



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 01-2017-00725-02

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

DEMANDANTE: LUZ ANDREA BOHORQUEZ BOHORQUEZ
DEMANDADO: VIVE FARMA DROGUERIA SAS
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 01° Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

No se presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora Luz Andrea Bohorquez Bohorquez instauró demanda ordinaria laboral contra Vive Farma Droguería SAS, debidamente sustentada como aparece a folios

3 a 10 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que entre la Empresa VIVE FARMA DROGUERIAS S.A.S., identificada con Nit No. 900.773.505-9, representada legalmente por Omar Cruz Lopera, o quien haga sus veces y CESAR AUGUSTO CRUZ MORA y mi poderdante, señora LUZ ANDREA BOHORQUEZ BOHORQUEZ, identificada con cedula de ciudadanía No. 52.340.472 de Bogotá D.C., existió un contrato de trabajo el cual termino por causal imputable al empleador.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a los demandados a pagar a mi poderdante. Por concepto de cesantías, correspondiente al tiempo laborado la suma de TRES MILLONES SEICIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$3.678.058,00).
3. Que se condene a los demandados a pagar a mi poderdante. Por concepto de intereses, de cesantías y su moratoria, correspondiente al tiempo laborado la suma de UN MILLON DOCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS MCTE (\$1.230.892,00).
4. Que se condene a los demandados a pagar a mi poderdante. Por concepto de salarios adeudados por descuentos ilegales, correspondiente al tiempo laborado la suma de UN MILLON SEICIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS MCTE (\$1.656.000,00).
5. Que se condene a los demandados a pagar a mi poderdante. Por concepto de primas, correspondiente al tiempo laborado la suma de TRES MILLONES SEICIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$3.678.058,00).
6. Que se condene a los demandados a pagar a mi poderdante. Por concepto de vacaciones, correspondiente al tiempo laborado la suma de UN MILLON TRECENTOS VEINTE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS MCTE (\$1.320.972,00).
7. Que se condene a los demandados a pagar a mi poderdante. Por concepto de horas extras, correspondiente al tiempo laborado la suma de DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHO PESOS MCTE (\$10.478.008,00).
8. Que se condene a los demandados a pagar a mi poderdante. Por concepto de indemnización por despido sin justa causa, correspondiente al tiempo laborado la suma de DOS MILLONES DOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHO PESOS MCTE (\$2.255.808,00).

9. Que se condene a los demandados a pagar a mi poderdante. Por concepto de sanción por no consignación de cesantías, correspondiente al tiempo laborado la suma de SIETE MILLONES CUARENTA MIL PESOS MCTE (\$7.040.000,00).
10. Que se condene a los demandados al pago a que haya lugar de la seguridad social y pensiones a los cuales tenía derecho durante todo el tiempo laborado.
11. Condenar en costas, expensas y agencias en derecho a la parte pasiva.

La sociedad Vive Farma Droguería SAS en liquidación Nit 900.773.505-9, contestó la demanda a través de su apoderado Dagoberto Baquero Baquero (fls. 96 a 177), de acuerdo al auto del 09 de octubre de 2019. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 01° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 01 de febrero de 2021, **DECLARÓ** la existencia de una relación laboral celebrada mediante contrato verbal entre la demandada Vive Farma Droguería SAS y la demandante Luz Andrea Bohorquez Bohorquez identificada con la Cédula de ciudadanía 52.340.472, con vigencia entre el 10 de noviembre de 2014 y el 30 de junio de 2015 (**SIC**) conforme lo motivado. **ORDENÓ** al demandado Vive Farma Droguería SAS pagar a la demandante Luz Andrea Bohorquez Bohorquez identificada Cédula de ciudadanía 52.340.472, las siguientes sumas de dinero por los conceptos que se indican a continuación: La suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$246.000) por concepto de salarios adeudados, la suma de UN MILLON CIENTO NOVENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CATORCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1'191.414) por concepto de reliquidación auxilio de cesantías, la suma de CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIETOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRITENTE (\$157.550) por concepto de reliquidación intereses a la cesantía, la suma de UN MILLÓN CIENTO NOVENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CATORCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1'191.414) por concepto de reliquidación de prima de servicios, la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$593.970) por concepto de reliquidación de vacaciones, la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS DOCE MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2'412.189) por concepto de

indemnización despido sin justa causa, la suma de CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$43.905) diarios correspondientes al salario devengado en la fecha de la terminación del contrato, esto es el 11 de marzo del año 2016 hasta por 24 meses a partir del mes 25 procederá el pago de los intereses moratorios, a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, la suma de CINCUENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS UN MIL NOVECIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$53'201.940) por indemnización por no consignación de cesantías, El pago de aportes en pensión según los porcentajes legales establecidos dejados de cotizar por el empleador, a órdenes de la entidad de Seguridad Social al que el actor elija, tomando como IBC, el salario realmente cotizado debiendo la parte demandada la suma debida por este concepto que se hubieren generado durante el tiempo que el empleador pagó de manera incompleta dichos aportes, durante la vigencia del vínculo laboral. **NEGÓ** las demás pretensiones de la demanda que se sustentaron en la parte motiva **CONDENÓ** en costas a la parte demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Presenta recurso de apelación sustentando que, el operador judicial de primera instancia parte de la base que la demandante estaba devengando un salario fijo más unas comisiones que eran permanentes, pero que tal como lo dijo el defensor de la demandada esa comisión obedecía a una meta o si alcanzaba esa meta, por lo que no era un valor fijo sino que solo obedecía a un estímulo porque ella era la responsable de las ventas en la Droguería Vive Farma, manifiesta que se dice que todos los meses la demandante devengó esa bonificación cuando eso no se demostró en el proceso porque no hay desprendibles de pago que acrediten que eso suma hizo parte integral del contrato, por cuanto es inconsistente condenar a un pago que no se acreditó que hacía parte del salario, manifiesta por lo anterior que se caen todos los valores siguientes en la condena, como las cesantías, porque se tiene en cuenta el valor que la demandante devengó en cada uno de los años de acuerdo al salario variable y eso aceptando que lo que pactaron las partes en su momento fueran constitutivo de salario, y que lo anterior no es así, sustenta que si solo se va a tener en cuenta lo dicho por la corte suprema entonces para qué existe

el artículo que versa sobre la desalarización o sobre los pactos de las partes trabajador y empleador sobre lo que no constituye salario, que le parece absolutamente contrario a derecho que el juez acepte en sentencia que la demandada pagó cesantías y descuenta las cesantías en cada uno de los años, pero que después condena a cincuenta siete millones por no pagar cesantías, manifiesta que cuáles cesantías va a pagar si cada fin de año se le pagaba a la demandante lo causado, por adelantado, manifiesta que cada año el 31 de diciembre de cada año se le pagaba, dice no entender qué se le iba a pagar el 16 de febrero si ya le habían pagado por anticipado las cesantías, que ella siempre dijo que tenía problemas financieros y que por eso necesitaba la liquidación mensual para poder subsistir en diciembre y enero, entonces no entiende a qué sancionan, si ya había pagado lo que dice el juez que tiene que pagar, por cuanto considera que 57 millones es una inconsistencia grave en la sentencia.

La indemnización por despido injusto:

Menciona que, si bien el juez tiene la facultad de condenar extra y ultra petita, no se puede convertir en el defensor de oficio de una de las partes, sustenta que no está demostrada la mala fe, que por el contrario está confesa la buena fe, pues se le confesó el tiempo en que la demandante estuvo al servicio de la demandada, se confesó el salario, se le confesó todos los pagos que año a año se le pagaban a la demandante, manifiesta que lo que garantiza la jurisprudencia en la Corte Suprema de Justicia reiteradamente es el debido proceso del art 29, por cuanto el juez no puede basarse en una posición como si fuera defensor de oficio de la demandante, que cuando dice que el proceso con ella no estuvo bien llevado, ignora que a ella se le hizo en su momento pliego de descargos, que se le puso de presente el faltante e inventarios que estuvo avalado por contadora pública, que otro tema es si la demandante desaprovecha su respuesta en los descargos, con testigos y pruebas que pudiera tener a favor de ella, que eso ya no es un problema de la demandada para que se defendiera la demandante. Que la demandante no se defendió y alegó una cosa distinta y lo tomaron por una retaliación del empleador, y por lo anterior manifiesta que no está bien decir que el proceso estuvo mal hecho y que ella estuvo bien en no defenderse y luego alegar algo distinto.

Sustenta el apoderado que, la buena fe se presume y la mala fe se demuestra, y que en el proceso se está partiendo de la mala fe de la demandada por cuanto no se ajusta a la realidad procesal y por tanto debe ser revisada, manifiesta que es totalmente contraria a lo demostrado en el proceso.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66º del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si en el contrato verbal entre la señora Luz Andrea Bohorquez Bohorquez y la persona jurídica Vive Farma Droguería SAS, se cuentan las comisiones mensuales pagadas por ventas como pagos constitutivos de salario o no **2.** Si es procedente el reconocimiento y pago de la sanción por no consignación de cesantías establecida en el Numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 **3.** Si tiene derecho al reconocimiento a la indemnización por despido sin justa causa

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

No fue objeto de inconformidad la existencia de una relación laboral que ató a las partes, ni a los extremos del mismo, el cual fue declarado por el Juez de instancia entre la señora Luz Andrea Bohorquez Bohorquez y Vive Farma Droguería SAS en ejecución de un contrato de trabajo verbal, desde el ~~10 de noviembre de 2014~~ y el ~~30 de junio de 2015~~ (fecha que se relaciona en el acta fl.191, pero que no corresponde al audio de la audiencia obrante a folio 197 Cd) el 12 de diciembre de 2013 al 11 de marzo del 2016 conforme a certificación por folio 18 y carta de terminación visible a folio 165 que no fueron tachados de falsos durante el proceso.

SALARIO DEVENGADO POR LA DEMANDANTE – COMISIONES:

Ahora bien, frente al salario devengado por la trabajadora, el apelante hace alusión a que el operador judicial reconoció como constitutivo de salario el valor que se pagó a la trabajadora por concepto de comisiones por ventas en la Droguería Vive Farma, y que esas comisiones obedecían a pagos por si la trabajadora alcanzaba unas metas en ventas, por lo que no era un valor fijo sino que solo obedecía a un estímulo a la trabajadora en su rol de vendedora y no era constitutivo de salario por ser un acuerdo de las partes.

Frente a lo anterior, cabe mencionar que al revisar las certificaciones laborales de la empresa visible a folios 8 y 9 se tiene que, se reconoció por parte del empleador, que la señora Luz Andrea Bohorquez Bohorquez identificada con cédula de ciudadanía 52.340.472 de Bogotá, laboraba para la empresa desde el 12 de diciembre de 2013 como vendedora de farmacia, devengando un salario mensual de \$689.500, más auxilio de transporte de \$78.000 y bonificaciones de \$550.000, que aunque se manifiesta expresamente en el mismo que este último monto no se encuentra incluido dentro del salario, es necesario traer a colación que cuando se hablan de comisiones o bonificaciones, es indispensable tener en cuenta lo que versa en el artículo 127 del CST:

ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Ahora bien, es menester resaltar que al plenario no se allega prueba adicional para determinar que dichos montos corresponden a un pacto firmado por las partes para NO constituirlo como salario, es decir, un acuerdo interpartes de desalarización entre empleador y trabajador, y por el contrario, por tal ausencia de pruebas, se entiende como una contraprestación directa al servicio prestado por la trabajadora.

Ahora bien, partiendo del hecho que esos pagos por comisiones fueron potestativos del empleador, se entiende que cualquier cláusula del contrato que considere las comisiones como un pago no constitutivo de salario es ineficaz, como bien lo señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 57903 del 14 de agosto de 2018 con ponencia del magistrado Giovanni Francisco Rodríguez así:

«En todo caso, aun si se aceptara la existencia del acuerdo aludido por el censor, ello tampoco conllevaría a desquiciar la sentencia impugnada, habida consideración de su evidente ineficacia por restarle la calidad de salario a las comisiones. Sobre la naturaleza salarial de estas, además del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo que expresamente las considera como tal, la jurisprudencia de esta Corporación también se ha orientado en la misma dirección.»

Así mismo, la reciente sentencia SL2727-2021 de la sala laboral de la Corte suprema de justicia es enfática en manifestar que las comisiones constituyen salario en toda regla:

«En cuanto a la naturaleza de las comisiones, la Sala de Casación Laboral ha sido prolija en indicar que tienen connotación salarial»

Conforme lo anterior, se tiene que en las liquidaciones reconocidas a la demandante, no se le incluyó en las prestaciones sociales el valor de comisiones reconocidas a la demandante, y en consecuencia si bien la demandante tenía un salario básico mensual de \$689.500, y un auxilio de transporte por valor de \$78.000, también lo es que la demandante devengó cada mes de trabajo la suma de \$500.000 durante el año 2014 y del año 2015 en adelante hasta su finalización la suma de \$550.000 por concepto de comisiones, las cuales en los términos del artículo 127 del CST, no pueden ser desconocidas y en consecuencia deberán ser incluidos en el salario devengado por la demandante para la liquidación final de prestaciones sociales, máxime si se tiene en cuenta que no se pactó acuerdo interpartes con cláusula de desalarización, por lo tanto, la Sala arriba a la conclusión que las comisiones devengadas por la señora Luz Andrea Bohorquez Bohorquez constituyen salario y deberán ser tenidas en cuenta e incluidas en la base salarial para la liquidación final de prestaciones sociales conforme lo indicó el Juez de instancia.

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS:

El artículo 254 del código sustantivo del trabajo señala claramente que está prohibido efectuar el pago parcial de las cesantías al trabajador antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos señalados por la ley y en caso de hacer esos pagos parciales directos, se perderán las sumas pagadas sin que se pueda repetir lo pagado, y eso equivale a tener que pagar nuevamente conforme lo expone la Ley.

