo cual ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en la sentencia SL 1358-2018, emitida en el proceso identificado con la radicación 69316, en la que reiteró "sobre la prescripción debe reiterarse, lo que ya tiene precisado la Corte, en el sentido de que es imprescriptible el pago del cálculo actuarial a transferirse, toda vez que forman el capital indispensable para el reconocimiento de la pensión que es de carácter

vitalicia, para lo cual pueden consultarse las sentencias más recientes CSJ SL941-2018 – CSJ SL738-2018, en las que se reiteraron otras anteriores, como la CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266 y la CSJ SL, 9 ag. 2006, rad. 27198".

En ese orden de ideas, no procede la aplicación de la excepción de prescripción sobre los aportes ni tampoco sobre el cálculo actuarial y, en consecuencia, no hay lugar a atender el argumento del recurso de apelación.

En relación con la declaración de la falta de legitimación por pasiva de la llamada a integrar la litis PORVENIR, es de señalar que la capacidad para ser parte tiene que ver con la capacidad para adquirir derechos y obligaciones y la capacidad para ser parte en un proceso es referida a la capacidad de disponer de los derechos y responder por las obligaciones.

En el presente caso, indica el recurrente que pese a ser vinculada PROTECCIÓN no se generó obligación a su cargo en la sentencia de primera instancia.

Si bien es cierto que mediante auto de 27 de septiembre de 2017 se ordenó llamar a integrar como litisconsorcio necesario por pasiva a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., también lo es que esa entidad en la contestación de la demanda expuso como argumento de defensa que la demandante no se encontraba afiliada a PORVENIR y para acreditar su aseveración adjuntó certificado de no afiliación de la demandante (fl. 63).

Así mismo, se constata a folio 75 el certificado RUAF en el que se puede constatar que la demandante se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en pensiones a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – desde el 1 de septiembre de 1989, lo cual se corrobora con la información de los folios 103-107, de tal manera que si bien PORVENIR tiene capacidad para ser parte como persona jurídica no tiene legitimación para responder por la obligación de realizar el cálculo actuarial ni de recibir el pago que correspondería al periodo laborado por la demandante dado que no se encuentra afiliada a esa administradora de pensiones para garantizar su riesgo de vejez.

Recuérdese que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consagra que el cómputo de las semanas a que se hace referencia en el literal d) "el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión hubieren afiliado al trabajador", aplicable en el presente caso, "*será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que*

se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional".

En este caso la entidad administradora competente para realizar el cálculo actuarial y recibir el pago es COLPENSIONES por ser la entidad a la que se encuentra vinculada la demandante.

En ese orden de ideas, no proceden los argumentos del recurso de apelación y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2020 por el Juzgado Noveno (9°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARTHA LUCIA GUTIERREZ BONILLA
DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR Y OLD MUTUAL
RADICADO: 11001 31 05 012 2018 00327 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA, DAVID A. J. CORREA STEER y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia identificada con la radicación n.° 62086 del diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021), teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a la AFP SKANDIA hoy Old Mutual el 1°. de abril de 2008, y con PORVENIR el 1°. de junio de 1996 y 1°. de mayo de 2012, para que como consecuencia de lo anterior, se condene a OLD MUTUAL y PORVENIR a registrar en su sistema de información que la demandante no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora por la indebida información, a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación, actualizar la historia laboral y a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que consiste en bonos pensionales, aportes, rendimientos, y comisiones, lo ultra y extra petita. (f.° 112-119).

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones con sustento en que la demandante de manera autónoma y voluntaria solicitó ser trasladada luego de la información que debió ser suministrada por los asesores.

Presentó como excepciones de mérito las prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe, genérica. (f.°. 83-92)

A su vez, la entidad OLD MUTUAL se opuso a todas las pretensiones aduciendo que la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones que fue libre y voluntaria por parte de la afiliada, aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen conforme lo dispone la ley 100 de 1993. El traslado a esa entidad fue un traslado de AFP y no de régimen.

Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica y pago. (f.°. 118-125).

Finalmente, PORVENIR en igual sentido se opuso a las pretensiones al considerar que el traslado de régimen pensional no se hizo en contra de una prohibición legal, sino en estricto cumplimiento de los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico.

Como excepciones de fondo formuló las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (f.° 162-169).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de octubre de 2019, declaró la ineficacia de la relación jurídica de afiliación y/o beneficios al régimen de ahorro individual celebrada con PORVENIR el 14 de mayo de 1996; condenó a PORVENIR a realizar el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media de la relación jurídica de la afiliación, como del valor de saldos, aportes y rendimientos, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES; condenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado y recibir el monto de los aportes, saldos, rendimientos, activar la historia laboral en tal régimen sin

reconocimiento del régimen de transición. Absolvió a las demandadas de las suplicas y declaró no probadas las excepciones.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir recurrió la sentencia del A-Quo con sustento en que dicha AFP cumplió con el deber de información como lo señaló la demandante y los testigos. La ratificación de permanencia en el régimen no solo se cumple con el traslado realizado a PORVENIR en el año 2012 sino también con el traslado en el año 2008 a la AFP OLD MUTUAL, tampoco se configura ningún vicio del consentimiento.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la demandante.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 27, fotocopia de la cédula de ciudadanía, nació el 30 de marzo de 1960.
- A folio 28-31, resumen de semanas a COLPENSIONES, 646,57 a 31 de mayo de 1996.
- A folios 32-35, historia laboral PORVENIR.
- A folio 36, formulario de traslado de régimen, 14 de mayo de 1996.
- A folio 37, 51, 174, 123, formulario de traslado de fondo a PORVENIR, 13 de marzo de 2012 y a Skandia el 11 de febrero de 2008.
- Folios 39-47, solicitudes de nulidad.
- A folios 48-50, 52-53, respuestas.
- A folio 93, expediente administrativo de COLPENSIONES.
- A folio 129-132, estado de cuenta a OLD MUTUAL.
- A folios 140-141, 177-178, comunicados de prensa.
- A folio 179-192, Relación de aportes a PORVENIR
- Interrogatorio de parte demandante.
- Testimonios de Amparo Higinia Hernández Bello y Nelson Roberto Aldon Centeno.

Marco Normativo y Jurisprudencial

- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicación n.° 62086 del diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Caso Concreto

La sentencia proferida con el número de radicación n.° 62086 del diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021), señala en la parte resolutiva lo siguiente:

(...) ***PRIMERO: CONCEDER*** *el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social, acceso a la administración de justicia y debido proceso de* ***MARTHA LUCÍA GUTIÉRREZ BONILLA****.*

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS *la sentencia de 5 de febrero de 2020, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral n.° 2018-327, para que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído. (...)*

El mencionado fallo, en síntesis, en las consideraciones hace alusión a los siguientes aspectos medulares:

(i) la suscripción del formulario de vinculación en modo alguno podía entenderse como un consentimiento informado; (ii) la carga probatoria atribuida al afiliado de acreditar que su vinculación al fondo privado de pensiones fue producto de engaño era una inversión desequilibrada de las obligaciones procesales; (iii) la procedencia de la ineficacia no depende de que se compruebe la intención de retornar al régimen público de pensiones dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional; y (iv) no es ineludible que el afiliado pertenezca al régimen de transición.

En esa dirección, frente al primer y segundo aspecto la Corte indicó:

(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.

Sobre el particular esta Sala ha sentado un precedente consistente, en sedas providencias que datan de 2008 y, recientemente, entre otras, en sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-

2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. [...]

[...] si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Esa visión de la inversión de la carga de la prueba también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de donde sigue la conclusión incontrastable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Y es que no puede ser de otra manera, en cuanto no es dable exigir a quien está en desventaja probatoria el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un desatino, 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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Además, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (...)

Y en cuanto a la tercera y cuarta tesis se disertó lo siguiente:

(...) Esa reflexión es equivocada, porque ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para que proceda la ineficacia del traslado, es necesario que el afiliado, al momento del traslado, haya «reunido los requisitos para acceder a la pensión» en el régimen anterior al que estuviese afiliado.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas recientemente CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1452-2019, CSJ SL 1688-2019, CSJ SL 1689-2029 y CSJ SL3463-2019, consiste en que, por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrarles oportunamente, información clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, «sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está o no próximo 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» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689- 2019 y CSJ SL3463-2019) .(...)