La Corte suprema de justicia en sentencia 42752 del 2 de abril de 2014 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo manifestó lo siguiente:

«La obligación de pago de esta prestación social recae sobre el empleador, quien de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 debe consignar su valor liquidado antes del 15 de febrero del año siguiente, en una cuenta individual que para tales efectos escoja el trabajador en un fondo de cesantía. Sin embargo, puede ocurrir que el empleador incurra en el pago irregular de esta prestación, esto es,

que no las consigne en un fondo sino que las entregue directamente al trabajador. Para esta clase de situaciones que no siguen los lineamientos que al respecto ha señalado la ley laboral, existe una sanción específica que se encuentra en el artículo 254 del C.S.T. y que lo es la pérdida de lo pagado por ese concepto.»

Ahora bien, respecto a la finalidad del auxilio de cesantías, la Sala Plena de la Corte Constitucional con Sentencia SU098/18 del 17 de octubre de dos mil dieciocho 2018, también se ha pronunció en lo referido, y reiteradamente ha citado como referencia la Sentencia SU 448 de 2016 donde se unificó las posturas constitucionales con respecto a la finalidad del auxilio de cesantías para precisar que *“...es una prestación social encaminada a cubrir un periodo en el que el trabajador queda cesante. No obstante, de forma excepcional, la normativa laboral permite la liquidación y pago del auxilio de cesantía parcial, únicamente para los siguientes eventos: (i) la adquisición, construcción, ampliación y desgravación de vivienda; y (ii) la financiación de matrículas del trabajador, su cónyuge, su compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado...”* por cuanto las altas Cortes han manifestado la imposibilidad de desconocer este derecho prestacional trascendental para el trabajador cesante, por cuanto es claro que no es el caso en referencia dado que, 1) la trabajadora no percibía el pago directo por las causales anteriormente señaladas, y 2) porque no era una trabajadora cesante del vínculo laboral sino que se entendió la permanencia continua de la prestación personal con la actividad laboral.

Ahora bien, la demandante aduce que la relación laboral con la sociedad Vive Farma SAS con nit 900.773.505-9, representada legalmente por Omar Cruz Lopera y Cesar Augusto Cruz Mora, o quien haga sus veces actualmente, no ha sido del todo clara con sus derechos como trabajadora, para lo cual allegó como pruebas al proceso copia de certificación laboral expedida por Vive Farma SAS expedida el 09 de febrero de 2016, Copia de certificación laboral, expedida por Crumo Droguerías, que prueba la relación laboral, el tipo de contrato y el salario establecido, expedida el 12 de mayo de 2014 Copia de la solicitud de fecha 16 de febrero de 2016, mediante la cual se solicitó información sobre los descuentos en el salario mensual, Copia de planillas de nóminas de los periodos del 15 de enero al 15 de febrero de 2016, con las cuales se prueba la retención de salario por conceptos de “prestamos” que ella nunca aprobó ni entendía de dónde los descontaban, Copia de la solicitud de descargos por parte de los empleadores de fecha 25 de febrero de 2016, Copia de la respuesta a la solicitud de descargos de fecha 3 de marzo de 2016, Copia de la

Constancia de Comparecencia de la Inspección de trabajo RCC6, en la cual se evidencia la NO comparecencia de los empleadores, Copia de la liquidación realizada por un consultorio jurídico de la Universidad Los Libertadores, Copia de la comunicación con fecha de 31 de marzo de 2016 con anexos como el acta de reparto del título y copia del título consignado por el empleador como liquidación definitiva, Copia de solicitud de conciliación directa de fecha 11 de abril de 2016, donde se demuestra en animo conciliatorio de la demandante, Copia de la comunicación en respuesta a la solicitud de conciliación, del empleador, en la que se evidencia que no existe animo conciliatorio, Copia de la Constancia de no acuerdo No. 0538 de 2016, expedida por la Inspección de Trabajo RCC4, en la que se evidencia que no existe animo conciliatorio, Copia de la amonestación en privado, realizada a uno de los empleadores por la Policía Nacional, por amenazas a la integridad de la demandante.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Ahora bien, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno invocó y comunicó al actor para terminar el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

En ese orden, a folios 165 del expediente obra carta de terminación del contrato de trabajo que data del once (11) de marzo de 2016 suscrita por el Sr. Cesar A. Cruz Mora, Gerente General, en la que le atribuye a la demandante haber cometido varias faltas graves en el desarrollo de sus funciones, quedando acreditado de esta manera el despido del actor.

Ahora bien, corresponde a la parte demandada acreditar que efectivamente se dieron las conductas imputadas en la comunicación del contrato de trabajo, y que las mismas comportan en términos de ley, una justa causa que, ameritaba la terminación del vínculo Laboral.

Así las cosas, al analizar los hechos consignados en la carta de terminación de la relación laboral, indican que, motiva la decisión, la falta disciplinaria en la cual incurrió la trabajadora, evidenciada en la práctica de los correspondientes

inventarios en el punto de Vive Farma Nro. 3 ubicado en la carrera 123 Nro. 131-92 Barrio Suba, por presentarse una diferencia en déficit de \$9'602.498 conforme al inventario inicial de fecha de febrero 24 de 2016 y el inventario final de fecha febrero 25 de 2016, por cuanto citan a descargos teniendo en cuenta los hechos descritos calificándolos en falta disciplinaria grave por infracción directa a las obligaciones especiales del trabajador consignadas en el artículo 58 numerales 1 y 3 del código sustantivo del trabajo, sustentando que la conducta es constitutiva de justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo conforme se establece en el artículo 62 numeral 6 del código sustantivo del trabajo.

Ahora bien, el 3 de marzo de 2016 la trabajadora contesta (folio 159) que, desde que inició su relación laboral el 16 de diciembre de 2013 en el contrato verbal, quedaron establecidas las normas legales del contrato laboral del CST, que no hubo cláusulas especiales ni de confianza por obvia sustracción de materia, que su relación fue de subordinación con una contraprestación del salario mínimo legal, más las comisiones por ventas con un horario de 8 horas que variaba en horarios completos o partidos diarios, que desde el inicio no le fue entregado ningún inventario ni la atribución de responsabilidad por cierta cantidad de bienes, que sus funciones dentro de la labor encomendada era la de dispensar medicamentos, atención al cliente y vender otros productos diferentes a medicamentos afines con estos establecimientos de comercio, además de mantener aseado el lugar de trabajo, que el programa del computador para hacer pedidos a proveedores y de ingresar al sistema los pedidos que llegaran fallaba mucho, como lo hizo saber en varias oportunidades, que a ese sistema ingresaban otras personas como sus compañeros de trabajo en los que relaciona siete personas, más el ingeniero que controlaba el sistema y sus empleadores, que en el 2014 una menor de edad hijastra de Omar Cruz Pérez realizó inventario de los productos que terminó en dos semanas y que de ese inventario ella solo fue testigo al igual que su compañero de trabajo pues la menor hizo todo pero nunca les fue comunicado a ellos nada sobre dicho inventario y menos entregado bajo su responsabilidad.

Sustentó que, mensualmente le hacían unos descuentos que sustentaban por "prestamos" a la trabajadora y que reiteradamente pidió explicaciones y le manifestaban que eran por faltantes de los inventarios de los cuales no tuvo conocimiento, que el 25 de febrero el señor Cesar Cruz Mora luego de comunicarse con el ingeniero de sistemas del equipo del lugar de trabajo, le dijo que había un déficit y que por ello debía abandonar su puesto sin entender la trabajadora quien regresó el 26 de febrero en su horario habitual de trabajo y el señor Omar Cruz no

la dejó hacer sus labores y le dijo que la carta de despido se la entregaban el 29 de febrero de 2016, que el 1 de marzo de 2016 le entregaron la carta y una solicitud de descargos, frente a las consideraciones sobre lo anterior la trabajadora manifestó que: No suministraba justificación alguna con la diferencia de los inventarios 1) porque no le concedieron el tiempo ni el uso de la palabra para hacerlo 2) que no conocía el inventario sobre el cual se realizó el computo en comparación del 25 de febrero de 2016 , lo anterior visible a folio 159 a 164.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que las partes no estipularon por escrito el contrato de trabajo, sino que los ata un contrato laboral verbal, se tiene que será con sujeción al Código Sustantivo del Trabajo y de Seguridad Social, para lo cual el Artículo 62 establece que son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

6) Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo los artículos 58 y 60 del CST, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos y convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

A su turno, el literal 1a) del Artículo 58 del CST dispone las obligaciones especiales del trabajador:

1ª) Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

3ª) Conservar y restituir en buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes.

Al respecto, ha de señalarse que el despido con justa causa, es una facultad que el legislador da a las partes para terminar el contrato de trabajo por las prerrogativas previamente establecidas en el compendio normativo; precisando que cuando la decisión se toma por parte del empleador conlleva la obligación de hacer conocer los hechos que se aducen como justa causa, y permitir al trabajador defenderse.

Así pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 del y 61 del CPT y la SS, es necesario precisar que en materia laboral no existe tarifa legal, siendo admisibles

todos los medios de prueba consagrados en la ley, con los cuales el juez puede formar libremente su convencimiento atendiendo a los principios informadores de la sana crítica.

Ahora bien, frente a la acusación a la trabajadora del déficit en caja, no reposa en el expediente alguna prueba o proceso de investigación interno del establecimiento, o de las versiones de otros trabajadores y personal en general que tenía acceso al sistema contable, y por el contrario se acude deliberadamente a acusar a la trabajadora demandante, por cuanto su comportamiento no está demostrado ni configura una conducta justificada en la violación grave a las obligaciones especiales que le incumben al trabajador, configurándose a su vez en un despido sin justa causa que generó como consecuencia dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador de manera unilateral.

Así pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 del y 61 del CPT y la SS, es necesario precisar que en materia laboral no existe tarifa legal, siendo admisibles todos los medios de prueba consagrados en la ley, con los cuales el juez puede formar libremente su convencimiento atendiendo a los principios informadores de la sana crítica.

Ahora bien, frente al interrogatorio de parte, manifiesta la demandante que laboró desde el 16 de diciembre de 2013, que inició como auxiliar y vendedor de farmacia en las instalaciones que se pactó la suma de un salario mínimo más un ingreso promedio de las ventas realizadas, que eran más o menos 500 mil pesos mensuales, que nunca hubo quejas de ella, que la labor encomendada era diferente cada semana porque dependían del turno que eran entre 10 a 12 días, que solo descansaba un día a la semana, que luego la parte demandada terminó unilateralmente sin que se le informara a la demandante, bajo el sustento del faltante, que ella tampoco supo sobre los cambios internos de la empresa, que no se le pagó la seguridad social ni cesantías, que de hecho en el proceso ellos no relacionaron prueba de que se le hubiere cancelado lo debido por su contrato.

Por lo anterior, es claro que fue la demandada quien terminó en forma unilateral el vínculo laboral con la demandante, y el faltante en caja fue la razón que esgrimió para ese fin, conforme la carta de terminación visible a folios 165 del plenario, por cuanto corresponde ahora establecer si realmente existió y constituye una causa justa imputable a la actora.

Ahora bien, dentro de las obligaciones especiales del trabajador, el art. 58 del CST, consagra, "*realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar los preceptos del reglamento y acatar las órdenes instrucciones que de modo particular le impongan su empleador o representante según el orden jerárquico establecido*", siendo pertinente señalar que dentro de este contexto el hecho de no dejar que la trabajadora pudiera saber el inventario real que se le entrega con las comparaciones de los inventarios posteriores, comporta una imposibilidad para la trabajadora acatar instrucciones sobre la obligación tener las cuentas claras de la Droguería y su inventario, máxime cuando no se le explicaba sino solo se le descontaba ilegalmente los faltantes mes a mes, hecho que fue aceptado por la parte demandada visible a folio 21 donde reconoce que se le hacen descuentos por productos faltantes del inventario, sin tener prueba alguna del previo consentimiento de la trabajadora. *

En ese sentido, se despacha desfavorablemente la inconformidad presentada por la demandada y en su lugar se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia teniendo en cuenta que la vigencia del vínculo laboral es del 12 de diciembre de 2013 al 11 de marzo del 2016.

COSTAS

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte demandante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 01 de febrero de 2021 por el Juzgado 01º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma

equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500120170072501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500120170072501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500120170072501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 02-2017-00605-01

Bogotá D.C., agosto treinta (30) de dos mil veintuno (2021)

DEMANDANTE: MILTON JULIO VÁSQUEZ ROLON
DEMANDADO: UGPP
ASUNTO : APELACION (DEMANDANTE)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de apelación parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada UGPP (fls. 4 y 5), presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 11 de mayo de 2021, la parte demandante no presentó alegatos de conclusión, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **MILTON JULIO VÁSQUEZ ROLON** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **UGPP** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 3):

- 1) Declarar que el demandante fue despedido sin justa causa y, en consecuencia, reconocerle y pagarle la pensión sanción, debidamente**

indexada, desde el 1 de agosto de 2004, fecha en la cual cumplió 50 años de edad.

- 2) Reconocer y pagar costas procesales.

CONTESTACIÓN DEMANDA

La UGPP contestó la demanda (fls. 141 a 199), de acuerdo al auto visible a folio 200. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 2° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 5 de abril de 2021. **ABSOLVIÓ** a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor MILTON JULIO VÁSQUEZ ROLON. **DECLARO PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación – requisitos Ley 100 de 1993. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente.

RECURSO DE APELACION

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **PENSIÓN SANCIÓN:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, como quiera que debió reconocérsele al demandante la pensión sanción con fundamento en el Art. 8 de la Ley 171 de 1961 , pues esta probado que el actor trabajó al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por mas de 15 años, es decir, que cuando hizo la petición de retirarse de manera voluntaria de la Caja Agraria, habían transcurrido mas de 15 años de servicio, por tanto le es aplicable el Art. 8 de la Ley 171 de 1961, de tal manera que el reconocimiento de la pensión sanción debía hacerse efectiva al cumplimiento de los 60 años de edad, esto debido a que trabajó por mas de 15 años.