En ese orden de ideas, atendiendo la orden de tutela y lo expuesto en la parte motiva de la sentencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

TERCERO: REMÍTASE de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación laboral con la referencia de *"Cumplimiento de la sentencia con radicación n.° 62086 del diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021) Acción de tutela instaurada por* ***MARTHA LUCÍA GUTIÉRREZ BONILLA contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,*** *trámite extensivo al* ***JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO de esta ciudad, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES), las AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS"***

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: TEOVALDO ALFONSO CORREA SUELTA
DEMANDADO: AVIONICA GENERAL DE COLOMBIA LTDA
RADICADO: 11001 31 05 015 2016 00115 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se ordene a la demandada el pago de $1´500.000 por concepto de cesantías, que deberán ser consignadas al fondo PROTECCIÓN, la suma de $180.000 por concepto de intereses de cesantías, y $12´000.000 por la sanción por no consignación de cesantías y costas.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: laboró en AVIONICA GENERAL DE COLOMBIA LTDA mediante contrato de trabajo a término indefinido, inició el 1 de abril de 2006 y terminó el 30 de diciembre de 2014 por renuncia, la actividad desarrollada por el demandante fue la de inspector de control de calidad y la demandada no ha consignado las cesantías correspondientes al año 2014, (fls. 2-4).

Frente a esas pretensiones, la sociedad **AVIONICA GENERAL DE COLOMBIA LTDA,** representada por curador ad litem, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de otras ni se opuso ni allanó. Presentó las excepciones de buena fe, prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, genérica e innominada. (fls. 42-47).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia 19 de noviembre de 2020, declaró que entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo comprendido entre el 1°. de abril de 2006 y el 31 de diciembre de 2013, devengando un salario mínimo legal vigente, absolvió de las demás pretensiones, específicamente en cuanto al pago de las cesantías del año 2014 y la moratoria por no consignación de las cesantías establecidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, declaró demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; condenó en costas a la parte actora y fijó como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente para el año 2020.

RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentó recurso la parte demandante respecto de la valoración de la prueba.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si se acredita la prestación del servicio del demandante a la parte demandada para el año 2014, el salario devengado y si se debe ordenar el reconocimiento de las cesantías correspondientes al año 2014, la sanción moratoria por no consignación y los intereses a las cesantías pretendidos en la demanda.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 8-10, contrato de trabajo.
- A folio 11, estado de cuenta en cesantías emitido por PROTECCIÓN.

Caso Concreto

El demandante sin pretender la declaratoria de la existencia de un contrato desde el 1°. de abril de 2006 hasta el 30 de diciembre de 2014 pretendió el

pago de $1.500.000 por concepto de cesantías para ser consignados, la suma de $180.000 por concepto de intereses y la suma de $12´000.000 por concepto de sanción por no consignación de cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y las costas de la demanda.

Expuso en los hechos de la demanda que ingresó a laborar a AVIONICA GENERAL DE COLOMBIA LTDA el 1°. de abril de 2006 y que la terminación del contrato de trabajo fue por renuncia el 30 de diciembre de 2014.

Para acreditar los hechos de la demanda, allegó al expediente el contrato individual de trabajo a término indefinido y el estado de cuenta en cesantías expedido por PROTECCIÓN.

La parte demandada solicitó el decreto y la práctica del interrogatorio de parte del demandante en el que expuso que era socio de la empresa, la vinculación era a término indefinido, terminó el contrato a mitad de diciembre de 2014 por renuncia porque le salió otro contrato y que al momento de la terminación le hicieron la liquidación que era como diez millones de pesos, pero que no le cancelaron ninguna suma.

El artículo 167 del C.G.P, aplicable al procedimiento laboral en cumplimiento al principio de integración normativa previsto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, dispone sobre la carga de la prueba que la:

> *"Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen....."*

Respecto de los extremos temporales de la relación laboral, su demostración le incumbe a quien los invoque, y así lo ha señalado de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre ellas, en la Sentencia del 5 agosto de 2009, con Radicación 36549, reiterada en las Sentencias CSJ SL, del 24 de abril de 2012, Rad. 41890 y SL 16110-2015 con Radicación 43377 del 4 de noviembre de 2015, en los siguientes términos:

> *" La presunción de que trata el artículo 24 del C. S. de T, además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario,*

también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado".

De acuerdo con lo anterior le correspondía al demandante acreditar la existencia de la relación laboral hasta el 30 de diciembre de 2014 (aunque en el interrogatorio expuso que laboró hasta mediados del mes de diciembre de 2014) porque para causar la pretensión de las cesantías del año 2014 y las consecuenciales debía allegar pruebas que le permitieran demostrar las circunstancias tales como: prestación personal del servicio, extremos temporales, retribución, trabajo suplementario o dominical o festivos, ello porque que aun cuando la subordinación de conformidad con el artículo 24 del CST se puede presumir, no así las demás circunstancias.

Al analizar los medios allegados al expediente, se encuentra que los mismos no permiten evidenciar la existencia de un contrato de trabajo en los extremos indicados en la demanda, en la medida que ninguno de los elementos de prueba escriturales permiten señalar que el demandante prestó de manera personal el servicio a la demandada durante el año 2014, ni tampoco se puede probar con el interrogatorio porque de este no se puede derivar prueba a favor del demandante, y menos si se tiene en cuenta que el mismo demandante señaló dos fechas diferentes de terminación del vínculo laboral: a mediados de diciembre en el interrogatorio y el 30 de diciembre en el escrito de demanda.

En ese orden de ideas, al valorarse la prueba obrante en el expediente se llega a la misma conclusión del juez de primera instancia de que en el expediente no se acredita la existencia de la relación laboral hasta el 30 de

diciembre de 2014 y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: AVELINO SUAREZ SIERRA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICADO: 11001 31 05 021 2019 00777 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por **las partes** contra la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se reliquide la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez porque no aplicó de manera correcta la fórmula descrita en el artículo 3°. del Decreto 1730 de 2001 ni tuvo en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas y pagadas como trabajador dependiente e independiente ni con el régimen subsidiado, el pago de los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y costas del proceso. (fls. 3-7).

Frente a estas pretensiones, la parte demandada COLPENSIONES se opuso al considerar que aplicó la fórmula descrita en el artículo 3 del decreto 1730 de 2001 y los valores subsidiados fueron devueltos al Estado de conformidad con el Decreto 2414 de 1998 y 1858 de 1995.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, no procedencia del pago de

costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, prescripción y la innominada o genérica. (fl. 29).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de noviembre de 2020, declaró que el demandante tiene derecho a la indemnización sustitutiva en un monto de $11.314.166 y condenó a la demandada a reconocer y pagar la diferencia resultante por concepto de indemnización a la suma de $3´124.852, suma que deberá ser indexada al momento de su pago, declaró no probadas las excepciones y absolvió de las demás pretensiones, condenó en costas a COLPENSIONES y fijó como agencias en derecho la suma de $300.000=

RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes en el momento procesal correspondiente presentaron recurso de apelación tendientes a que se verifique la liquidación de la indemnización sustitutiva, en la medida que la parte demandante considera que esta asciende a la suma de $13´713.000 y la demandada que la liquidación realizada en sede administrativa se ajusta a las normas.

ALEGACIONES

la parte demandada presentó escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a reliquidar la indemnización sustitutiva a favor del demandante y al pago de manera indexada.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 8, registro civil de nacimiento, que indica que el demandante nació el 16 de junio de 1951.
- A folios 10-19, actos administrativos mediante los cuales se reconoce la indemnización sustitutiva y se resuelven los recursos que pretendían la reliquidación.
- A folio 29, expediente administrativo.
- A folios 49-51, certificación sobre la vinculación del demandante al fondo de Solidaridad Pensional.

CASO EN CONCRETO

La finalidad de la indemnización sustitutiva es la de permitir que las personas que habiendo cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez y que no han cotizado el número de semanas exigidos puedan solicitar la devolución de los dineros aportados al sistema, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral entre otras sentencias la identificada con la radicación 37770 de 20 de abril de 2010[1].

Descendiendo al caso de autos, no fue objeto de reproche que al demandante le fue reconocida mediante Resolución SUB 265793 de 23 de noviembre de 2017 una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de $8.189.314, (fls. 10-11), cuantía que fue confirmada mediante Resoluciones SUB 32637 de 2 de febrero de 2018 y DIR 5643 de 16 de marzo de 2018 (fls. 13-19).