Por otro lado, señala que el demandante, le eran aplicables además del Art. 8 de la Ley 171 de 1961, el Manual administrativo de personal de la Caja Agraria que en sus Arts. 47.1.4 y 47.1.6 se asimilaban en todos sus requisitos y en todos sus apartes a lo consignado por el artículo 8 de la ley 171 de 1961. Hay que tener en cuenta que también tenía derecho a que se le aplicaran el Decreto extraordinario 3135 de 1931 numerales 1,7 y 38 y 7.4 del Decreto reglamentario 1848 de 1969. Así como los artículos 3, 6 y 44 del Decreto 1045 de 1978 en concordancia con los artículos 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Si el señor MILTON VASQUEZ tiene derecho al reconocimiento de la pensión sanción de jubilación oficial consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961.

Existencia de la vinculación laboral:

En primera medida, a efectos de determinar la existencia de la relación laboral, la misma no fue objeto de controversia que el demandante prestó sus servicios personales para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 1982 al 15 de junio de 1982 y del 04 de abril de 1983 al 27 de junio de 1999, ocupando como último cargo el de Delegado Auxiliar grado 18, ostentando la calidad de trabajador oficial, pues tales afirmaciones tienen sustento en las documentales que reposan a folio 17 vuelto y 18 del plenario.

Requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión sanción por retiro voluntario:

El Art. 8 de la Ley 171 de 1961, prevé que el trabajador que sin justa causa fuera despedido, después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos 60 años de edad, o desde la fecha en que cumplía esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de 15 años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los 50 años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla 60 años de edad.

No sobra señalar que tal disposición mantuvo su vigencia en el sector público del Orden Nacional hasta el 31 de marzo de 1994 toda vez que a partir del 1° de abril de 1994 empezó a regir el SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL en PENSIONES, y a partir de junio de 1995 para el sector oficial departamental y municipal.

Así, el parágrafo 1° del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 señaló que *“Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.”*

Teniendo en cuenta las anteriores premisas normativas, procede la Sala a evaluar las pruebas legalmente recaudadas, para así poder determinar si el demandante, cumple con los requisitos antes mencionados.

Al relacionar los requisitos de ley con las pruebas ya enunciadas, en relación al tiempo total laborado, efectivamente, ingresó a laborar a la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, mediante contrato de trabajo, desde el 27 de mayo de 1982 al 15 de junio de 1982 y del 04 de abril de 1983 al 27 de junio de 1999 (fl. 17), lo cual equivale a 16 años y 84 días.

En lo que respecta a la terminación del vínculo, obra solicitud para retiro voluntario de fecha 20 de mayo de 1999 suscrito por el actor, radicada ante la extinta Caja de crédito agrario, industrial y minero en la misma calenda, mediante la cual manifestó

su deseo de acogerse al plan de estímulos para retiro voluntario. De mismo modo, obra a folio 890 documental denominada "Aceptación al plan de retiro voluntario" de fecha 26 de junio de 1999, expedida por la extinta Caja de crédito agrario, industrial y minero, mediante la cual la extinta caja, en cita, pone de conocimiento al actor lo siguiente: *"en atención a que usted se acogió al plan de retiro voluntario conciliado, presentado por la Caja Agraria a sus trabajadores, me permito informarle que en desarrollo del Decreto 1065 del 26 de junio de 1999, el contrato de trabajo tendrá efectos a partir del 27 de junio de 1999, en consecuencia, en el transcurso del mes de julio del año en curso se le informará la fecha y hora para realizar la diligencia de conciliación ante las autoridades de trabajo"*.

Con lo anterior, se acredita que el Demandante no fue despedido por parte de la extinta Caja en mención, sino por el contrario a lo expuesto por el accionante en el hecho 3 del escrito de demanda, se advierte que el vínculo laboral terminó de manera voluntaria, al acogerse el demandante al Plan de retiro que ofreció la entidad, sin que en el presente caso se haya presentado un despido injusto, motivo por el cual se reitera que el retiro posterior a la fecha en la que presentó su renuncia voluntaria, al acogerse al plan de retiro que le ofreció la extinta Caja en mención, no puede alegar válidamente causales o motivos distintos a los que en su momento no alegó, esto conforme al artículo 63 del Código sustantivo del Trabajo.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia con radicación No 36931 del 15 de octubre de 2009, entre otras, en la que el máximo órgano de cierre adoctrinó:

"Ahora bien, bajo esta órbita, empieza la Sala por advertir que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, consagró tanto para trabajadores oficiales como particulares la pensión proporcional de jubilación, en las modalidades de pensión sanción para cuando estos fueren despedidos sin justa causa con más de 10 años de servicio y menos de 20, continuos o discontinuos, y la pensión restringida, cuando se retiraren voluntariamente con más de 15 años y menos de 20 de servicio. Dicha normatividad fue modificada para los trabajadores del sector privado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, y en ello tiene razón la censura, en el sentido de que se mantuvo para los trabajadores oficiales, hasta la entrada en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que nuevamente se refinó a ambos trabajadores, particular y oficial, ocupándose únicamente de la pensión sanción para los no afiliados al sistema general de pensiones por

omisión del empleador, que sin justa causa fueren despedidos con 10 años o más de servicios.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta que la relación de trabajo entre las partes terminó el 2 de agosto de 2005, no cabe duda que la normatividad aplicable al presente asunto es la Ley 100 de 1993, pues basta remitirse al contenido del párrafo primero de su artículo 133, el cual indica que lo dispuesto en él se aplica exclusivamente tanto a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales como a los trabajadores del sector privado; y por ello, frente a la indiscutible claridad de la norma, no puede afirmarse válidamente que la pensión proporcional consagrada en los artículos 8° de la Ley 171 de 1961 y 74 del Decreto 1848 de 1969, esté aún vigente en lo que tiene que ver con los primeros, es decir los trabajadores oficiales, condición que el Tribunal no le desconoció al demandante."

Conforme lo anterior, teniendo en cuenta que la fecha de la terminación de la vinculación laboral del demandante data del 27 de junio de 1999, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993, es dable indicar que no les asiste el derecho al aquí demandante al reconocimiento de la pensión sanción en la medida que dicha terminación se dio en vigencia de la ley 100 de 1993.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante al pretender la aplicación de la Ley 171/1961, toda vez que la pensión reclamada, se itera, dejó de regir para los trabajadores oficiales con el artículo 133 de la Ley 100/1993.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión proferida en primera instancia.

COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante (parte demandante), habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte demandada UGPP ; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 5 de abril de 2021 por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la parte demandada UGPP. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 386 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500220170060501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500220170060501)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500220170060501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 02-2018-00548-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: ANA BEATRIZ NAVARRO PORRAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
CONSUELO VILLAMIL NAVARRETE
CAMILO EDUARDO PORRAS VILLAMIL (Litisconsorte)
ASUNTO: SENTENCIA COMPLEMENTARIA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de octubre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

SENTENCIA COMPLEMENTARIA

Mediante sentencia de fecha 26 de febrero del año en curso, obrante a folios 152 a 161, por las consideraciones de orden fáctico y jurídico allí expuestas, la Sala resolvió modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de CONDENAR a

Colpensiones a reconocer y pagar la sustitución pensional a la señora ANA BEATRIZ, en calidad de cónyuge supérstite, en un 65,43% a partir del 9 de agosto de 1998, junto con las mesadas adicionales, incrementos anuales y el derecho al acrecimiento al que hubiera lugar. Así mismo, condenó a la demandada a continuar pagando la sustitución pensional a favor de la señora CONSUELO DEL PILAR VILLAMIL NAVARRETE, en su condición de compañera permanente, en proporción del 34,57% como quedó sentado en la Resolución No. 016538 del 18 de diciembre de 1998.

Por otra parte, en decisión del 8 de junio de 2021, se accedió a la corrección del numeral cuarto de la sentencia, el cual se tendría en los siguientes términos:

« CUARTO: MODIFICAR el NUMERAL SEXTO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora ANA BEATRIZ NAVARRO PORRAS la suma de \$35.722.882,1 equivalente al 65,43% de la prestación, por concepto de retroactivo pensional por el periodo del 27 de agosto de 2015 al 30 de septiembre de 2020.»

En la misma decisión, se ordenó además se dispuso adicionar la sentencia de segunda instancia, respecto de la procedencia de la indexación de las sumas condenadas, tema que fue objeto expreso de la apelación presentada por el apoderado de la parte demandante y que no fue objeto de pronunciamiento en la decisión de segunda instancia.

En virtud a ello, este Tribunal procede ahora complementar la providencia del 26 de febrero, de la siguiente manera:

INDEXACIÓN DE LAS SUMAS ADEUDADAS

Sea lo primero precisar, que el A – que consideró improcedente tanto los intereses moratorios, como la indexación de los valores reconocidos por las mesadas pensionales causadas a favor de la demandante en calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge SAÚL EDUARDO PORRAS CORTÉS, específicamente negó la indexación, argumentando que en virtud de lo dispuesto

en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, la mesada se reajustaba de forma anual lo que evitaba la pérdida del valor adquisitivo de la moneda cumpliendo la finalidad de la figura propuesta.

Inconforme con la determinación, la parte demandante apeló la decisión solicitando se accediera de forma subsidiaria -ante la negativa en acceder al reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993- a la indexación del retroactivo causado por las mesadas pensionales a las que tenía derecho, que se encontraba prevista para las pensiones conforme la Ley 100 de 1993, con el fin de resarcir la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

A efectos de resolver, resulta necesario precisar que el ajuste anual de las pensiones de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, tiene por objeto garantizar el incremento anual de aquellas que han sido reconocidas oportunamente y de forma efectiva, materializándose así el mandato contenido en el artículo 53 de la CP. Por su parte, la figura de la indexación de un retroactivo pensional, tiene por objeto simple y llanamente remediar la depreciación económica generada por el transcurso del tiempo transcurrido entre el momento en que la persona debió acceder al derecho pensional y cuando efectivamente accede a su pago.

En tales términos, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL5180-2020, al hacer la distinción entre los mecanismos de la garantía de rentabilidad mínima, el ajuste anual de las pensiones y la indexación de un retroactivo, precisando que éstas figuras no cumplen con la finalidad de restablecer el valor económico del retroactivo generado por el reconocimiento tardío o mediante decisión judicial, ni con el objeto de conservar el valor adquisitivo de las mesadas pensionales año a año, una vez se hace efectivo su reconocimiento.

En la providencia citada, expresamente se indicó:

"En este punto, es oportuno destacar que la indexación que en este proceso se reclama lo que persigue es actualizar las mesadas que, una vez se hicieron exigibles, no fueron reconocidas oportunamente por la entidad obligada a ello, y de este modo se remedie la depreciación económica que aquellas sufrieron en el tiempo transcurrido entre la data de tal incumplimiento y la fecha efectiva del pago

(CSJ SL5045-2018, reiterada en SL2353-2020). Precisamente, en la primera sentencia se indicó:

(...) existen dos clases de indexación que pueden exigirse en un proceso judicial (ver sentencias CSJ SL 12 sep. 2006, rad. 28257, reiterada en decisiones SL11762-2014 y SL7890-2015) «(...) una relativa a la actualización o ajuste del ingreso base para liquidar la pensión (IBL), también denominada indexación de la primera mesada pensional; y otra atinente a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas o diferencias pensionales que no fueron sufragadas en su oportunidad, y que debió haberse hecho en forma periódica»; que estas dos categorías de indexación son diferentes e independientes, pues versan sobre conceptos o acreencias diversas y, por lo mismo, tienen efectos y alcances distintos, pues una, se itera, pretende actualizar monetariamente la base salarial con la que se va a liquidar el derecho pensional y otra busca actualizar el valor de unas mesadas pensionales que, aunque se causaron, no se pagaron oportunamente.

En síntesis, el Tribunal no incurrió en los yerros jurídicos que le endilga la censura, pues, se reitera, es evidente que esta confunde los mecanismos de rentabilidad mínima y los ajustes anuales a las pensiones, con el establecido jurídicamente para conservar el poder adquisitivo de los rubros o acreencias que eventualmente se vean golpeadas por la inflación al ser reconocidos en una fecha posterior a su causación.⁸

Así las cosas, le asiste razón a la demandante en reclamar el pago indexado del retroactivo ordenado por las mesadas causadas entre el 27 de agosto de 2015 y hasta que se efectuó su pago, con el fin de no afectarlas en su poder adquisitivo, acorde a la fórmula acogida por esta Corporación, a la cual se hizo mención en la sentencia CSJ SL1001-2018.

En consecuencia, se revocará parcialmente la decisión ABSOLUTORIA de primera instancia sobre este punto, para en su lugar CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la indexación del retroactivo por las mesadas pensionales causadas desde el 27 de agosto de 2015 y hasta que se efectúe su pago, que conforme a la liquidación efectuada por el Grupo liquidador adscrito a la Sala, con corte a 30 de septiembre de 2020 asciende a la suma de **\$3.274.360.**

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 26 de febrero de 2021, la cual quedará de la siguiente manera:

"QUINTO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora **ANA BEATRIZ NAVARRO PORRAS**, la indexación del retroactivo por las mesadas pensionales causadas, por valor de **\$3.274.360**, sin perjuicio de que se continúe causando hasta que se efectúe su pago.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 5 de octubre de 2020 por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá."

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500220180054801)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500220180054801)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500220180054801)



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -			
MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA			
RADICADO: 110013105002201854801			
DEMANDANTE : ANA NAVARRO			
DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el retroactivo pensional según instrucciones del despacho.			