El juzgado de primera instancia procedió a re liquidar esa prestación al considerar que ascendía a la suma de $11´314.166, encontrando una diferencia a favor del demandante equivalente a $3´124.852, por lo que condenó a la encartada al pago de ese valor, debidamente indexado.

Inconforme con la decisión, los apoderados presentaron recursos tendientes a la revisión de la indemnización, la parte demandante a que se reliquide la indemnización sustitutiva en un valor superior porque el actor tiene derecho a la suma de $13´713.000 y la demandada a que se revoque la decisión porque la liquidación elaborada se liquidó conforme lo dispone el artículo 3°. del Decreto 1730 de 2011, tal y como se aprecia en el acto administrativo de reconocimiento.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que es la norma aplicable al presente caso Decreto 1730 de 2001 por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la ley 100 de 1993 referentes a la Indemnización Sustitutiva del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, modificado por el decreto 4640 de 2005, se encuentra la disposición que consagra la fórmula para determinar el valor de la indemnización así:

(...) I = SBC x SC x PPC
Dónde:

---

[1] *Sentencia 37770 de 20 de abril de 2010. (...) No obstante lo anterior, valga aclarar, que la indemnización sustitutiva a que se refiere el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, no pasa de ser una prestación más de las consagradas en sistema de seguridad social integral, para las personas afiliadas al régimen solidario de prima media con prestación definida, la cual solo es viable cuando no se ha sufragado el número de semanas exigidas y no se alcanza a configurar el derecho pensional, dado que el afiliado se encuentra en imposibilidad de seguir cotizando, habiendo cumplido la edad; pero en manera alguna puede equipararse, como lo sugiere la censura, a una devolución de aportes sobrantes respecto de un asegurado que accedió al derecho pensional. (...)*

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 presente caso también aplica los artículos 25, 26, 28 y 29 de la Ley 100 de 1993 que consagran el Fondo de Solidaridad Pensional y su objeto, regulan que los subsidios son temporales y parciales, de manera tal que el beneficiario realice un esfuerzo para el pago parcial de su aporte y disponen en cuanto a la exigibilidad del subsidio que cuando el afiliado exceda los 65 años de edad y no cumpla con los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, la entidad administradora respectiva devolverá el monto de los aportes subsidiados con los correspondientes rendimientos financieros a dicho fondo de Solidaridad Pensional.

En ese orden de ideas, la indemnización sustitutiva a que tiene derecho el demandante debe liquidarse con base en la fórmula indicada sobre todo el periodo cotizado y teniendo en cuenta el aporte que efectuó el demandante durante el periodo que se benefició del régimen subsidiado, sin que en esta liquidación se pueda tener en cuenta el aporte del subsidio correspondiente al 75% sufragado por el Fondo de Solidaridad Pensional desde el 1°. de octubre de 2011 hasta el 2 de junio de 2016, fecha en que se suspendió dicho pago porque el actor alcanzó la edad límite para el subsidio, esto es, incurrió en la causal de pérdida del derecho del subsidio por cumplir 65 años de conformidad con el numeral 2°. Del artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016. (fl. 49-51).

Teniendo en cuenta ese marco normativo y el resumen de semanas cotizadas por el demandante una vez realizadas las operaciones aritméticas por el grupo liquidador asignado al Tribunal se encuentra que la indemnización sustitutiva asciende a la suma de $8´509.939 para el año 2017, siendo este valor superior al calculado por COLPENSIONES en los actos administrativos y un valor inferior al señalado por el juez de primera instancia y el apoderado de la parte demandante en recurso de apelación, por lo que hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia y ordenar a la demandada pagar la diferencia resultante del valor reconocido en los actos administrativos y el valor de la liquidación del Tribunal, en cuantía de $320.625 de manera indexada.

En cuanto a la excepción de *prescripción* propuesta por la pasiva, la misma no tiene vocación de prosperidad en la medida que la demanda se presentó

el 20 de noviembre de 2019, es decir, dentro de los tres años subsiguientes al reconocimiento de la indemnización sustitutiva que fue el 23 de noviembre de 2017 (folio 10-11)

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En conclusión, se modificará la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los Numerales **PRIMERO y SEGUNDO** de la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, los cuales quedarán así: **DECLARAR** que el señor AVELINO SUAREZ SIERRA tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva para el año 2017 en cuantía de $8´509.939, y, en consecuencia, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** a pagar a favor del demandante la diferencia resultante por concepto de indemnización sustitutiva en cuantía de $320.625=, suma que deberá ser indexada desde el 23 de noviembre de 2017 hasta el momento de su pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás.

TERCERO: sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HUGO GALARZA MORA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
RADICADO: 11001 31 05 025 2015 00823 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **la parte demandante** contra la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 22 de septiembre de 2014, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las facultades extra y ultra petita que se encuentren demostradas y las costas.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Nació el 21 de septiembre de 1954; solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; la petición fue negada por COLPENSIONES al considerar que el demandante no

cumplía con los requisitos para el reconocimiento del derecho pensional; que si bien el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no cumplía con el requisito de 40 años se debe tener en cuenta que el parágrafo transitorio extendió el régimen de transición hasta el año 2014. (fls. 1-5).

La parte demandada se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento legal, ya que el demandante demostró que nació el 21 de septiembre de 1954, esto es, que tenía 39 años, 6 meses y 9 días de edad, y no acreditó quince (15) años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, imposibilidad de condena en costas y las genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

Mediante Sentencia de 6 de noviembre de 2020, el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada, no impuso costas y ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de conformidad con el artículo 69 del C.P.T Y S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la parte demandante acredita tener derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 6, fotocopia de la cédula de ciudadanía del demandante, nació el 21 de septiembre de 1954.
- A folios 7-17, providencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sobre el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 1 de 2005.
- A folios 18-27, 54-58, resumen de semanas cotizadas.
- A folios 28-32, resoluciones GNR129126 de 4 de mayo de 2015, VPB 55138 de 31 de julio de 2015.

Caso en concreto

En el presente caso el demandante pretende el reconocimiento de la pensión de vejez por considerar que cumple los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, que por ser beneficiario del régimen de transición extendió el mismo hasta el año 2014 y por ello cumplió con los requisitos para el reconocimiento de la pensión el 22 de septiembre de 2014.

La Sala debe recordar que la causación del derecho nace cuando el afiliado reúne los requisitos de semanas cotizadas y la edad, mientras que el disfrute de la pensión solo se hará efectivo, es decir, se comenzarán a percibir las mesadas pensionales una vez se acredite la desafiliación del sistema, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, al que se remite en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha reiterado en innumerables pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia, (SL1494-2018 Radicación N° 57179 que reitera las SL16780-2014, CSJ AL6248-2017, CSJ SL6159-2016, SL1471-2018 Radicación N° 54717 del 9 de mayo de 2018 que reitera la CSL SL415-2018, rad. 64761; CSJ SL568-2018, rad. 53743).

También se recuerda que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre, o quince (15) años de servicios o cotizaciones a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto; régimen que fue limitado por el acto legislativo 01 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010 y, excepcionalmente, hasta el año 2014 para las personas que tuvieren a la entrada en vigencia de dicho acto legislativo 750 semanas cotizadas.

Revisadas las pruebas respecto del marco normativo que consagra el régimen de transición, se observa que el gestor a 1° de abril de 1994 no contaba con cuarenta (40) años de edad, porque nació el 21 de septiembre de 1954, ni tampoco contaba con quince (15) años de servicios o cotizaciones, ya que a 1°. de abril de 1994 había cotizado al sistema de pensiones 681,58 semanas (fl. 18).

En ese orden de ideas, no se acredita en el presente proceso que el demandante fuera beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque no cumplía ninguno de los presupuestos contemplados en el artículo en mención el 1°. de abril de

1994, y, en consecuencia, tampoco podía extender un régimen del que no fue beneficiario.

Si bien no se desconoce la providencia emitida por la Sala de Consulta y Servicio Civil respecto del parágrafo transitorio 4 del artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, sobre la extensión del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, es de anotar que la misma es aplicable a las personas que eran beneficiarias del mencionado régimen a 1°. de abril de 1994, el cual como se señaló en párrafos anteriores no es aplicable al demandante

Bajo ese escenario, se concluye que la sentencia de primera instancia será **confirmada**.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JAIRO GUSTAVO LINARES CLAVIJO
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 025 2017 00581 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA, HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de ambas partes respecto de la sentencia proferida el 1° de septiembre de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios desde el 1°. de agosto de 2013 hasta la fecha en que se verifique su pago, sobre las mesadas dejadas de cancelar entre el 1°. de agosto de 2013 a junio de 2014, suma pagada hasta julio de 2014; indexación, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (f.° 3)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que el 27 de diciembre de 2013 radicó solicitud de pensión ante Colpensiones, petición que fue resuelta a través de Resolución N° GNR 212431 de 11 de junio de 2014, notificada el 5 de agosto de 2014, mediante la cual la Administradora reconoció pensión de vejez al actor de conformidad con lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990. Que dicha

prestación le fue reconocida a partir del 1°. de agosto de 2013 en cuantía inicial de $6.768.842, generándose un retroactivo pensional de $66.161.142. Contra la anterior decisión el accionante interpuso recurso de apelación, el que fue resuelto mediante Acto Administrativo VPB 21574 del 21 de noviembre de 2014, confirmando en todas sus partes la resolución inicialmente citada y al reclamar los intereses moratorios el 6 de julio de 2017, Colpensiones decidió negarlos como se desprende de la Resolución SUB 133887 del 24 de julio de 2017. (f.° 3-4)

Como quiera que por auto del 18 de septiembre de 2017, el juzgado de primera instancia ordenó poner en conocimiento de la presente demanda a FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del PAR del ISS en liquidación, dicha entidad se pronunció señalando que no se encontraba legitimada para actuar, debido a que el litigio se relacionaba con la pretensión de reconocimiento a una pensión de vejez. (f. 39-40)

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que no había existido mora en el pago de mesadas pensionales y por tanto no se había configurados los supuestos del art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Presentó las excepciones de fondo que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica (f. 41-43)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1° de septiembre de 2020, condenó a la demandada al pago de intereses moratorios desde el 27 de abril de 2014 y hasta el momento de su pago, en este caso para el periodo de julio de 2014 que ingresó el retroactivo en nómina que corresponde a $790.659.18, absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra y la condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

DEMANDANTE: modificar la suma condenada por concepto de intereses moratorios.

COLPENSIONES: revocar la condena por intereses moratorios.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con c.c. 37.627.008 y T.P. N° 221.228 del C.S. de la J, en los términos conferidos en la sustitución.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los intereses moratorios y, en caso afirmativo, si debe modificarse la condena impuesta en primera instancia por este concepto.

Fundamentos fácticos relevantes

- A folios 18-21, Resolución GNR 212431 del 11 de junio de 2014, por medio de la cual se reconoce una pensión de vejez al demandante a partir del 1°. de agosto de 2013 en cuantía inicial de $6.768.842
- A folio 22, notificación de fecha 5 de agosto de 2014 del anterior Acto Administrativo
- A folio 23-25, Resolución VPV 21574 del 21 de noviembre de 2014, a través de la cual se resuelve un recurso de apelación y se confirma la resolución inicialmente citada
- A folio 26, notificación efectuada el 9 de agosto de 2017 de resolución SUB 133887 del 24 de julio de 2017
- A folio 27, resolución SUB 133887 por medio de la cual se niega el reconocimiento de intereses moratorios
- A folio 49-55, reporte de semanas cotizadas del demandante

Caso concreto

De manera preliminar se aprecia que el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 27 de diciembre de 2013, petición que fue resuelta favorablemente por parte de Colpensiones como se desprende de la Resolución GNR 212431 del 11 de junio de 2014 (f.18), mediante la cual se concedió la prestación a partir del 1°. de agosto de 2013 en cuantía inicial de $6.768.842; tal reconocimiento se hizo bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990 y se indicó que la inclusión sería en nómina de junio cuyo pago se realizaría en el mes de julio de 2014.

Posteriormente, el accionante presentó recurso de apelación respecto de la anterior decisión y la Administradora de Pensiones resolvió el recurso a través de la Resolución VPB 21574 del 21 de noviembre de 2014, confirmando el administrativo inicialmente proferido por esa entidad (f.23)

Finalmente, el actor presentó la reclamación sobre los intereses moratorios el 6 de julio de 2017, la cual fue resuelta de manera negativa por la demandada mediante Resolución SUB 133887 del 24 de julio de 2017 con sustento en que no procede el pago porque no existió mora en el pago de las mesadas causadas (f.27).

En ese orden de ideas y contrario a lo señalado por Colpensiones en el recurso de apelación y en las alegaciones, la Sala concuerda con el A-quo pues en el asunto bajo análisis si procede la condena por concepto de intereses moratorios, en razón a que, *en primer lugar,* de los medios probatorios se logra deducir que para el *27 de diciembre de 2013, fecha de reclamo de la pensión,* el demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez pues cumplía con los requisitos para ello, además de cumplir la edad, la última semana cotizada por el empleador C.I. QUIMICA COMERCIAL ANDINA S.A. fue en julio de 2013, pagada en agosto de ese mismo año, con reporte de la novedad de retiro (f.55).

En segundo lugar, está acreditado que la demandada tan sólo hasta el 11 junio de 2014 emitió la resolución reconociendo la prestación a partir de agosto de 2013 con inclusión en nómina de junio de 2014.

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, los intereses de mora proceden cuando los Fondos encargados de reconocer la pensión no atienden la solicitud dentro del plazo de cuatro meses contados a partir de la solicitud del afiliado con la documentación completa, de tal manera que en este asunto si la solicitud se radicó el 27 de diciembre de 2013, la entidad demandada debía reconocer la prestación a más tardar el 27 de abril de 2014, situación que solo ocurrió con el acto administrativo de reconocimiento emitido el 11 de junio de 2014, por lo que es dado colegir que la entidad incurrió en mora en el reconocimiento de la pensión, ya que no se reconoció dentro del término legal señalado en la norma en cita.

Ahora bien y previo a analizar la cuantía determinada por el juez a quo, aspecto objeto de apelación de la parte actora, se estudiará la excepción de prescripción que oportunamente presentó Colpensiones al contestar la demanda.

Al respecto se tiene que la reclamación de los intereses moratorios se hizo el 6 de julio de 2017 tal y como consta a folio 27 del expediente y la demanda se presentó el 4 de septiembre de ese mismo año (fl.32), por lo tanto, al aplicar los artículos 488 del CST y 151 del CPTySS se deduce que los intereses causados con anterioridad al 6 de julio de 2014 se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

Al aplicar la excepción en el presente caso, no hay lugar a condenar por suma alguna, porque la obligación sobre los intereses moratorios se hizo exigible el 28 de abril de 2014, los intereses se causaron desde el 28 de abril hasta el 31 de mayo de 2014, y la reclamación administrativa sobre intereses moratorios se presentó el 6 de julio de 2017, sin que se pueda incluir como mesada en mora la causada en el mes de junio de 2014 por cuanto se pagó en julio de 2014 como se constata en el acto administrativo (folio 18).

Por lo anterior, se absolverá a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Costas de primera instancia a cargo de la parte demandante.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 1° de septiembre de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUIS NARCISO HERNÁNDEZ CASTIBLANCO
DEMANDADO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP Y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2018 00026 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA, HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de POSITIVA S.A. respecto de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020 y la reconstrucción de fecha 1 de diciembre de ese mismo año por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que POSITIVA S.A. se abstenga de descontar al actor el aporte 4% jubilados y le reintegre lo descontado por dicho valor. Así mismo, que la ETB le reintegre lo descontado por el aporte 4% jubilados desde el 15 de diciembre de 1999 y hasta cuando POSITIVA asumió el pago de la pensión del actor, junto con el pago de las costas procesales. (Fl.2-3)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que laboró para la ETB desde el 9 de abril de 1981 al 31 de diciembre de 1999, dicha empresa estableció un plan de pensión anticipada. El 1°. de diciembre de 1999 a través de conciliación se acordó la terminación del vínculo laboral y el reconocimiento

de una pensión de jubilación no convencional reconocida desde el 15 de diciembre de 1999, fecha desde la cual se ha venido descontando el aporte 4% jubilados y hasta el 5 de diciembre de 2016 le canceló al actor el 100% del monto pensional. El 17 de septiembre de 2013, la ETB subrogó su obligación pensional la cual fue asumida por POSITIVA. (Fl.3-4)

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el descuento realizado al demandante surgía del contrato de conmutación pensional suscrito entre la ETB y POSITIVA el 31 de julio de 2013.