PRIMERA MESADA PENSIONAL	
Mesada otorgada 100%	\$ 203.826,00
Porcentaje asignado	65,43%
Primera mesada	\$ 133.363,35
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 1998	\$ 203.826,00

Tabla Retroactivo Pensional						
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada 100%	65,43% Mesada	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/98	31/12/98	17,68%	\$ 203.826,0	\$ 133.363,4	0,00	\$ 0,0
01/01/99	31/12/99	16,70%	\$ 236.460,0	\$ 154.715,8	0,00	\$ 0,0
01/01/00	31/12/00	9,23%	\$ 260.100,0	\$ 170.183,4	0,00	\$ 0,0
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 286.000,0	\$ 187.129,8	0,00	\$ 0,0
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 309.000,0	\$ 202.178,7	0,00	\$ 0,0
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 332.000,0	\$ 217.227,6	0,00	\$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 358.000,0	\$ 234.239,4	0,00	\$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 381.500,0	\$ 249.615,5	0,00	\$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 408.000,0	\$ 266.954,4	0,00	\$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 433.700,0	\$ 283.769,9	0,00	\$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 461.500,0	\$ 301.959,5	0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 496.900,0	\$ 325.121,7	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 515.000,0	\$ 336.964,5	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 535.600,0	\$ 350.443,1	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 566.700,0	\$ 370.791,8	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 589.500,0	\$ 385.709,9	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 616.000,0	\$ 403.048,8	0,00	\$ 0,0
27/08/15	31/12/15	3,66%	\$ 644.350,0	\$ 421.598,2	5,13	\$ 2.164.204,1
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 689.454,0	\$ 451.109,8	14,00	\$ 6.315.536,5
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,0	\$ 482.688,2	14,00	\$ 6.757.635,3
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 761.242,0	\$ 511.166,6	14,00	\$ 7.156.333,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,0	\$ 541.836,3	14,00	\$ 7.585.708,2
01/01/20	30/09/20	3,80%	\$ 877.803,0	\$ 574.346,5	10,00	\$ 5.743.465,0
Total retroactivo						\$ 35.722.882,1

Indexación Retroactivo Pensional						
Año inicial	Año final	Sub Total Mesadas	IPC inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Subtotal
2015	2015	\$ 2.164.204,12	82,470	103,840	1,259	\$ 560.798,00
2016	2016	\$ 6.315.536,53	88,050	103,840	1,179	\$ 1.132.585,00
2017	2017	\$ 6.757.635,26	93,110	103,840	1,115	\$ 778.750,00
2018	2018	\$ 7.156.332,97	96,920	103,840	1,071	\$ 510.956,00
2019	2019	\$ 7.585.708,18	100,000	103,840	1,038	\$ 291.291,00
2020	2020	\$ 5.743.465,03	103,840	103,840	1,000	\$ 0,00
Total Indexación						\$ 3.274.360,00

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 35.722.882,09
Indexación retroactivo pensional	\$ 3.274.360,00
Total	\$ 38.997.242,09

Fuente	Tabla del IPC - DANE, folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación 05-2019-00194-01

Bogotá D.C.; agosto treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARIA VICTORIA BUSTOS GALVIS
DEMANDADOS: EMPRESA TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB SA
COLPENSIONES
ASUNTO : RECURSO APELACION (Demandada – ETB SA)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada ETB SA en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de enero de 2021 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandada Colpensiones (fls. 6 a 7), así como la ETB SA (fls. 8 a 10) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 11 de mayo de 2021, la parte demandante no presentó alegatos de conclusión, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora MARIA VICTORIA BUSTOS GALVIS instauró demanda ordinaria laboral contra de la ETB SA y COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 7 a 9):

1. Que entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP y la demandante existió un contrato de trabajo el cual terminó por haber adquirido la actora el estatus de pensionado de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP.
2. Que mediante Resolución No. 045768 de 2008 emitida por el entonces ISS hoy Colpensiones, reconoció a partir del 5 de julio de 2008, pensión de vejez a la señora MARIA VICTORIA BUSTOS GALVIS, por cumplir la edad y semanas cotizadas, liquidadas con el 90% del ingreso base de liquidación, es decir, la suma de \$2.643.558.
3. Que como consecuencia de los anteriores hechos, las empresas demandadas deben pagar a la demandante por concepto de mesada 14 dejada de cancelar por los años 2007 a 2018 la suma de \$54.000.000.
4. Que las empresas demandadas deben pagar a la demandante la sanción moratoria contemplada en el Art. 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, por no haberse cancelado durante los últimos 12 años, la mesada 14 a la demandante, como un derecho adquirido.
5. Que la ETB SA y COLPENSIONES están obligadas de pagar dicha prestación económica a la demandante por cuanto ya había sido adquirido como un derecho, reconocido y pagado como prestación económica durante todo el tiempo de su relación laboral con la ETB y aún mas, pagada en el año 2006 ya con el estatus de pensionada.
6. La presente condena debe extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago de la mesada 14 debidas y ordenadas a la ETB y a COLPENSIONES continuar pagando a la demandante en el porcentaje que les corresponde, por concepto de la prestación económica denominada mesada 14 todos los meses de junio de cada año o mes que corresponda el pago.
7. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ETB SA contestó la demanda (fls. 49 a 55), así como COLPENSIONES (fls. 40 a 48) de acuerdo al auto visible a folio 111 y 112 - 139 y 140 respectivamente. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 5° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 22 de enero de 2021, **CONDENÓ** a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB SA, a cancelar a la señora MARIA VICTORIA BUSTOS GALVIS, la mesada 14 adicional a partir del mes de junio de 2016, según valores indicados en la parte considerativa así:

1. 2016 \$5.300.479.
2. 2017 \$5.605.256
3. 2018 \$5.834.511
4. 2019 \$6.020.049
5. 2020 \$6.248.811

Estas mesadas deberán indexarse teniendo en cuenta cada una de las mesadas, teniendo en cuenta como IPC Inicial el del mes en que se causa cada mesada y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe el pago. **ABSOLVIÓ** a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB SA de las demás pretensiones de la demanda declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la indemnización moratoria del artículo 65 y parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas adicionales con anterioridad al año 2016. **ABSOLVIÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones invocadas por parte de la demandada, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación. **COSTAS** a cargo de la demandada a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB SA, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 5 SMLMV.

RECURSO DE APELACION

La parte **demandada** (EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB SA) interpuso recurso de apelación en los siguientes puntos:

1. **MESADA 14:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se absuelva a la demandada ETB SA, teniendo en cuenta que la Convención Colectiva de Trabajo, específicamente la recopilación del año 1984 que en términos generales contempla éste aspecto cuando estaba

vigente en la ETB este tipo de pensiones extralegales, sin embargo la CCT no contempla en ningún momento la mesada 14.

Por otro lado, a la demandante se le reconoció una pensión convencional por haber cumplido 25 años de servicio en la Compañía, sin que se hubiera acreditado que la Compañía hubiese pagado alguna vez esa mesada 14 porque no lo contempla la CCT, tan solo se anexó un comprobante de pago de una mesada que se pago en el mes de junio, pero fue durante el tiempo que la demandante estuvo trabajando en la ETB, y en realidad la ETB no es la encargada de la pensión, sino que por mandato legal la pensión es compartida, y en el presente asunto la ETB paga el mayor valor de la mesada pensional, por lo que no está a cargo de la ETB el pago de la mesada 14, máxime si se tiene en cuenta que la demandante solo recibe una pensión, porque la compañía demandada solo paga la diferencia de la pensión.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico por resolver se centra en determinar: **1.** Si la señora MARIA VICTORIA BUSTOS GALVIS, como beneficiaria de la pensión de jubilación convencional desde el 11 de noviembre de 2005, tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14.

STATUS DE PENSIONADA:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que la entidad accionada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA – ETB SA ESP le reconoció pensión de jubilación convencional a favor de la señora **MARIA VICTORIA BUSTOS GALVIS** mediante comunicación del 16 de enero de 2006, con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, en cuantía inicial de \$3.370.174 a partir del 11 de noviembre de 2005 (fls. 14 a 18).

Así mismo, que el extinto ISS hoy COLPENSIONES, reconoció pensión de vejez a favor de la señora **MARIA VICTORIA BUSTOS GALVIS** mediante Resolución No. 045768 de 2008 partir del 5 de julio de 2008 en cuantía inicial de \$7.578.200 (fl. 24 y 25).

DE LA MESADA CATORCE:

En ese orden de ideas, la señora **MARIA VICTORIA BUSTOS GALVIS** es beneficiaria de la pensión de jubilación convencional de la empresa demandada EMPRESA TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP – ETB SA ESP a partir del **11 de noviembre de 2005** fecha en la cual cumplió 50 años de edad y ya contaba con más de 25 años de servicio a la demandada ETB SA ESP.

En lo que atañe a la mesada adicional de junio, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dispone que los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005 establece:

***"PARÁGRAFO TRANSITORIO 6º.** Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*

En ese orden de ideas, es pertinente traer a colación otro pronunciamiento de nuestro órgano de cierre SL3554 con radicado No. 74344 del 21 de agosto de 2019 en la que adoctrinó:

De lo antes expuesto, se infiere que en virtud de la sentencia CC C-409 de 1994, la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 142 de la Ley

*100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; que a partir de la vigencia del Acto legislativo n.º 01 de 2005, tal prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y, que su extinción definitiva es a partir del 31 de julio de 2011, por disposición expresa de la reforma constitucional mencionada, ya que las pensiones causadas con posterioridad a su vigencia, **no pueden ser reconocidas en 14 mesadas anuales.***

Ahora bien, vale la pena traer reciente pronunciamiento en sentencia SL2306 con Rad. 84828 de 2021, mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adocrinó en ese caso, estudió que el demandante tenía derecho a la mesada catorce, a pesar de tener reconocida una pensión convencional, teniendo en cuenta que causó antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 – 29 de julio de 2005.

Ahora, si bien a consideración del Juzgado de primera instancia la demandante tenía un derecho adquirido por haber causado su derecho pensional al cumplir 20 años de servicio a la ETB el 14 de agosto de 2000 y cumplir 50 años de edad el 5 de julio de 2003, lo cierto es que le fue reconocida pensión convencional a la señora VCITORIA BUSTOS a partir del **11 de noviembre de 2005**, situación a partir de la cual la demandante entró a disfrutar la pensión, por cuanto ya había causado la misma, máxime si se tiene en cuenta que laboró para la accionada ETB hasta el 10 de noviembre de 2005.

Así las cosas, tal y como se consigna en la liquidación de prestaciones sociales y cesantías definitiva, la demandante prestó sus servicios desde el 14 de agosto de 1980 al 10 de noviembre de 2005, laborando un total de 25 años para la ETB SA ESP, por lo que debe concluirse que el 11 de noviembre de 2005 causó su derecho pensional, siendo procedente aplicar el Acto Legislativo 01 de 2005, norma que fue expedida con anterioridad a la causación del derecho de la actora.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe señalarse que con fundamento en la sentencia C-409 de 1994, el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada 14, sin embargo dejó abierta la posibilidad de reconocer la mesada 14 única y exclusivamente en los eventos en que la mesada pensional que sea reconocida con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, **sea inferior a 3 SMLMV.**

En el caso bajo examen, la prestación convencional a cargo de la ETB fue reconocida a partir del 11 de noviembre de 2005, en cuantía de \$3.370.174, esto es, el equivalente a 8.8 SMLMV para esa época, lo que significa que supera el límite permitido para ser acreedora de la mesada catorce que dispone el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Y si bien, a folio 19 del expediente digital reposa comprobante de nómina correspondiente al mes de junio de 2006, en la cual se relaciona la mesada adicional de junio, lo cierto es que de conformidad con el estudio anteriormente realizado, la demandante **NO** tiene derecho al pago de la mesada 14 por derecho adquirido, como lo señala el Juez de primer grado, pues se reitera que la actora adquirió su estatus pensional a partir del 11 de noviembre de 2005, esto es, con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 – 29 de julio de 2005, superando los 3 SMLMV a efectos de estar dentro de la excepción de reconocer la mesada 14.

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB SA de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora VICTORIA BUSTOS GALVIS.

Se **CONFIRMARÁ** en lo demás de la decisión absolutoria de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 22 de enero de 2021 por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la EMPRESA DE

TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB SA de las pretensiones
incoadas en su contra por parte de la señora VICTORIA BUSTOS
GALVIS.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante de la decisión de primera instancia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte
demandante.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos
en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500520190019401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500520190019401)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500520190019401)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 05-2019-00715-01

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

DEMANDANTE: CESAR LUNA RODRIGUEZ
**DEMANDADO: UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y
DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de apelación parte demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 8), así como de la demandada UGPP (fls. 5 y 6), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 11 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) CESAR LUNA RODRIGUEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, debidamente sustentada como aparece a folios 3 y 4 del expediente digital con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. La parte demandante se vinculó a la liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo escrito de duración indefinida desde el 07 de julio de 1975 hasta el 15 de diciembre de 1992.
2. Que las partes en AUDIENCIA ESPECIAL DE CONCILIACIÓN, llevada a cabo el 09 de diciembre de 1992 ante el Juzgado Tercero Laboral de circuito de Ibagué, resolvieron libre y voluntariamente dar por terminado el contrato de trabajo a término indefinido por mutuo consentimiento a partir del 16 de diciembre de 1992.
3. Que el demandante tiene derecho a la pensión de jubilación proporcional, de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 reforzado por el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, tal como quedó estipulado en la AUDIENCIA ESPECIAL DE CONCILIACIÓN en su numeral 4º que dice *"En cuanto a las pretensiones sociales y salarios que, según la Ley y la Convención Colectiva vigente, se hubieren causado a favor del trabajador con motivo de la vigencia del contrato y de su terminación por mutuo consentimiento, se liquidarán y pagarán en los términos de dichas disposiciones"*.