Presentó las excepciones de fondo que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (FL.110-119)

EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. ESP se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el descuento realizado al demandante era de carácter legal y estaba a cargo de todos los pensionados por ser cotizantes obligatorios al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Presentó las excepciones de fondo que denominó: ausencia de causa, prescripción, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (FL.121-130)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de agosto de 2020 y la reconstrucción de fecha 1°. de diciembre de ese mismo año, ordenó a POSITIVA S.A. a suspender el descuento del 4% jubilados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, negó las demás pretensiones y condenó en costas al demandante. (FL.187-194)

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente el apoderado de POSITIVA S.A. y sobre el siguiente punto:

POSITIVA S.A.: improcedencia de la suspensión del descuento 4% aporte jubilados para POSITIVA.

ALEGACIONES

Los apoderados del demandante y de POSITIVA S.A. presentaron escrito de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar en representación de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. al Dr. Rafael Alberto Ariza Vesga identificado con c.c. 79.952.462 y T.P. N° 112.914 del C.S. de la J, en los términos conferidos en la sustitución.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar la procedencia de la suspensión del descuento aportes 4% jubilados ordenado a POSITIVA S.A.

Y **previo a emitir las consideraciones**, la Sala aclara que pese a que la juez de primera instancia ordenó la remisión del expediente en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante y aunque así también lo solicitó el apoderado del actor, no hay lugar a aplicar el grado jurisdiccional de consulta debido a que la sentencia de primera instancia no es totalmente desfavorable al actor como lo establece el artículo 69 del CPTySS modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, en la medida en que salió avante una de las pretensiones solicitadas por el accionante, por lo que únicamente se analizará el recurso de apelación interpuesto por POSITIVA S.A.

CONSIDERACIONES

Fundamentos fácticos relevantes

- A folio 33, reposa comunicación de fecha 8 de marzo de 2000 mediante la cual la ETB le informa al actor sobre el reconocimiento pensional que le hará a partir del 15 de diciembre de 1999
- A folios 34 a 37, obra reclamación presentada por el actor a ETB, solicitando la devolución de lo descontado por 4% aporte jubilado
- A folios 38 a 44, se encuentran respuestas dadas por la ETB al actor mediante las cuales le informa que el descuento del 4% efectuado se hace conforme a lo dispuesto en la Ley 4° de 1976
- A folio 45, milita certificación emitida por la ETB en donde consta que durante el 15 de diciembre de 1999 al 31 de agosto de 2013 al actor

se le efectuaron descuentos por el concepto 2202 (Aporte 4% jubilados) por la suma de $9.480.533

- A folios 46 a 57, 175 a 176 y 178 a 182, figuran los comprobantes de nómina del accionante en donde se observa el descuento del citado 4%
- A folios 58 a 72, 102 y 148, obra CD magnético contentivo de la Convención Colectiva de 1994, reglamento interno y compilaciones de convenciones colectivas 1984 a 2008.
- A folio 120, reposa CD que contiene el contrato de conmutación pensional entre ETB y POSITIVA
- A folio 136, obra resolución GNR 32960 del 26 de enero de 2017 en donde reconoce la pensión de vejez con carácter compartida en favor del actor a partir del 5 de diciembre de 2016
- A folio 144, se encuentra acta de conciliación N°169 en donde por mutuo acuerdo entre la empresa y el demandante se da por terminado el contrato de trabajo por la aceptación que por escrito hizo el trabajador de la oferta contenida en el PLAN DE PENSIONES ANTICIPADO.

Argumento:

Para resolver el recurso de apelación, lo primero que se indicará es que no es objeto de discusión en este asunto que el señor Luis Narcizo Hernández ostenta la calidad de pensionado conforme se constata con el acta de conciliación Nos. 169 del 1 de diciembre de 1999 (fl.33 y 144), por medio de la cual el demandante llegó al acuerdo de terminación del vínculo laboral, acogiéndose al plan de pensión anticipada.

Ahora bien, para poder estudiar lo concerniente a la suspensión del descuento aporte 4% jubilados, deberá abordarse lo relacionado con dicho descuento y al efecto se tiene que en la contestación de la demanda, la ETB aceptó que el descuento del que ha venido siendo objeto el actor tiene su génesis con fundamento en la Ley, las convenciones colectivas y el reglamento interno de trabajo.

A su turno, el apoderado del promotor en el escrito demandatorio asegura que el referido descuento denominado *"aporte 4% jubilados"*, no se encontraba contemplado en el Acuerdo suscrito entre él y la empresa ETB.

Obra dentro del plenario certificación expedida por la ETB, en la cual constan los descuentos por concepto de "aporte 4% jubilados" desde el año 1999 hasta el año 2012 para un total descontado de $9.480.533.

Así mismo, se encuentra en el expediente la recopilación de convenciones colectivas de 1984 a 2008 (CD. Fl.148), en la que en el artículo 14, que trata del FONDO PARA PRESTACIONES SOCIALES, se establece que la empresa aportará el 8% de sus productos brutos con destino al mencionado Fondo, indicando que los **trabajadores** aportarán el 4% de su salario con destino al mismo.

Se aportó la Resolución No. 3873 de 1988 (Cd. fl.148), por medio de la cual se establecen las normas y procedimientos para la prestación de los servicios médicos para los familiares de los trabajadores y **pensionados**.

Obra el reglamento Interno de Trabajo de 1949 (CD. fls.148), indicando en el artículo 53 que el Fondo de Prestaciones Sociales de la ETB está establecido para crear una reserva destinada a atender las prestaciones sociales que ahí se indican, señalando en el artículo 54 que el mismo estaría formado entre otros, por aportes de la misma empresa, del personal de la empresa, de los jornales de los obreros y del empleado u obrero cuando se retire.

En cuanto a la aplicación del artículo 7° de la Ley 4ª de 1976, si bien de conformidad con el Acta de Conciliación No. 169 del 1 de diciembre de 1999 (fl.144), se estableció que acorde entre otras con la mencionada Ley, el reconocimiento de la pensión anticipada es procedente, no puede pasarse por alto que del contenido de esa Acta se extrae que para determinar si el demandante era beneficiario de la prestación pensional y la manera en que debía calcularse, se tuvo en cuenta los requisitos de la convención colectiva.

De lo indicado en precedencia, respecto del descuento APORTE 4% JUBILADO bajo el CÓDIGO 2202, sin lugar a dubitación alguna, se encuentra que este sederiva de la aplicación de cláusula catorce de la recopilación convención colectiva de 1984 (CD fl.148), regulada por el reglamento de trabajo en virtud del cual se expidió la resolución 3873 de 30 de mayo de 1988 y la resolución 10477 de 15 de julio de 1996 (CD.fl.148), en consonancia con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 4ª de 1976, a efectos de reglamentar los servicios médicos extralegales prestados por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES de la ETB tanto para los trabajadores como para los pensionados.

Sin que pueda perderse de vista que la convocada desde la creación del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES en el reglamento interno de trabajo de 1949, venía asumiendo también la carga prestacional de sus trabajadores pensionados, así como los servicios de salud de empleados y jubilados; que si bien es cierto con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se subrogó

la obligación pensional y de salud (POS), en la medida en que dichas prestaciones estaban a cargo de los empleadores inicialmente, no menos cierto es que la ETB continuó prestando el servicio de salud complementario o no POS, a través del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES que administra la reserva destinada exclusivamente con el fin de atender las contingencias como servicio médico, odontológico, recompensas de retiro y de servicios, auxilio para gastos de entierro, entre otras, encontrando financiación el aludido Fondo con los aportes de la empresa y trabajadores.