CONDENATORIAS:

1. A la UGPP a reconocer y pagar la pensión legal proporcional, a partir del 26 de abril de 2013, fecha en que cumplió 60 años de edad para disfrutar de dicho derecho pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.
2. Que liquide la pensión legal proporcional, actualizando el último salario promedio mensual \$387.478 devengado por el demandante.
3. Que, para la actualización del salario promedio, Se debe aplicar la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, causada desde la fecha de desvinculación de la Caja Agraria 16 de diciembre de 1992 y el 26 de abril de 2013, fecha en que cumplió 60 años para hacer exigible la prestación, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.
4. Reconocer y ordenar el pago de las mesadas pensionales causadas desde el 26 de abril de 2013 hacia futuro, con los aumentos legales respectivos aplicados al valor inicial de la pensión, con inclusión de las mesadas adicionales de junio y diciembre.
5. Reconocer y pagar debidamente indexada mes a mes cada una de las mesadas pensionales causadas y hasta cuando se verifique su pago.
6. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda UGPP (fls. 64 a 81), de acuerdo al auto del 17 de febrero de 2021 (fls. 145 y 146). Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 5° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 3 de marzo de 2020, **CONDENÓ** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a pagar al señor CESAR LUNA RODRIGUEZ un mayor valor de la pensión restringida de jubilación de que trata el Art. 8° de la Ley 171 de 1961 a partir del 9 de marzo de 2017, en cuantía inicial de \$540.938 junto con los reajustes legales y mesadas adicionales. **AUTORIZÓ** a a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a descontar del retroactivo los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, **DECLARÓ PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción sobre las mesadas anteriores al 9 de marzo de 2017. **COSTAS** a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 10 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **LIQUIDACIÓN PRIMERA MESADA PENSIONAL:** Solicita se modifique la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se revise la liquidación de la primera mesada pensional o indexación de la primera mesada pensional, toda vez que se acoge a la postura y desarrollo jurisprudencial en este tipo de pensiones, en tanto que al momento de liquidarse o actualizarse la primera mesada pensional deberá tenerse en cuenta el IPC de la última anualidad en que fue desvinculado el actor, y el IPC de la última fecha que cumplió la edad el pensionado o ex trabajador. Así pues, se tiene que según documental aportada con el escrito de demanda, el IBL a tener en cuenta asciende a 384478 y así fue certificado por el Ministerio de Agricultura, y en ese sentido desarrollando la fórmula de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, se obtendría como primera mesada pensional la suma de \$2.038.374,65 a partir de la fecha en que cumplió 60 años de edad el demandante, esto es, el 26 de abril de 2013.

2. **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Señala que la reclamación administrativa se realizó ante la UGPP el día 9 de marzo de 2017, por lo que en aplicación del Art. 6 del CPT y SS, por lo que procedería declarar probada parcialmente la excepción de prescripción desde el 9 de marzo de 2014.
3. **MESADA 14:** Solicita se aclare si al demandante se le reconoció la mesada 14, toda vez que el derecho se causó al momento del retiro del trabajador, y nada tendría que ver la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

La **parte demandada (UGPP)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **RECONOCIMIENTO PENSIÓN SANCIÓN:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la UGPP, teniendo en cuenta que si bien el Juzgado realizó alusiones sobre las diferentes líneas jurisprudenciales, así como las consecuencias de la pensión sanción, son criterios en la cual la UGPP difiere, toda vez que el Despacho de primer grado hizo alusiones sobre el término de la vinculación laboral para efecto de surgimiento a la vida laboral el reconocimiento de la prestación que aquí se deprecia, en tanto que debe estar acreditado el despido injustificado por parte del empleador, pues lo que se pactó entre las partes fue un acuerdo, por lo que no surgiría a la vida jurídica una sanción.
2. **COSTAS PROCESALES:** Señala que la imposición en costas resulta ser exagerado para el presente asunto en contra de la UGPP, bajo la figura de 'ejemplarizante', sin embargo, el principio de dignidad establecido en la Constitución Política aplica tanto a la persona natural como a las personas jurídicas, por lo cual considerar imponer una sanción, costas o agencias en derecho por 10 SMLMV no tiene nada que ver con el proceso. Si se revisa lo pretendido por el actor, solicitaba el reconocimiento del 100% de todas las mesadas pensionales, sin embargo, por la actividad desplegada de un tercero, en este caso Colpensiones, que aportó las pruebas necesarias para determinar que el demandante no tenía derecho al 100% de la pensión sanción.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Si el señor CESAR LUNA RODRIGUEZ tiene derecho al reconocimiento de la pensión sanción consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961. 2. Compatibilidad de la prestación con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES. 3. Si tiene derecho a la mesada 14. 4. Excepción de prescripción. 5. Costas de primera instancia.

Existencia de la vinculación laboral:

En primera medida, a efectos de determinar la existencia de la relación laboral, nos remitimos a la afiliación al certificado expedido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por medio del cual se enuncia los periodos que el demandante estuvo vinculado a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero SA, esto es, desde el 7 de julio de 1975 hasta el 15 de diciembre de 1992 (fl. 21 y 22 expediente digital), situación que se colige igualmente de la liquidación de cesantías total (fl. 20 Exp. Digital) y acta de conciliación visible a folios 23 a 25 del plenario, quedando demostrada de esta manera la vinculación laboral que existió entre el demandante y la Caja de crédito Agrario Industrial y Minero SA.

Requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario:

El Art. 8 de la Ley 171 de 1961, prevé que el trabajador que sin justa causa fuera despedido, después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos 60 años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de 15 años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los 50 años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla 60 años de edad.

No sobra señalar que tal disposición mantuvo su vigencia en el sector público del Orden Nacional hasta el 31 de marzo de 1994 toda vez que a partir del 1° de abril de 1994 empezó a regir el SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL en PENSIONES, y a partir de junio de 1995 para el sector oficial departamental y municipal.

Así, el párrafo 1º del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 señaló que *"Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado."*

Teniendo en cuenta las anteriores premisas normativas, procede la Sala a evaluar las pruebas legalmente recaudadas, para así poder determinar si el demandante, cumple con los requisitos antes mencionados.

Al relacionar los requisitos de ley con las pruebas ya enunciadas, en relación al tiempo total laborado, efectivamente, ingresó a laborar a la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, mediante contrato de trabajo, desde el 7 de julio de 1975 hasta el 15 de diciembre de 1992 (fl. 21 y 22), lo cual equivale a 17 años y 159 días.

En lo que respecta a la terminación del vínculo, el cual estuvo mediado por un acuerdo de voluntades, esto es, mediante conciliación (fl. 23 a 25), contrario a lo afirmado por el recurrente, la misma se asimila a un retiro voluntario de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente a casos similares al presente, sentencia radicación No 34974 del primero de diciembre de 2009, la cual tiene consolidado para supuestos de hecho similares a los que aquí nos ocupa, y entre las mismas partes:

Lo anterior para significar que en casos como el sub examine, cuando trabajador y empleador deciden a través de un acta de conciliación celebrada ante el funcionario competente, terminar la relación laboral por mutuo consentimiento, es acertado afirmar que en esta decisión, no obstante presentarse una oferta económica por parte del empleador, medió la voluntad del asalariado para finiquitar ese vínculo contractual, circunstancia que no desdibuja el retiro voluntario a que se refiere el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, al exigido para la configuración de la pensión de jubilación restringida después de quince años de servicio.

Ahora bien, vale aclarar que la pensión restringida de la ley 171 de 1961 no pierde vigencia con la entrada en vigor de la ley 100 de 1993, conforme a los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, quien en la sentencia acabada de citar, consigna:

(...) Ahora bien, como es ampliamente sabido, la reforma introducida por la Ley 50 de 1990 no afectó al sector de los trabajadores oficiales, pues su preceptiva estuvo dirigida a modificar el CST que, como también es incontrovertible, no se aplica a aquellos servidores. Por tal razón, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, siguió surtiendo efectos hasta el 31 de marzo de 1994,

cuando al día siguiente cobró vigencia la Ley 100 de 1993 que, no se refiere a la modalidad pensional que se debate en este proceso.

Como en la materia que ahora se examina, la Corte, tiene adoctrinado que el cumplimiento de la edad es sólo un requisito de exigibilidad de la pensión restringida de jubilación, es claro que para la fecha en que se produjo la terminación del contrato de trabajo, el actor ya tenía consolidado el derecho a su otorgamiento, por manera que el hecho de haber cumplido la edad requerida, esto es 60 años, en el año 2003, no es suficiente para frustrar el disfrute del derecho demandado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante cumple con la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, en razón que acreditó el tiempo de servicio a Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero SA, y cumplió 60 años de edad el 26 de abril de 2013, toda vez que nació el 26 de abril de 1953 conforme copia de cedula de ciudadanía vista a folio 19 del plenario, y en ese sentido se **ACLARARÁ** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que la UGPP debe reconocer la pensión sanción establecida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 a favor del señor CESAR LUNA RODRIGUEZ a partir del 26 de abril de 2013.

Previo a resolver lo concerniente a la liquidación de la mesada pensional, es del caso resolver lo relativo a la **excepción de prescripción** alegada por la entidad demandada a folio 107.

Propuso la entidad demandada la excepción de prescripción de cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado a favor del demandante, correspondiendo en primer término señalar que la prescripción como excepción no requiere mayor fundamentación, siendo obligación de esta Sede Judicial resolver todo el tema de la extinción del derecho sin la limitación argumentativa de sus fundamentos de derecho, máxime cuando no se le puede imponer a las partes formulas sacramentales para alegar la prescripción extintiva, recordándose que la regla general contenida en el artículo 151 del CPT y SS y el Art. 102 del Decreto 1848 de 1969, aplicable al presente caso, establece que las acciones correspondientes a los derechos regulados por dicha disposición prescriben en tres (3) años, los que se cuentan desde la fecha de exigibilidad de la respectiva obligación, refiriendo que el simple reclamo escrito del trabajador interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse nuevamente a partir del reclamo y por un lapso igual.

Para el caso en marras, se verifica que el actor presentó reclamación administrativa ante la entidad demandada el día 9 de marzo de 2017 (fl. 26), esto es, superándose el término trienal de la prescripción, como quiera que adquirió el estatus al momento

de cumplir sesenta (60) años de edad, esto es, el día 26 de abril de 2013; razón por la cual, ha de señalarse que el mismo está llamado a la prosperidad en forma **parcial**; y en consecuencia sólo resultan exigibles las mesadas pensionales causadas a partir del **9 de marzo de 2014** en adelante, esto es, tres años atrás de la reclamación administrativa.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, se **MODIFICARÁ** el NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción propuesta por la parte demandada denominada "prescripción", de aquellas mesadas pensionales causadas a partir del **9 de marzo de 2014**.

Determinado lo anterior, revisada la liquidación de la primera mesada indexada del demandante, se tiene que laboró 17 años y 159 días, para un total de **6279** días, y la pensión plena de jubilación la hubiese adquirido al trabajar 20 años, es decir, 7200 días, caso en el cual el monto de la prestación hubiera sido el 75% del promedio del salario del último año de servicios, entonces, como el último salario del demandante, según el certificado visible a folio 22 vuelto, ascendía a la suma de \$387.478, aplicando el **65,41%**¹, lo que corresponde proporcionalmente al tiempo laborado, arrojando la suma de **\$2.039.352,84**² como primera mesada para el 26 de abril 2013, junto con los incrementos legales y 14 mesadas al año, teniendo en cuenta que la pensión se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

En ese orden, la Sala le asiste razón a la parte demandante en aplicar el IPC inicial correspondiente el de diciembre de 1991 y el IPC final el de diciembre de 2008, según la fórmula expuesta en diferentes sentencias, entre ellas la más reciente con radicación No 45534 del 27 de abril de 2016:

(...) Lo anterior por cuanto, ya la Corporación en diferentes oportunidades ha establecido que al aplicar la fórmula para indexar se debe tener cuenta que el IPC Final corresponde Índice de Precios al Consumidor "de la última anualidad en la fecha de pensión" y el IPC inicial es el del Índice de Precios al Consumidor "de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador". Al efecto pueden consultarse las sentencias de la CSJ SL 857 – 2013. CSJ SL, 24 enero. 2008, rad. 32002. CSJ SL, 13 dic. 2007, rad. 31222, entre otras.

¹ $\frac{6279 \times 75\%}{7200} = 65,41\%$

² $VA = \frac{VH \times IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}} = \frac{\$387.478 \times 78,05 \text{ (Dic. 2012)}}{9,70 \text{ (Dic. 1991)}} = \$3.117.799,78 \times 65,41\% = \$2.039.352,84$

No obstante, por declararse parcialmente probada la excepción de prescripción, téngase como mesada para el 9 de marzo de 2014 la suma de **\$2.078.916**, conforme a la liquidación efectuada por el profesional del Grupo Liquidador de la Sala, liquidación que hace parte integrante de esta decisión.

COMPARTIBILIDAD DE LA PENSIÓN:

Ahora bien, la pensión reconocida por un empleador con posterioridad al 17 de octubre de 1985, cualquiera sea el acto que le haya impuesto dicha obligación prestacional, ya sea, contrato de trabajo, convención o pacto colectivo, laudo, o conciliación, por regla general es *compatible* con la pensión de vejez que alguna entidad del sistema de seguridad social también reconozca al beneficiario de aquella jubilación.

A este respecto, conviene inicialmente precisar que a partir de del acuerdo 029 de 1985, se estableció en su artículo 5°, la posibilidad de compartir esta clase de pensiones mediante el pago de las cotizaciones para el riesgo de vejez por parte del empleador, igual el acuerdo 049 de 1990 también proveniente del ISS, dio la posibilidad a los empleadores que otorguen pensiones extralegales y estas se hayan causado a partir del 17 de octubre de 1985, para que continúen cotizando al ISS, hasta cuando los afiliados cumplan los requisitos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, momento en el cual el empleador únicamente pagaría la diferencia si la hubiere, entre lo reconocido por él y lo asumido por el ISS, precisándose en todo caso que estas normas solo se aplican a las pensiones reconocidas con posterioridad al acuerdo 029 de 1985 del ISS, por ser a partir de entonces viable la compartibilidad de las pensiones extralegales.

Ahora bien, en sentencia con radicación No 53370 del 10 de agosto de 2016 dispuso:

Al respecto, se tiene que la razón está de parte de la censura y no del Tribunal, por cuanto al ser hechos indiscutidos: (i) que la demandada afilió al demandante al Instituto de Seguros Sociales, desde su ingreso a la empresa, como da cuenta la documental obrante a fl. 49 del cuaderno del Juzgado, y (ii) que el actor como trabajador oficial, se desvinculó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 13 de septiembre de 1991, tal como lo admitió la accionada al dar contestación al libelo demandatorio, fecha última en que se causó la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario a la que le asiste el derecho, es del caso anotar, que tiene plena aplicabilidad el art. 17 del Acuerdo 049 de 1990, tal como se dejó sentado en un proceso seguido contra la misma demandada, en sentencia de la CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 43704, en la que se puntualizó:

Al margen de todo lo anterior, cabe anotar que le asiste razón al Tribunal cuando afirma que el hecho de la afiliación de un trabajador oficial al ISS, no significa la pérdida del derecho a pensionarse, para el caso, bajo el régimen del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, según el cual, el reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, se encuentra a cargo del empleador oficial, quien deberá cubrir la jubilación hasta cuando el ISS, conforme sus reglamentos reconozca la pensión de vejez, en cuyo caso y bajo el amparo del artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, este sólo estaría obligado a asumir el mayor valor entre ambas pensiones en aplicación de la figura de la compatibilidad.

De suerte que, procedía en este asunto ordenar la compatibilidad pensional.

Así mismo, en reciente pronunciamiento SL3507 con radicación No. 83333 del 27 de agosto de 2019, que a su vez trajo a colación la SL-2652-2019 y adoctrinó que la pensión de jubilación por retiro voluntario era un derecho adquirido, y que el posterior reconocimiento de la pensión de vejez no es un asunto que habilite el desconocimiento de la prestación restringida establecida en la Ley 171 de 1961. Así mismo, señaló que cuando se acredite, que el ex empleador público, durante el tiempo de vinculación afilió y efectuó aportes al extinto Instituto de Seguros Sociales, tal hecho adquiere relevancia para la subrogación total o parcial de la prestación, según lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que resulta aplicable respecto de trabajadores oficiales afiliados a ese Instituto, norma que además era de estricta observancia en el asunto, en la medida que se encontraba vigente para la fecha del retiro del trabajador.

Así las cosas, se CONFIRMARÁ el numeral primero en el sentido de **DECLARAR** que la pensión sanción es **COMPARTIBLE** con la pensión de vejez que Colpensiones le reconoció al actor.

Así pues, Colpensiones le reconoció al señor CESAR LUNA RODRIGUEZ una pensión de vejez mediante Resolución No. GNR 308389 del 19 de noviembre de 2013 a partir del 1° de diciembre de 2013, en cuantía inicial de \$886.711 (fls. 185 a 192).

Posteriormente, mediante Resolución GNR 320977 del 15 de septiembre de 2014, Colpensiones re-liquidó la pensión de vejez a favor del señor CESAR LUNA RODRIGUEZ en un valor de \$954.727 para el año 2014 (fls. 177 a 183).

Que mediante Resolución GNR 57138 del 25 de febrero de 2015, Colpensiones volvió a modificar la mesada pensional del demandante, en cuantía de \$1.166.880 a partir del 1 de marzo de 2012 (fl. 169 a 175).

Así pues, de conformidad con la liquidación efectuado con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integrante de esta sentencia, se tiene que Colpensiones le reconoció una mesada pensional al actor en cuantía de \$1.166.880 a partir del 1 de marzo de 2012 (fl. 169 a 175), que actualizada al año 2014, arroja un valor de \$1.218.541,70, siendo superior la reconocida a cargo de la UGPP, por lo que se procederá a calcular el retroactivo de las diferencias pensionales.

En ese orden de ideas, y al obtener una mesada pensional dentro del presente asunto en cuantía de \$2.078.916, resulta un mayor valor que se encuentra a cargo de la UGPP. En consecuencia, se **CONDENARÁ** a la enjuiciada a pagar a favor del señor CESAR LUNA RODRIGUEZ a reconocer y pagar el mayor valor, ordenando pagar como diferencias del retroactivo pensional desde el 9 de marzo de 2014, dada la excepción de prescripción con corte al 30 de junio de 2021 la suma de **\$103.527.703,35**, sin perjuicio de las que a futuro se causen.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA:

El apoderado de la parte demandada (UGPP) presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

La sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante UGPP, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora ; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

- PRIMERO:** **ACLARAR** el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **DECLARAR** que el señor CESAR LUNA RODRIGUEZ tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1971 a favor a partir del 26 de abril de 2013 a cargo de la UGPP, junto con los incrementos legales y 14 mesadas al año. Así mismo, **DECLARAR** que la pensión sanción tiene el carácter de *compartida* con la pensión de vejez que Colpensiones le reconoció al actor, mediante resoluciones GNR 308389 del 19 de noviembre de 2013, modificada por la Resolución GNR 320977 del 15 de septiembre de 2014 y GNR 57138 del 25 de febrero de 2015.
- SEGUNDO:** **MODIFICAR** el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a UGPP a pagar al señor CESAR LUNA RODRIGUEZ la suma de **\$103.527.703,35** por concepto de mayor valor de las mesadas pensionales de la pensión sanción, liquidada a partir del 9 de marzo de 2014 con corte 30 de junio de 2021.
- TERCERO:** **MODIFICAR** el NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, de aquellas mesadas pensionales causadas con anterioridad al **9 de marzo de 2014**.
- CUARTO:** **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (UGPP) y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de ellas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500520190071501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500520190071501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500520190071501)

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA
RADICADO: 11001310500520197150
DEMANDANTE: CESAR LUNA
DEMANDADO: UGPP

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
-----------------	---------------	---------------	----------

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el retroactivo de las diferencias pensionales según instrucciones del despacho.

Tabla Retroactivo Diferencias Pensionales

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada UGPP	Mesada Colpensiones	Diferencia	N°. Mesadas	Subtotal	
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 0,00	\$ 1.166.880,00			\$ 0,0	
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 2.039.352,84	\$ 1.195.351,87	\$ 844.000,97	0,00	\$ 0,0	
09/03/14	31/12/14	1,94%	\$ 2.078.916,00	\$ 1.218.541,70	\$ 860.374,30	11,73	\$ 10.025.058,5	
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 2.155.004,00	\$ 1.263.140,32	\$ 891.863,68	14,00	\$ 12.486.091,5	
01/01/16	31/12/16	5,77%	\$ 2.300.896,00	\$ 1.348.654,92	\$ 952.243,08	14,00	\$ 13.331.403,1	
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.433.200,00	\$ 1.426.202,58	\$ 1.006.997,42	14,00	\$ 14.097.963,8	
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.532.718,00	\$ 1.484.534,27	\$ 1.048.183,73	14,00	\$ 14.874.872,2	
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.613.298,00	\$ 1.531.742,46	\$ 1.081.555,54	14,00	\$ 15.141.217,6	
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.712.562,00	\$ 1.589.946,67	\$ 1.122.613,33	14,00	\$ 15.716.586,6	
01/01/21	30/08/21	1,81%	\$ 2.758.234,00	\$ 1.615.546,04	\$ 1.140.687,96	7,00	\$ 7.994.910,1	
Total retroactivo								\$ 103.527.703,35

Tabla Liquidación

Retroactivo pensional	\$ 103.527.703,4
Total	\$ 103.527.703,4

Fuente	Tabla del IPC - DANE, folios del proceso.
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación

Martes, 10 de Agosto de 2021

Recibe:



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación Nro. 06-2018-00761-01

Bogotá D.C., 30 de agosto de dos Mil Veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **JOHN JAMES ESCOBAR AMAYA**

DEMANDADO: **COLFONDOS SA**

ASUNTO : **APELACIÓN (Demandante)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 06° Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Las partes del proceso no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 03 de mayo de 2021, no observándose irregularidad alguna que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

I- ANTECEDENTES

El señor **JOHN JAMES ESCOBAR AMAYA** instauró demanda ordinaria laboral contra la **COLFONDOS SA**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 58 a 63):

1. Se condene a Colfondos SA, a reconocer y pagar a favor de la menor Gabriela Escobar Laverde la pensión de sobrevivientes, por invalidez, a partir del 16 de diciembre de 2017, a que tiene derecho, por el fallecimiento de su hermano Sergio Alejandro Beltrán Laverde, ocurrido el 16 de diciembre de 2017 de quien dependía económicamente.

2. Como consecuencia de la condena anterior, se condene a Colfondos SA a pagar las mesadas pensionales causadas con sus respectivos reajustes e intereses, debidamente indexadas.
3. Se condene a pagar la indemnización moratoria correspondiente, conforme lo dispone y ordene la ley.
4. Se condene al demandado a pagar las costas y agencias en derecho del proceso.

COLFONDOS contestó la demanda (fls. 70 a 73), de acuerdo al auto visible a folio 121 Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso excepciones de mérito.

El **JUZGADO 6° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 06 de abril de 2021, **ABSOLVIÓ** a Colfondos SA y **CONDENÓ** en costas a la parte demandante.

II- RECURSO DE APELACIÓN

Parte Demandante:

Presenta recurso de apelación contra la providencia, por considerar que la dependencia económica de Gabriela si se demostró porque la norma dice que la dependencia económica , no es que cubra todo lo que necesite, y precisamente la discapacidad de ella se refiere a una situación bastante delicada, que la mamá de hecho lo tuvo en cuenta desde antes de morir para que la protegiera su hermano, por cuanto, la señora había fallecido por causa de una enfermedad que tenía, que la padeció el hijo fallecido y que también tiene Gabriela , por eso su preocupación antes de fallecer como mamá por su hija, ya que la mamá y el hijo (hermano de Gabriela) fallecieron por la misma causa y la hija padece la misma enfermedad, por ende es una situación compleja de salud, sostiene que por eso necesita toda la atención del caso, manifiesta también que, el papá en sentido cierto y lógico tenía y tiene que estar pendiente de su hija como también lo estuvo su hermano y por eso le prestó la ayuda suficiente, pero, manifiesta que, no referente a los montos que cada quien ganaba o suministraba , la consecuencia de toda esta vinculación es precisamente las acciones que realizó para ayudar a su hermana a la subsistencia y que él lo hizo como hermano y está comprobado. Manifiesta que no está de acuerdo con "esas afirmaciones, puesto que se orientó más bien a demostrar una capacidad económica que la relación que tenía el hermano con su hermana para brindarle esa ayuda, y esa dependencia económica". Agrega, que considera que la norma habla de una dependencia económica pero no tiene que ser la suficiente para enfrentar la enfermedad de la magnitud que tiene Gabriela

por eso necesita de la ayuda del hermano en su momento y del papá. Manifiesta, que actualmente padece esa discapacidad, y que para eso es ese el beneficio, y no para que las entidades obligadas a prestar el servicio se sustraigan de una manera ilegal para atenderlas. Manifiesta, que Colfondos SA desde un principio negó esa posibilidad y por eso se recurrió a buscar la acción laboral en tal sentido, que por lo tanto considera que la relación de dependencia está demostrada, no solamente en la intervención de él como abogado sino también en los puntos expuestos en la demanda; por ello considera que la sentencia apelada debe ser revisada por el superior en tal sentido para conceder esas pretensiones. Manifiesta, que el hermano la había afiliado a una prepagada Mellplus un tiempo, y que a raíz de la necesidad y la exigencia de la enfermedad que padecía Gabriela, hubo que atender los beneficios de la media pensión que estaba recibiendo para que se le prestara un servicio más exigente y complementario, que esa dependencia es fundamental también para establecer la dependencia económica que tenía de su hermano, la menor Gabriela.

III- CONSIDERACIONES

Facticas y juridicas:

El problema jurídico se centra en determinar: Si conforme al material probatorio recaudado, el demandante (John James Escobar Amaya) en calidad de padre y tutor de Gabriela Escobar Laverde, acredita la dependencia económica de su hija respecto del causante, su hermano por línea materna Sergio Alejandro Beltrán Laverde, para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de hermana invalida.

De la sustitución pensional:

Sea lo primero indicar que no es objeto de discusión, que la menor Gabriela Escobar Laverde es una joven con discapacidad, conforme dictamen expedido por Compensar el 27 de abril de 2017 visible a folio 79; que es hermana del causante Sergio Alejandro Beltrán Laverde quien falleció el 16 de diciembre de 2017, según registro civil de función indicativo serial Nro. 09509333 Notaría 21 del círculo de Bogotá, que milita a folio 11 y 114; vínculo de hermanos que se acredita del registro civil de nacimiento a folio 9 por ser hijos de la señora Patricia Laverde Niño con registro de defunción serial 08601092 y nro. de certificado de defunción

70873075-9, con fecha de defunción del 25 de noviembre de 2013; que Sergio Alejandro Beltrán Laverde era soltero y no tenía hijos según obra a folio 101 y 102 según diligenciamiento de formulario de Colfondos SA cuando se solicitó la sustitución pensional, que su padre es el señor Nelson Javier Beltrán Perilla según registro de nacimiento a folio 9; y que Sergio Alejandro Beltrán Laverde había cotizado a Colfondos SA, 213 semanas equivalentes a más de 1490 días de acuerdo con la historia laboral a folio 75 y 115.

Así como, que el señor John James Escobar Amaya identificado con cédula de ciudadanía N°79.660.630, demandante en el proceso y quien actualmente tiene la patria potestad de Gabriela Escobar Laverde, según obra en la interdicción judicial visible a folio 27 del expediente físico y es su progenitor, está representándola en el referenciado; razón por la cual la norma aplicable para definir el derecho a la pensión corresponde es el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, que en el literal e) se determinó, que los hermanos inválidos del causante, tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando no existieran cónyuge, hijos o padres con derecho prevalente, acreditaran la dependencia económica.

Por cuanto de conformidad con los términos de los artículos 46 y 74 de la ley 100 de 1993 modificados por el art 13 de la ley 797 de 2003, se advierte que hay tres grupos de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes excluyentes entre sí, toda vez que a falta de uno lo sucederá el otro, así: 1) cónyuge o compañera permanente e hijos con derecho; 2) padres con derecho; y 3) hermanos inválidos con derecho.

Adicional a lo anterior se desprende de los mismos artículos, que para que un hermano sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes se requiere que cumpla los siguientes requisitos:

1. Ausencia de otros beneficiarios;
2. Parentesco con el causante;
3. Calidad jurídica de inválido y
4. Dependencia económica respecto del fallecido.