En este caso al pensionado a quien se les ha efectuado el descuento del aporte de 4% jubilados, es porque obtiene un beneficio adicional o complementario con independencia de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, que se aplica tanto a los trabajadores como a los pensionados, quienes deben también asumir el importe contribuyendo con el mismo porcentaje establecido para los primeros (trabajadores), a fin de apoyar la financiación de dichos servicios adicionales tanto para los jubilados y familiares de estos, que independientemente que los haya usufructuado o no, omitió desde el reconocimiento pensional anticipado a través del acta de conciliación, manifestar su voluntad libre de no realizar el referido aporte y de renunciar a constituirse en acreedor de los beneficios de marras, si esa era su verdadera intención y no dejar pasar más de 18 años para emprender tal cometido, como así bien lo dedujera la *A quo*.

De tal manera que como el pensionado puede renunciar a los beneficios que le otorgaría dicho fondo, se tiene en cuenta que ese es el deseo del demandante y, en consecuencia, se confirmara la sentencia de primera instancia para que las entidades realicen las actuaciones correspondientes para que el actor no sea beneficiario de dicho fondo ni se realice el descuento del aporte que se había establecido para obtener dichos beneficios.

Por lo antes expuesto se confirmará la decisión apelada.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020 y su reconstrucción de fecha 1°. de diciembre de 2020 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARIO BELEN PEÑALOZA ROJAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2019 00735 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA, HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada respecto de la sentencia proferida el 19 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1°. de marzo de 2014, fecha en que se hace exigible para COLPENSIONES el reconocimiento y pago de los intereses moratorios; al pago de la diferencia existente entre el retroactivo cancelado por COLPENSIONES y el retroactivo real, el pago de los intereses moratorios; subsidiariamente a reconocer la indexación; se condene a las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita (fl. 16-25).

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 30 de julio de 1949; cumplió 55 años el 30 de julio de 2014; es beneficiaria del régimen de transición; radicó la solicitud de pensión el 30 de octubre de 2013; la

entidad negó la petición mediante Resolución GNR 294348 de 6 de noviembre de 2013 por considerar que no cumplía con la totalidad de requisitos; interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, y la entidad confirmó la decisión mediante Resoluciones SUB66446 de 18 de marzo de 2019 y VPB 16276 de 22 de septiembre de 2014. Solicitó nuevamente la pensión el 22 de agosto de 2016, petición que fue nuevamente negada por la entidad. A través de la resolución SUB 66446 el 18 de marzo de 2019, la demandada ordenó el pago de las mesadas pensionales a la demandante por la suma de $40.416.516 y por mesadas adicionales $6.321.528 e hizo un descuento en salud de $4.853.400 siendo el valor total a pagar por $41.881.644, el cual ingresó a nómina en el periodo 2019 05. La entidad tuvo una demora injustificada desde la fecha en que la demandante radicó la solicitud de pensión.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la sanción procede únicamente cuando no se cumple con el pago de las mesadas de manera oportuna, circunstancia que no se observa porque la demandada no se sustraído al pago de la mesada pensional.

Presentó las excepciones de fondo que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de intereses moratorios, prescripción, cobro de lo no debido; presunción de legalidad de los actos administrativos; pago; buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 31-37).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de octubre de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar la suma de $29´052.044 por concepto de intereses moratorios sobre las mesadas causadas y adeudadas del 1°. de julio de 2014 al 1°. de abril de 2019; absolvió de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas, fijó como agencias en derecho la suma de $2.100.000=; concedió el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal por considerar que la entidad no incurrió en mora, aunado a que no proceden los intereses moratorios respecto de las pensiones reconocidas con sustento en el Acuerdo 049 de 1990 porque esta norma no consagra los intereses moratorios.

ALEGACIONES

Dentro de la oportunidad procesal presentó escrito de alegaciones la apoderada de la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

Fundamentos fácticos relevantes

- A folios 3, fotocopia de la cédula de la demandante, nació el 30 de julio de 1949.
- A folio 5-6, Resolución GNR 294348 de 6 de noviembre de 2013.
- A folios 7-11, resolución SUB 66446 de 18 de marzo de 2019.
- A folio 12, reclamación administrativa de 1 de abril de 2019.
- A folio 13-15, resolución SUB 106888 de 4 de mayo de 2019.
- A folio 38, expediente administrativo.

Caso concreto

En el presente caso no se encuentra en discusión que la demandante es pensionada, beneficiaria del régimen de transición porque a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años; la discusión se centra porque considera que se debe pagar intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por la mora en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, dado que presentó la solicitud de reconocimiento el 30 de octubre de 2013 y después del trámite administrativo la entidad reconoció la pensión mediante Resolución SUB 66446 de 18 de marzo de 2019 a partir del 1 de julio de 2014.

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, las entidades de seguridad social tienen un término de cuatro meses para el reconocimiento de la pensión de vejez contado a partir de la entrega de la totalidad de los documentos, y el artículo 141 de la Ley 100 de l993 consagra los intereses moratorios por el no pago oportuno de las mesadas pensionales.

La Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 relacionado con los intereses moratorios, en la sentencia C-601 de 2000, expresando que es aplicable además a las pensiones de jubilación, vejez, invalidez o sobrevivientes que se hayan causado con

posterioridad al 1° de enero de 1994 sin importar el régimen pensional regulatorio de la prestación, por lo que el argumento de la apelante sobre que dicho artículo no aplica a las pensiones reconocidas con sustento en el Acuerdo 049 de 1990 no está llamado a prosperar.

De tal manera que al ser aplicable los intereses moratorios en el presente caso se procede a revisar los elementos de prueba que obran en el expediente para determinar si proceden en el presente caso.

La demandante presentó la solicitud de pensión el 30 de octubre de 2013, la que fue resuelta de manera negativa por la entidad mediante Resolución GNR 294348 de 6 de noviembre de 2013, al considerar que la demandante no contaba con el número de semanas requeridas para atender la solicitud. Frente a esa decisión, la actora presentó los recursos indicando que contaba con 1.010,73 semanas y cumplía los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. La entidad confirmó la decisión negativa mediante las Resoluciones GNR 168733 de 14 de mayo de 2014 y VPB 16276 de 22 de septiembre de 2014.

Posteriormente, la demandante presenta solicitud de corrección de historia laboral en el año 2016 y 2018 para lo cual allega los pagos extemporáneos de las cotizaciones para el periodo 1 de enero de 1995 a 6 de enero de 1998, periodos que fueron cancelados el 1 y 15 de marzo de 2016 como se constata en la historia laboral, por el empleador Luis Hector Lemus.

Revisada la historia Laboral correspondiente a 30 de octubre de 2013 no se encuentra en ella constancia de mora del empleador Luis Hector Lemus que de lugar a aplicar la jurisprudencia respecto de que la mora del empleador frente a los pagos de las cotizaciones no puede afectar el derecho al trabajador, cuando este ha cumplido con lo propio la prestación del servicio y las cotizaciones; por lo que se colige que el empleador no reportó a la entidad el ingreso a laborar de la demandante y en consecuencia no nació para la entidad las acciones de cobro que consagra el artículo 24 de la ley 100 de 1993; (SL 17 may. 2011, rad. 38622; SL, 6 feb. 2013, rad. 45173; SL 13 feb. 2013, rad. 43839; SL 15 may. 2013, rad. 41802; SL 8715-2014, rad. 42989; SL 14388-2015, rad. 43182; SL 15167-2015, rad. 44426; SL 16814-2015, rad. 47133; SL 14987-2016, rad. 46408; SL 17488-2016, rad. 47290; SL 13266-2016, rad. 58738; SL 2136-2016 rad. 51069; SL 15980-2016 rad. 69294 y SL5166-2017 rad. 40046.).

En el expediente administrativo se constata que la entidad le informó a la demandante que los periodos cotizados para 1995-01 a 1998-01 no se registraban porque habían sido consignados en el año 2016 de manera

extemporánea por el empleador, sin que se apreciara relación laboral vigente, por lo tanto, debía solicitar al empleador los documentos que acreditaran la relación o por el contrario pagar el cálculo actuarial sobre dicho periodo. (Archivo GEN-RES-CO-2018-7257382)

De lo expuesto se puede colegir que la demandante para la fecha en que presentó la solicitud de pensión el 30 de octubre de 2013 no acreditó el requisito de densidad de semanas necesario para el reconocimiento de la pensión, porque se reitera el periodo 1995-01 a 1998-01 no se constata relacionado como laborado o en mora ante COLPENSIONES para dicha fecha, siendo necesario ese periodo para acreditar los requisitos de la pensión vejez consagrados en el Acuerdo 049 de 1990 porque corresponde a 155,15 semanas.

En el expediente también se constata que en la historia laboral de 16 de agosto de 2016 se registran los pagos realizados en marzo de 2016 por el empleador Luis Hector Lemus, pero con la anotación no registra relación laboral en afiliación para este pago, misma observación que se registra en la historia laboral de 21 de enero de 2017, y solo hasta la historia laboral emitida el 21 de noviembre de 2018 es que se registra el pago aplicado.

En ese orden de ideas, se puede colegir que se acreditó dicha relación después de la comunicación de COLPENSIONES emitida el 23 de julio de 2018 a la demandante sobre el requerimiento de la prueba sobre la relación laboral, pero no la fecha exacta porque no se constata en el expediente el elemento de prueba allegado, no obstante, se encuentra que la solicitud posterior a esa comunicación fue presentada el 21 de noviembre de 2018 y la entidad emitió la Resolución de reconocimiento de la pensión el 18 de marzo de 2019, esto es, dentro del término que señala el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que establece que *"Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. (...)* .

En ese orden de ideas, no se establece en fecha anterior que la demandante hubiere presentado la documentación que acreditara su derecho, tampoco se acredita que la entidad hubiere incurrido en mora para el reconocimiento de la pensión y, en consecuencia, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado SALVO VOTO

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DARÍO JOYA ESTEPA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – y PALMAS MONTERREY
RADICADO: 11001 31 05 033 2018 00551 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte **DEMANDADA** contra la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se *declare* que existió un contrato de trabajo con Palmas Monterrey S.A. desde el 11 de mayo de 1981 hasta el 9 de julio de 2002 y que el empleador no realizó los aportes a pensión durante el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1981 y el 19 de mayo de 1986, en consecuencia, condenar a COLPENSIONES a reliquidar la pensión del demandante teniendo en cuenta ese periodo, a que realice el cálculo actuarial y una vez lo realice se condene al empleador Palmas Monterrey S.A. a pagar la suma correspondiente a dicho cálculo actuarial. Condenar a las demandadas a todos los derechos a favor del demandante que se encuentren dentro de las facultades ultra y extra petita y las costas del proceso. (fls. 2-4).

Sustentó sus pretensiones exponiendo en síntesis que nació el 15 de julio de 1952; que existió un contrato de trabajo con PALMAS MONTERREY S.A. desde el 11 de mayo de 1981; el empleador lo afilió a pensión el 20 de mayo de 1986; el contrato de trabajo terminó el 9 de julio de 2002; COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 15 de julio de 2012 con sustento en 1080 semanas cotizadas y la primera mesada pensional fue la suma de $581.176; para la liquidación de la pensión no se tuvo en cuenta el tiempo laborado por el demandante durante el 11 de mayo de 1981 y el 19 de mayo de 1986.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias propuestas por carecer de sustento fáctico y legal; lo anterior porque no existe responsabilidad de la entidad frente a los periodos que el empleador omitió afiliar al demandante. presentó las excepciones de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica (fl. 29-34).

PALMAS MONTERREY S.A. se opuso parcialmente a las pretensiones al considerar que el actor desempeñó sus funciones en el municipio de Puerto Wilches – Santander, municipio que solo fue llamado a inscripción por parte del ISS a partir del 24 de agosto de 1987, de conformidad con lo señalado en el Decreto 1617 de 1987, no obstante, la demandada no estar obligada a la afiliación, vinculó al demandante al ISS a partir del 20 de mayo de 1986 en la ciudad de Bogotá, efectuando a partir de esa fecha y hasta la terminación del contrato de trabajo el pago de la totalidad de los aportes a pensiones causados a favor del actor. Presentó las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas – cobro de lo no debido -, compensación, pago, prescripción, buena fe, imposibilidad de afiliación y aportes retroactivos al sistema y genérica (fls.69-88).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de noviembre de 2020, ordenó a COLPENSIONES a realizar en favor del demandante el cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1981 y 19 de mayo de 1986; condenó a PALMAS MONTERREY a pagar a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial; ordenó a COLPENSIONES actualizar la historia laboral del demandante teniendo en cuenta el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1981 y 10 de mayo de 1986; condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez al demandante a partir del 15 de julio de 2012, teniendo como IBL el promedio de los salarios devengados durante toda la vida

laboral, esto es, $1.002.798, 1342 semanas cotizadas y una tasa de reemplazo del 90%, lo cual arroja una primera mesada equivalente a $902.518, la cual para 2020 asciende a la suma de $1.229.857; condenó a COLPENSIONES a reconocer el retroactivo de las diferencias pensionales a partir del 22 de agosto de 2015 y hasta la fecha en que la reliquidación sea incluida en nómina de pensionados, toda vez que la reclamación se presentó el 22 de agosto de 2018; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción; determinó como retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 22 de agosto de 2015 y el 30 de noviembre de 2020 la suma de $27´034.341; absolvió a COMPENSIONES de la pretensión de indexación de primera mesada; declaró no probadas las demás excepciones, e impuso costas a cargo de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación dentro de la oportunidad procesal correspondiente con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia.

Palmas Monterrey S.A. con el argumento de que i) no existió omisión del empleador respecto de la afiliación del trabajador porque no había obligación legal de realizar dicha vinculación al ISS dado que el demandante laboraba en el Municipio de Puerto Wilches donde no existía cobertura por parte del ISS. ii) los aportes al sistema son proporcionales entre el trabajador y el empleador, entonces le correspondería al demandante pagar el aporte señalado por ley para los trabajadores, esto es, 75% a cargo del empleador y 25% a cargo del trabajador, como lo ha señalado la sentencia T-281 de 2020; iii) no hay lugar a aplicación de la norma de manera retroactiva.

Colpensiones argumento que se debe indicar a partir de que fecha procede la reliquidación porque aun no se ha recibido el cálculo actuarial, ii) la entidad no incurrió en ninguna omisión porque liquidó la pensión de conformidad con la historia laboral del actor y iii) no procede la condena en costas.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaros escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí hay lugar a condenar a las partes a la elaboración, reconocimiento y pago del cálculo actuarial, la reliquidación de la pensión y las costas.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 5, cédula de ciudadanía del actor nació el 15 de julio de 1952.
- A folios 6-7, acta de conciliación No. 091.
- A folios 8-9, resolución GNR 020026 de 13 de diciembre de 2012, mediante la cual se reconoce la pensión al demandante.
- A folio 10, certificación de la pensión.
- A folios 11-12, 36-46, reporte de semanas cotizadas.
- A folio 13, reclamación administrativa.
- A folio 35, expediente administrativo.
- A folios 89-91, contrato de trabajo.
- A folio 92, relación de salarios años 1981 a 1986.
- Interrogatorio de parte al demandante

Caso Concreto

Para la Sala no existe discusión por encontrarse probado (f.°89-92) y aceptado por la pasiva, que entre el demandante y la empresa PALMAS MONTERREY S.A. existió un contrato de trabajo entre el 11 de mayo de 1981 y el 10 de julio de 2002, el punto de discusión se centra en que durante el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1981 y el 19 de mayo de 1986 la demandada no realizó las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones por no encontrarse la empleadora obligada a ello para dichas anualidades.

Así las cosas, debe indicarse que con la ley 90 de 1946 se instituyó el Seguro Social Obligatorio para aquellos individuos nacionales o extranjeros que se encontraran vinculados con otra persona mediante un contrato de trabajo presunto o expreso y se creó el Instituto de Seguros Sociales, institución autónoma con personería jurídica y patrimonio propio a la cual encargó la administración del referido seguro.

El artículo 72 señaló que *"las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores".*

No obstante, la obligación patronal de afiliar a sus trabajadores no nace de manera automática a la expedición de la Ley 90 de 1946, sino que se materializó de forma paulatina.

Por consiguiente, antes de la ley 100 de 1993 no existía en Colombia un sistema integral de pensiones, y sólo los empleadores cuyas empresas contaran con un capital superior a ochocientos mil pesos, se encontraban obligados a reconocer las respectivas pensiones al cumplimiento de la edad y tiempos de servicios, pero sólo a la empresa particular, pues no era posible acumular tiempos servidos a diferentes patronos.

Posteriormente, el ISS comenzó a asumir progresivamente el reconocimiento de pensiones de los trabajadores privados, ya por afiliación directa de estos o por la sustitución de la obligación pensional radicada en los empleadores particulares que tenían a su cargo el riesgo.