Sobre el primer requisito (Ausencia de otros beneficiarios) se debe resaltar que es importante tener en cuenta que no existan beneficiarios pertenecientes al primer o segundo grupo, esto es, cónyuge o compañera permanente e hijos con un derecho prevalente; así como, padres con derecho, pues en caso de existir, estos desplazarán a los hermanos con derecho, que para el presente caso, es claro que

su progenitora falleció el 25 de noviembre de 2013 con registro de defunción serial 08601092 y nro. de certificado de defunción 70873075-9 como consta en folio 14 del expediente físico, y que su padre es Nelson Javier Beltrán Perilla, visible a folio 9 del expediente físico, el cual no fue vinculado al presente proceso, como tampoco se demostró que le asistiera o no, algún derecho pensional.

Para el segundo requisito (Parentesco con el causante), quien pretenda la pensión de sobrevivientes deberá acreditar el parentesco que lo une con el causante, en este caso, demostrar su calidad de hermana del fallecido, lo cual se prueba con el registro civil de nacimiento, que para el caso en mención es visible a folio 9 y 12 del expediente físico.

Con respecto al tercer requisito (Calidad jurídica de inválido del solicitante) expresa que de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral. Dado que la invalidez se encuentra determinada por la incapacidad física o psíquica de la persona con ocasión de su estado de salud, la cual deberá ser igual o superior al 50% de su capacidad laboral, que en el presente es visible a folio 79 del expediente físico.

Frente al cuarto requisito (Dependencia económica), la dependencia económica según La Corte Constitucional en sentencia C-066 de 2016 se puede establecer ante: *"(...) (i) la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia; (ii) la presencia de ciertos ingresos no constituye la falta de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante no puede por sus propios medios mantener su mínimo existencial en condiciones dignas."* (...) *"En estos términos, es claro que la dependencia económica no puede asumirse desde la óptica de la carencia de recursos económicos, sino en la falta de condiciones materiales mínimas para la subsistencia. Es de anotar que dicho concepto debe ser analizado en armonía con los postulados constitucionales y legales que enmarcan la seguridad social, tales como la protección especial a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta..."*

Ahora bien, a folio 126 digital, reposa interrogatorio de parte en audiencia de evacuación de pruebas, y testimonios de Martha Lucia Arias Betancourt, María

José Escobar Laverde y Constanza Cristancho Laverde, rendidos el 15 de marzo de 2021.

En cuanto al interrogatorio de parte del demandante, indicó que es jefe de archivo del noticiero CM& , que no terminó sus estudios de secundaria, que en total estaría ganando \$2'600.000 que son de dos contratos uno por nómina y otro por prestación de servicios, que es beneficiario del 50% de pensión de sobrevivientes por la muerte de la madre de la menor reconocida en julio de 2014; frente al monto de la pensión dice que le corresponde el 50% del salario mínimo, manifestó que la señora fallecida madre de la menor era independiente, que vendía artículos y cotizaban a pensión de esa forma, que entre los dos pagaban los gastos de la menor, además de su otra hija llamada María José escobar Laverde; dice que cumplió 21 años para la fecha de la audiencia, que su hija María José recibió la pensión por su madre fallecida pero que su hija María José antes de los 18 años decidió ceder el 25% a su hermana con discapacidad, es decir Gabriela Escobar Laverde.

Así mismo, se recibieron otros testimonios como el de la señora Martha Lucía Arias Betancourt, quien a las preguntas realizadas por el apoderado de Colfondos y la señora Juez, manifestó ser una persona dedicada al hogar, manifestó que conoce a Gabriela la menor con discapacidad porque es hija de John James, con quiénes han estado en contacto desde que nació; dice que Sergio Alejandro vivía solo, y que antes de su muerte trabajaba en un banco, que no sabía cuánto ganaba; frente a si Gabriela recibía económicamente ayuda de su hermano, manifiesta que no sabe de lo anterior, pero que la madre antes de fallecer le comentaba que el joven se comprometió con aportar a la hermana con discapacidad, así mismo dice que no le consta la cifra, manifiesta que la menor depende económicamente de su padre, frente a si el señor John James colaboraba económicamente con el causante, dice que no porque el joven vivía solo aun cuando siempre estuvo pendiente de él, y frente a la pregunta de la señora Juez sobre qué vinculo tenía con la madre fallecida de Gabriela, dice que eran conocidas.

Así como, el testimonio de María José Escobar Laverde, manifiesta que su hermano es Sergio Alejandro Beltrán Laverde, que vivía solo y que no recuerda con exactitud la fecha cuándo se fue de la casa, manifiesta que su padre ayudaba eventualmente a su hermano, también manifiesta que no sabe qué gastos tenía Sergio Alejandro Beltrán Laverde, supone que eran frente a la casa en arriendo del causante, también manifiesta que Sergio ayudaba a sus padres, suministrando

120-150 mil pesos cada mes, con ese dinero pagaban la señora que cuidaba a su hermana, o comida, manifiesta que Sergio Alejandro aportó a Gabriela mientras estuvo trabajando, que Sergio Alejandro aportaba desde que inició a trabajar desde los 18 años, manifiesta que Gabriela percibía lo de Sergio Alejandro y lo que le proveía su padre. El apoderado de Colfondos preguntó cuánto percibía ella por la pensión de sobrevivientes manifiesta que no sabe porque era su padre quien lo recibía y ella lo cedió a su hermana; precisó igualmente la testigo que su hermana dependía económicamente de su progenitor al momento de la muerte del causante.

También se recibe el testimonio de la señora Constanza Cristancho Laverde, quien manifestó que con el señor John James Escobar Amaya, se conocen porque fue esposo de su tía, manifestó que al causante Sergio Alejandro lo conoció porque era su primo, manifestó que Sergio no convivía con sus hermanas, que vivía solo, que no recuerda bien pero que cree no fue superior a 3 meses, manifiesta que Sergio trabajaba con el grupo Colpatria, que Sergio sufragaba sus gastos y que en caso de necesitar el señor John James Escobar Amaya colaboraba con los gastos del causante, que ambos se colaboraban entre sí, pero que desconoce qué monto tenían esas colaboraciones mutuas, manifiesta que Sergio ayudaba a Gabriela, que cuando él iba le contaba a ella que ya había cumplido con el aporte a su hermana, manifiesta que la destinación de ese aporte era alimentación y necesidades de primer orden como ropa, o incluso recreativo. Manifiesta que sabe en qué entidad empezó a trabajar el causante pero no tiene claro la fecha, que más o menos piensa que empezó en el 2014 con City Bank, dentro del mismo interrogatorio manifestó que Sergio ayudaba económicamente a John James cuando él necesitaba, manifestó que no sabe cuánto pagaba de arriendo Sergio Andrés, pues con su primo hablaban lo necesario, a la pregunta de con qué frecuencia ella visita a Gabriela, dice que se veían continuamente ya que su tía la cuidó cuando su madre falleció, manifestó que no estuvo presencialmente cuando hacía los aportes el causante, pero que sí sabe que lo hacía porque Sergio le contó.

Así pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 y 61 del CPT y la SS, en materia laboral no existe tarifa legal, siendo admisibles todos los medios de prueba consagrados en la ley, con los cuales el juez puede formar libremente su convencimiento atendiendo a los principios informadores de la sana crítica, específicamente a la acreditación de la dependencia económica de la parte demandante con el causante.

Por cuanto, según lo anterior es importante ver si el demandante en representación de su hija, reúne los requisitos del Art 12 y 13 de la ley 797 de 2003, y se ha de resaltar que, de los testimonios decretados y practicados no puede establecerse una dependencia económica, como lo manifestó el mismo apelante, pues tan solo se limitó a manifestar que la joven Gabriela Escobar Laverde quien es hermana del causante por el lado materno, tiene discapacidad certificada, sin que se lograra acreditar su real y efectiva dependencia, máxime si se tiene en cuenta que de la prueba obrante dentro del plenario en medida principal son los testimonios, por cuanto se concluye que la dependencia económica no se probó, pues los testigos se limitaron a afirmar datos e información general que corroboraría la dependencia económica de la joven Gabriela con su progenitor como administrador de los porcentajes de la pensión de sobrevivientes de la fallecida Patricia Laverde Niño, madre de Gabriela y de María José Escobar Laverde, y no una dependencia propia con el causante Sergio Alejandro Beltrán Laverde, por cuanto solo se enfatiza que el causante cumplía con su compromiso, pero no sabían el monto, ni cómo se daban esos pagos; también manifiestan los testigos que el causante no vivía con ellos; es relevante el testimonio de María José Escobar Laverde quienes hermana tanto del causante como de la demandante, pues claramente afirma que su hermano en ocasiones ayudaba con dinero para la manutención de su hermana, pero que también el señor John James le colaboraba al causante para sus estudios, reiterando que se colaboraban recíprocamente.

En ese orden de ideas, vale precisar que los testimonios decretados a favor de la parte demandante y practicados en el presente asunto, así como el testimonio del demandante decretado a favor de la parte demandada, sumado al sustento en la apelación de la parte actora, no ofrecen mayores elementos de juicio para acreditar los requisitos exigidos en la Ley para que un hermano invalido pueda ser beneficiario de la sustitucion pensional, en el sentido que debe acreditar la inexistencia de conyuge, o hijos, o padres con derechos, al igua que la dependencia economica del invalido frente al causante, demostraciones que estan acefalas de prueba idonea en este proceso.

Ahora bien, el apelante manifiesta que el causante había afiliado a una prepagada Mellplus un tiempo, y que a raíz de la necesidad y la exigencia de la enfermedad que padecía Gabriela, hubo que atender los beneficios de la media pensión que estaba recibiendo para que se le prestara un servicio más exigente, y complementario; empero, en el expediente no se anexó prueba de lo dicho, ni alguna en la que constaran por ejemplo, los servicios médicos especializados,

terapias o demás garantías para el bienestar de Gabriela, que corrieran por cuenta o en cierta medida por parte del causante, para inferir acertadamente que hacía un aporte de forma contundente, y así acreditar que existió una dependencia económica; lo cierto es que no se acredita la dependencia económica de la hermana invalida frente al causante, por el contrario, esta plenamente demostrada la dependencia económica, pero, frente a su progenitor, quien además de tener un salario como empleado activo, es quien administra la mesada pensional que devenga en partes iguales con su hija invalida, por ser su curador ante la discapacidad que padece.

Sobre la dependencia económica que debe acreditarse a efectos de ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes por parte de un hermano invalido, nuestros tribunales de cierre en lo laboral y en lo contencioso administrativo, han mantenido una línea pacífica, en especial en sentencias : SL14844 radicación 59763 de octubre 29 de 2014, SL6390 radicación 48064 de abril 13 de 2016, SL15515 radicación No 53076 de septiembre 27 de 2017; y Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, CP. William Hernández Gómez, Radicado 05001233300020140062201(4160-16).

En dichos fallos, conforme se ha relacionado en las consideraciones, se puede establecer con claridad que la dependencia económica del hermano invalido, es una situación determinante para poder tener cercho a la pensión; pues el fallecimiento del hermano cotizante o pensionado, debe significar para el hermano invalido la pérdida inminente de los ingresos o estabilidad material, de tal manera que la ausencia de ese hermano encargado de la manutención del invalido, signifique una grave situación de desprotección de la persona, que en tal situación quedaría desamparada y en grave peligro frente a su minio vital.

Por el contrario, en casos como el presente, es claro que la demandante es una persona que es considerada invalida, pero que la dependencia económica está perfectamente determinada, siendo responsable de ella su progenitor, quien además de tener un salario, goza, además, de una pensión de sobrevivientes compartida con su hija invalida, y es precisamente él, quien administra la misma.

Así las cosas, al no acreditarse la efectiva dependencia entre la parte actora y el causante, siendo una carga probatoria que debe asumir la parte demandante, teniendo en cuenta que estamos frente a un reconocimiento de una pensión de sobreviviente, conlleva obligatoriamente a despachar desfavorablemente los

fundamentos expuestos en el recurso de alzada, y en su lugar **CONFIRMAR** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500620180076101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500620180076101)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500620180076101)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 07-2019-00204-01

Bogotá D.C., agosto treinta y uno (31) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: OFELIA CUARTAS VELASQUEZ

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLFONDOS SA) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de diciembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandada Colpensiones (fls 5 a 20) presentó alegaciones vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 09 de abril de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Ofelia Cuartas Velásquez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 5 a 29 del expediente digitalizado cuaderno principal 0.1, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad del traslado y la afiliación en pensiones de la señora Ofelia Cuartas Velásquez con Colfondos SA, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas que dicho traslado le generaba.
2. Que se declare que Colfondos SA, debe trasladar todos los aportes, junto con los respectivos rendimientos al régimen de prima media RPM con prestación definida administrado por Colpensiones,
3. Que se declare que Colfondos SA, debe enviar al régimen de primera media RPM con prestación definida administrados por Colpensiones todos los detalles del traslado de aportes correspondientes a la señora Ofelia Cuartas Velásquez.
4. Que se declare que Colpensiones en su calidad de administradora del régimen de prima media con prestación definida, debe activar la afiliación de la señora Ofelia Cuartas Velásquez, desde la fecha inicial de la afiliación.
5. Que se declare que Colpensiones debe aceptar el traslado al régimen de prima media con prestación definida de la señora Ofelia Cuartas Velásquez.
6. Que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del traslado y de afiliación de la señora Ofelia Cuartas Velásquez con Colfondos SA, solicita condenar a Colfondos SA a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones.
7. Que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad el traslado y de afiliación de la señora Ofelia Cuartas Velásquez con Colfondos SA, solicita condenar a Colfondos SA a remitir a Colpensiones, el detalle del traslado de aportes correspondientes a la señora Ofelia Cuartas Velásquez.
8. Que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del traslado y afiliación de la señora Ofelia Cuartas Velásquez con Colfondos SA, solicita condenar a Colpensiones a aceptar el traslado al régimen de prima media con prestación definida de la señora Ofelia Cuartas Velásquez

9. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y afiliación de la señora Ofelia Cuartas Velásquez con Colfondos SA, solicita condenar a Colpensiones a activar la afiliación de la señora Ofelia Cuartas Velásquez en el régimen de prima media RPM con prestación definida desde su fecha de afiliación.
10. Que como consecuencia de la de nulidad del traslado y afiliación de la señora Ofelia Cuartas Velásquez con Colfondos SA, solicita condenar a Colpensiones a respetar a la señora Ofelia Cuartas Velásquez el régimen de transición.
11. Condenar a Colfondos SA, al reconocimiento y pago de las costas del proceso.
12. Condenar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones al reconocimiento y pago de las costas del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.137 a 177 expediente digitalizado cuaderno 0.1) y AFP Colfondos SA (fls.209 a 237 expediente digitalizado cuaderno 0.1)) de acuerdo al auto del 12 de marzo de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 07 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del el día 16 de diciembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora OFELIA CUARTAS VELASQUEZ con la AFP COLFONDOS SA el 30 de agosto de 1999 En formulario No. 7159866 **ORDENÓ** a COLFONDOS SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora OFELIA CUARTAS VELASQUEZ dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, Igualmente COLFONDOS debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde

su afiliación inicial al ISS. **ORDENÓ** a COLPENSIONES, que debe respetar el Régimen de transición de la demandante, en virtud que no fue afectada por el Acto Legislativo 01 de 2005, igualmente, porque la afiliación de traslado al RAIS, se declara ineficaz, **DECLARÓ** no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, y por la AFP COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, **CONDENÓ** en costas a los fondos demandados y a favor de la señora demandante. Las agencias en derecho se tasaron en la suma de 2 smlmv al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos, no hubo lugar a condena en costas a favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

NULIDAD Y/O INEFICACIA:

Solicita se revoque y se absuelva a Colpensiones en cada una de las condenas impuestas, solicita tener en cuenta los interrogatorios de parte y la normatividad aplicable al momento del traslado del régimen pensional de la demandante y trae a colación el *artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal b*, en el que indica que la selección de uno o cualquiera de los regímenes previstos, es libre o voluntario, por lo cual y de acuerdo al *artículo 271 de la ley 100 de 1993* y teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente y lo manifestado dentro del interrogatorio de parte y dentro del libelo demandatorio, la demandante, la señora Ofelia Cuartas Velásquez, firmó formulario de afiliación con la AFP Colfondos el 30 de agosto de 1999 y que de acuerdo a la documental allegada y al interrogatorio de parte, dicho traslado lo realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo cual el misma estaría gozando de plena validez.

Igualmente, manifiesta que no se pudo avizorar ningún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, esto de acuerdo al artículo 158 del código civil por lo cual se debe determinar con claridad si al momento de la afiliación de la demandante al RAIS, se le indujo en error para que suscribiera los documentos necesarios para el traslado del régimen al que venía afiliada, teniendo en cuenta que no todo error repercute en la eficacia de los actos jurídicos sino solo aquel que se convierte en el móvil que determina la voluntad exitosa, que en el presente caso manifiesta no se observa.

Por ende sustenta que es claro que del acto jurídico que se encontraba celebrando al momento de su traslado del régimen pensional, no se encuentra probado que se

indujera otro tipo de acto por la presunta omisión del suministro de la información por parte de los asesores de la AFP Colfondos y en caso de ser así, aclara que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, esto de acuerdo al artículo 1509 del código civil.

Igualmente, solicita se tenga en cuenta y vistos los hechos de la demanda que, según ello se pudo concluir que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrada entre la demandante, la señora Ofelia Cuartas y la AFP Colfondos, ya que el mismo no se trata de un error dirimente o un error de nulidad, que es aquel que por esencia es el que afecta la validez del acto y lo condena a su anulación.

Igualmente, manifiesta tener en cuenta que tampoco se estableció la existencia de dolo con artificios o engaños por parte de los asesores del Régimen de Ahorro Individual puntualmente por los asesores de la AFP Colfondos, que la indujeran a error al momento de su afiliación, igualmente y de acuerdo al artículo 1750 del código civil, el plazo para pedir la rescisión es de 4 años, los cuales se contarán en el caso concreto, en el momento de firmar su formulario de afiliación. Teniendo en cuenta que la demandante se trasladó en el año de 1999, tenía hasta antes del año 2001-2002 para trasladarse, pero la demandante nunca hizo uso de dicho retracto.

Igualmente, pide tener en cuenta que la demandante nació el 26 de septiembre del año 1958, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el 19 de julio del año 2018, por cual se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal, dentro del artículo 2° de la ley 797 del año 2003, al encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a su pensión.

Igualmente, solicita se tenga en cuenta que algunos comportamientos o actividades que demuestren el interés de un afiliado en permanecer en uno u otro régimen pensional, tal como lo manifiesta la sentencia SL 413 del año 2018, frente a ello lo importante es que exista correspondencia entre la voluntad de acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado de modo tal que según la parte, no queda duda del deseo del trabajador de permanecer a un régimen pensional determinado, situación que en el presente asunto sustenta que se observa en la demandante, pues realizó su traslado aproximadamente hace 20 años, por lo que ha demostrado su interés de permanecer en el régimen de ahorro individual con prestación definida con la AFP Colfondos SA.

Manifiesta que en el interrogatorio de parte, la parte dijo que posteriormente a ese traslado nunca indagó respecto a los beneficios que podría obtener en cada uno de

los regímenes pensionales, por lo cual, sustenta que de este modo se ve el interés de permanecer la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Prestación Definida.

Igualmente solicitó se tenga en cuenta que el hecho de que haya recibido la reunión o la asesoría de manera verbal, esto no le está quitando el carácter de ser una asesoría, que el inconformismo de la demandante versa es por el monto pensional, y que en principio se debe tener en cuenta que el mismo se obtiene una vez se adquieren los requisitos, que no es dable exigirle al fondo una proyección que indicará las ventajas y desventajas hace más de 20 años para cumplir el requisito de la edad, por lo cual al fondo no le resultaba posible establecer la base de cotización de la demandante.

También resalta que en los fallos judiciales no se está teniendo en cuenta que el deber de información de los fondos privados ha tenido diferentes etapas del deber de información al aducir de manera genérica que en los casos de nulidad en el traslado, no se proporcionó una asesoría clara, completa, suficiente y oportuna, ya que esto no es cierto, sustenta que se deben tener en cuenta los parámetros que en su momento se manejaban, por lo cual la importancia de estudiar cada caso en concreto, además sustenta que tanto la información que deba ser suministrada y valorada por el Despacho, deberá ser bajo los parámetros de la normatividad vigente al momento de suscribir el formulario de la demandante, es decir del año 1999, ya que no resulta jurídicamente razonable imponer a las administradoras obligaciones o soportar información que en su momento no estaba prevista en el ordenamiento jurídico.

Solicitó se tenga cuenta que entre el año de 1994 y el año 2016, no se exigía algo diferente a la afiliación donde se mostraba el interés de permanecer en el fondo privado. Igualmente solicito se debe tener en cuenta que, en los procesos de nulidad, en este caso declarándose la ineficacia del traslado del régimen pensional, están generando una labor bastante compleja para la entidad que represento Colpensiones, al estar asumiendo la defensa dentro de una relación jurídica en la que no hicieron parte, como lo es al momento de la suscripción del formulario de afiliación entre la demandante y el fondo privado.

Sostiene que frente a la carga de la prueba, deben en principio ser los demandantes quienes deban aportar la existencia de algún vicio del consentimiento, este ya sea el error, la fuerza o el dolo al momento de realizar su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con prestación definida, ya que está existiendo un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, están obligando toda la carga probatoria en cabeza de los fondos y los futuros pensionados tienen su deber de asesorarse

también, y para el año 1999, sostiene que la demandante en ningún momento indagó o averiguó respecto a cada uno de los regímenes pensionales, sino únicamente indagó respecto a dicho tema en el momento en el que ya iba a obtener la edad para pensionarse.

Sustenta lo atinente al tema de la sostenibilidad del sistema pensional, destaca la importancia que la Corte Constitucional le ha prestado al tema de la sostenibilidad financiera, manifiesta que en la actualidad las decisiones por los Despachos judiciales de declarar la nulidad e ineficacia de afiliación, están quebrantando el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la constitución política, modificado por el acto legislativo 01 del año 2005, pues está generando una situación caótica para la planeación de las pensiones de las personas que venían aportando al Sistema Pensional.

Sostiene que no se debe declarar la nulidad o la ineficacia del traslado, ya que su ahorro se hizo de manera individual y no ayudó a financiar las pensiones de los demás pensionados del RPM y su ahorro no sería suficiente para financiar ni siquiera su propia pensión, igualmente, solicita se tenga en cuenta, de acuerdo a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 al primero de abril del año 1994, la señora no cumplía con las 750 semanas, sino con 686 semanas por lo cual, no cumplía con dicho requisito y contaba con una mera expectativa para obtener su derecho a la pensión, por lo cual y de acuerdo a lo anteriormente manifestado, solicitó al honorable Tribunal Superior de Bogotá se revoque en cada una de las condenas impuestas en esta instancia y se absuelva a Colpensiones de cada una de las condenas impuestas en la primera instancia.

La parte demandada (AFP Colfondos SA) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Sustenta el recurso de apelación frente a la condena de devolver los gastos de administración de manera indexada, señala que estos descuentos se realizaban conforme a la consagración legal, no por invenciones de los fondos. Sustenta que estos descuentos se realizan tanto en el Régimen de Prima Media como en el Régimen de Ahorro Individual, por ende Los gastos de administración son

descuentos de consagración legal y dentro del presente proceso no se evidencia ni siquiera prueba sumaria donde se muestre que los aportes de la demandante sufrieron un daño, perjuicio o menoscabo, contrario a ello sostiene que tienen en cuenta de conformidad es la buena gestión realizada por el fondo, ya que se lograron unos rendimientos que duplicaron los aportes realizados por la demandante, siendo así, no se evidencia perjuicio alguno y por ello pide revocar este punto.

Manifiesta que si se declara la nulidad o ineficacia del traslado, al trasladar los aportes y los rendimientos, estos últimos se equipararan y son mayores a las sumas descontadas por gastos de administración y resalta que esto no lo tiene Colfondos SA, por cuanto se utilizó para adquirir la póliza de seguros provisionales y también se trasladó un porcentaje, de ser así, esto último sostiene que se tendría que haber incluido en la presente demanda con el fin de que devuelva lo recibido por concepto de la afiliación de la demandante, ya que se tendría un enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de solidaridad.

De otra parte, manifiesta que la condena impuesta a la representada Colfondos SA, de devolver los gastos de manera indexada se tomaría como una condena en daños y perjuicios, situación fáctica que no fue discutida dentro del presente asunto, así como tampoco se allegó ni siquiera prueba sumaria donde se muestre que se generó un daño, menoscabo o perjuicio de los aportes pensionales de la parte demandante, contrario a eso, la buena gestión de los aportes pensionales por parte de Colfondos generó unos rendimientos que fueron consagrados en la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, por lo que manifiesta que no se generó perjuicios y más al devolver lo correspondiente a cotizaciones y rendimientos, se entiende que es devolver el 100% de la base de cotización y los intereses, por lo tanto se solicita realizar una ponderación frente a lo que es descuentos de gastos de administración, además que según el apelante esto debió ser discutido a la luz de la responsabilidad civil.

Manifiesta que dentro del presente proceso para que se dé el reconocimiento de pago de perjuicios, como quiera que se señaló a lo largo del escrito de la contestación de la demanda, es pertinente indicar que no se señala ni prueba de los elementos requeridos para derivar la responsabilidad en cabeza de la representada Colfondos SA, por ende precisa que es necesario recordar que para atribuir

responsabilidad a quien pretenda o demande un derecho a la reparación del daño, está obligado a probar el daño padecido, el hecho intencional o culposo y la relación de causalidad entre esa conducta y el perjuicio, por lo anterior solicita se absuelva de la condena a la AFP Colfondos SA.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señora **Ofelia Cuartas Velásquez** el día 30 de agosto de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Colfondos S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos 30 de agosto de 1999 con efectividad a partir del 1º de octubre de 1999 (fls.2 y 3 del expediente digitalizado memorial Colfondos 0.8).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el

consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de

considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos

financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante (0.2 carpeta expediente administrativo). AFP Colfondos SA aportó: formulario de vinculación No. 7159866 del 30 de agosto de 1999, Hoja de vida asesor Luis Gandur Rodríguez y certificación de capacitaciones de Colfondos SA del año 1999 que data que a la fecha no cuentan con los registros documentales de dichos entrenamientos (fl.7 expediente digitalizado memorial Colfondos 0.8)

Es decir que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el 30 de agosto de 1999 fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria y allegan su hoja de vida, para lo cual se evidencia que cuenta con una formación académica como bachiller y que cursó 4 semestres de zootecnia, no obstante, no se relacionan cursos o capacitaciones para brindar dichas asesorías y aun cuando la entidad dice haberlas realizado para el año 1999, manifiesta que no cuentan con registros documentales de dichos entrenamientos (fl. 7 expediente digitalizado memorial Colfondos 0.8) encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 30 de agosto de 1999, la demandante tenía 686,86 semanas (fl50 expediente administrativo digitalizado cuaderno 0.1) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 26 de septiembre de 1958 – fl 47 expediente administrativo digitalizado cuaderno principal 0.1) siendo beneficiaria del régimen de transición y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el régimen de prima media (actualmente ha cotizado más de 1419,86 semanas – fl 67 expediente digitalizado cuaderno principal 0.1), con una mesada muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Colfondos S.A.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de Colpensiones sobre la carga probatoria, recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

"(...) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11,

literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Colfondos SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adocrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Colfondos SA.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia el 16 de diciembre de 2020, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Ofelia Cuartas Velásquez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos SA el 30 de agosto de 1999.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Colfondos SA y Colpensiones, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que

se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el por el juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP Colfondos SA y Colpensiones, a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

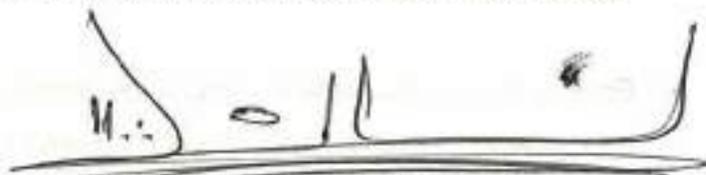
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500720190020401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500720190020401)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500720190020401)