Fue por esa razón que al entrar a regir la ley 100 de 1993, el legislador incluyó en su artículo 33 la norma que reguló el asunto consagrando los requisitos para adquirir el derecho a una pensión de vejez y en su parágrafo 1° dispuso la forma en que los periodos laborados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 habrían de computarse para efectos de estudiar el cumplimiento de los presupuestos pensionales allí exigidos.

El parágrafo 1° en su literal "c" dispuso que para efectuar el cómputo de las semanas a que se refiere ese artículo, se tendría en cuenta "*el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993*".

De la literalidad de esta disposición es entendible que sólo fue autorizado el cómputo de los tiempos servidos a empresas que tenían a cargo el reconocimiento de pensiones siempre y cuando los vínculos laborales se hubieren mantenido después de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, situación que es aplicable al caso en concreto porque el trabajador laboró para la empresa demandada desde el 11 de mayo de 1981 hasta el 9 de julio de 2002; por lo que si bien en el periodo en que no realizó las cotizaciones no se encontraba obligado a efectuarlas si a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 estaba obligado a pagar el cálculo actuarial a fin de que el tiempo laborado sin cotización se tuviera en cuenta para la pensión del demandante como se señala en el parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta el cambio jurisprudencial que sobre el tema ha expuesto la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral a partir de la sentencia SL9856 de 16 de julio de 2014, radicado 41745, en la que estableció que el empleador no puede eximirse de responsabilidad respecto de los periodos efectivamente laborados por su empleado, bajo el pretexto de que no existía norma que regulara el pago de cotizaciones. Tesis que ha venido siendo ratificada en innumerables decisiones tales como la SL17300-2014 de 24 de septiembre de 2014, radicado 45107, la SL7884- 2015 del 28 de mayo de 2015, radicado 36887 de 2015, la SL16086-2015 de 20 de octubre de 2015, radicado 54226 y la sentencia SL7647-2015, del 1° de julio de 2015 rad.59027. SL1358-2018-CSJ SL14388 - 2015 -CSJ SL2138 - 2016 – CSJ SL18398 - 2017 – CSJ SL361 – 2018 – CSJ SL287 – 2018, entre otras.)

En ese orden de ideas, se concluye que el título pensional ordenado por el juez de primera instancia, se encuentra íntimamente ligado al derecho a la seguridad social de la demandante y en palabras de la Corte Suprema de Justicia (...) *no surge como la imposición de una sanción por un incumplimiento que no se ha presentado, sino en virtud de la aplicación de principios y valores superiores y de la interpretación en un contexto histórico de las reglas de derecho que han regulado la materia a través del tiempo (...),* máxime si se tiene en cuenta, que la Ley 90 de 1946 impuso a los patronos la obligación de mantener a sus trabajadores cobijados por el sistema pensional propio de la empresa particular hasta tanto el ISS no asumiera el riesgo; y en el presente caso con la Ley 100 de 1993 se debía pagar ese cálculo actuarial.

En otro giro, en punto del periodo que el A-Quo condenó a la demandada al pago del cálculo actuarial, la Sala debe confirmar dicha decisión, pues revisada la historia laboral que reposa en el expediente administrativo, se encuentra que efectivamente no se realizaron los aportes correspondientes.

Ahora en cuanto al argumento relacionado con que la cuota parte del cálculo actuarial debe ser bipartita, la Sala debe indicar que el mismo no está llamado a prosperar en primer lugar, porque la jurisprudencia del tribunal máximo de cierre ha sido enfática en orden a indicar que el pago de ese cálculo está exclusivamente en cabeza del empleador, pues con independencia de la razón que se tuvo para no afiliar a su trabajador, éste no se puede desligar de las obligaciones respecto del sistema de seguridad social, de manera que sigue teniendo ciertas responsabilidades en torno a la financiación de la pensión, en segundo lugar, porque como ya se indicara la Ley 90 de 1946 impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos o reserva de capital para realizar las cotizaciones al Seguro Social mientras este sistema entraba en vigencia, en tercer lugar,

porque el periodo de trabajo para efectos pensionales se encontraba a cargo del empleador y en ese evento el trabajador no realizaba cotizaciones, y cuarto porque de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 el empleador es responsable por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado descuento al trabajador, el cual es aplicable en este caso porque la obligación del empleador de pagar el cálculo surgió con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 por encontrarse el trabajador vinculado a la empresa demandada.

En el presente caso, la aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9°. de la Ley 797 de 2003 no es retroactiva porque es la misma ley la que señala que se aplica frente al contrato de trabajo que se encontraba vigente a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

Respecto de la reliquidación de la pensión, se encuentra que efectivamente se debe tener en cuenta en la liquidación el periodo que comprende el cálculo actuarial a cargo del empleador, porque para la liquidación de la pensión se debe tener en cuenta el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez últimos años anteriores al reconocimiento de la pensión o de toda la vida laboral para determinar cual es más favorable al actor si cotizó un número superior a 1250 semanas (artículo 21 de la Ley 100 de 1993).

En ese orden de ideas, procede la reliquidación de la pensión y una vez realizadas las operaciones aritméticas por el grupo liquidador asignado al Tribunal se obtiene un ingreso base de liquidación por toda la vida laboral en cuantía de $981.640,89, siendo este superior al ingreso base de los últimos diez años que es la suma de $718.347,41 y respecto del cual la demandada reconoció la pensión.

No obstante, dicho ingreso es inferior al señalado en la sentencia de primera instancia por lo que hay lugar a modificar esa decisión, y señalar que la primera mesada pensional asciende a la suma de $883.476,80.

En relación con el recurso de apelación de la parte demandada sobre la fecha a partir de la cual se debe empezar a pagar la condena dado que aun no se ha recibido el cálculo actuarial, es de anotar que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consagra que el cómputo de las semanas a que se hace referencia en el literal c) aplicable en el presente caso "*será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la*

entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional".

De tal manera que para que sea efectivo el derecho del demandante se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar el término en que se deben cumplir las obligaciones de cada una de las demandadas, así: se ordenará a COLPENSIONES que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia realice el cálculo actuarial a favor del demandante por el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1981 y el 19 de mayo de 1986; a PALMAS MONTERREY S.A. que pagué el valor del cálculo dentro de los diez (10) días siguientes a que sea emitido el cálculo por COLPENSIONES; y a COLPENSIONES que dentro de los diez (10) días siguientes al pago del cálculo actualice y reconozca la reliquidación de la pensión, dado que es a partir de esa fecha que se cuenta con el aporte correspondiente.

En relación con el punto de apelación respecto de las costas a cargo de COLPENSIONES, se considera que le asiste razón a la demandada, dado que el derecho pensional se liquidó con la totalidad de las semanas cotizadas para la fecha del reconocimiento, de tal manera que se revocara la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, costas que estarán a cargo de la demandada PALMAS MONTERREY S.A. en su totalidad.

En consecuencia, hay lugar a **modificar** la sentencia de primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales **PRIMERO y SEGUNDO** de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, los cuales quedarán así: Ordenar a COLPENSIONES que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia elabore el cálculo actuarial a favor del demandante por el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1981 y el 19 de mayo de 1986; a PALMAS MONTERREY S.A. que dentro de los diez (10) días siguientes a que sea emitido el cálculo por COLPENSIONES efectúe el pago correspondiente; y a COLPENSIONES que dentro de los diez (10) días

siguientes al pago del cálculo actualice la historia laboral y reconozca la reliquidación de la pensión.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales CUARTO y SÉPTIMO de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, los cuales quedarán así: **CUARTO** condenar a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del señor DARÍO JOYA ESTEPA, identificado con la cédula de ciudadanía 5.722.335, a partir del 15 de julio de 2012 teniendo como IBL el promedio de los salarios devengados durante toda la vida laboral, esto es, $981.640,89; 1491 semanas; tasa de reemplazo de 90%, lo cual arroja una primera mesada de $883.476,80; y **SÉPTIMO** determinar como retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 22 de agosto de 2015 y el 31 de marzo de 2021 la suma de $24´360.510,23.

TERCERO: **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral décimo de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de señalar que las costas de primera instancia estarán a cargo en su totalidad de PALMAS MONTERREY S.A., por las razones expuestas.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado