

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C  
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 02 2019 00146 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

**A U D I E N C I A   D E   J U Z G A M I E N T O**

**MAGISTRADA PONENTE**

**MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 25 de febrero de 2021, por la apelación, presentada por la demandada y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

El señor FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la nulidad del traslado del régimen que realizó a PORVENIR S.A. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales. Que se ordene a la demandada COLPENSIONES a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen realizado el 1 de octubre de 1.99 y a recibir los dineros que le serán entregados y sin solución de continuidad. Que se condene a la demandada COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez del actor, de que trata el art. 33 de la ley 100 de 1.993, a partir del último aporte en pensiones. Que se condene a las demandadas al pago de las costas y los demás derechos que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita. (fls.2)

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando:

1. Que nació el 5 de febrero de 1956 y cotizó al ISS a través de diversos empleadores un total de 238.86 semanas.
2. Que el día 1 de octubre de 1.994 se trasladó de régimen, con la AFP PORVENIR S.A. en la cual la aparente decisión voluntaria y libre, no estuvo precedida de la suficiente información por parte del fondo.
3. Que desde su afiliación y hasta el 30 de junio de 2018, cotizó un total de 1007 semanas, por lo que en la actualidad cuenta con 1.337 semanas cotizadas.
4. Que la demandada PORVENIR no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse nuevamente de régimen cuando le hiciesen falta menos de 10 años.
5. Que solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado efectuado. (fl.-3)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1 a 4 y 10, para los demás señaló que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción. (fl. 42-54).

Por su parte la demandada PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 3, 7 y 11, los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl.- 87-106).

**DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

La Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 25 de febrero de 2021, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación y traslado del demandante FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.355.132 al régimen de ahorro individual, realizada el 05 de diciembre de 1995 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.355.132 y que hubiere recibido producto de la afiliación del demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración..*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES representada legalmente por su presidente o quien haga sus veces a recibir los aportes del accionante FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.355.132, en el régimen de prima media por prestación definida administrado por esa entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus afiliados al demandante, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático..*

*CUARTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor del demandante señor FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.355.132, a partir del 01 de agosto de 2018, junto con los aumentos legales a que haya lugar año tras año, la cual deberá calcular con base en el IBL de los últimos 10 años de cotización o el promedio de lo devengado durante toda la vida laboral, lo que le resulte más favorable, aplicando una tasa de reemplazo del 65%, en 13 mesadas anuales, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*QUINTO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN y los demás medios exceptivos propuestos por las convocadas a juicio, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEXTO: CONDENAR a la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor del demandante señor FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.355.132 las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, 13 mesadas anuales, causadas desde el 01 de agosto de 2018 hasta el momento efectivo de su pago, conforme a la parte motiva de esta providencia.*

*SEPTIMO: CONDENAR en costas a la parte accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*OCTAVO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el superior”*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que con las documentales que obran a folio 15 – 16 del expediente se dio cumplimiento al requisito previsto en el artículo sexto del código procesal del trabajo y la seguridad social lo que otorga la competencia a ese despacho para dirimir el conflicto.

Posteriormente efectuó un recuento de las pruebas allegadas al proceso e indicó que el problema jurídico se centra en determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado del demandante, del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. y como consecuencia ello si hay lugar a la devolución de todas las cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros, gastos de administración que se hubiesen descontado y que reposara en la cuenta ahorro individual del afiliado a COLPENSIONES y si COLPENSIONES debe activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media, declarando como única afiliación válida la efectuada al y hoy COLPENSIONES el 19 de noviembre de 1.984 al ISS.

Lo primero que advierte el Despacho es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proviene el régimen de prima media con prestación definida y solicito trasladarse al fondo de pensiones sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

Para resolver el presente asunto es necesario precisar que los artículos 13 literal B 271 y 272 de la ley 100 de 1993 97 numeral 1° del decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 23 de la ley 797 del 2003 así como el artículo 3 de la ley 1328 de 1998 el decreto 22 41 de 2010 y la ley 17 48 de 2014 así como el artículo 3° del decreto 2071 de 2015, la circular externa número 16 de 2016 y en general las normas laborales han evolucionado para establecer el deber de información a cargo de las administradoras de fondo de pensiones en tres etapas inicialmente, el deber de información que va desde 1993 a



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

2009 y posteriormente el deber de información y buen consejo que él va desde el 2009 hasta el 2014 y finalmente el deber de información buen consejo y doble asesoría a partir del año 2014 y en adelante sobre el particular se puede consultar la sentencia 25 SL 2518 de 2021 respecto a dicho recuento normativo la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3034 2021 explico el alcance y contenido mínimo del deber de información en cada etapa.

Por otra parte de vieja data la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que en el campo de la seguridad social existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado que garantice que un usuario antes de aceptar un ofrecimiento servicio comprende las condiciones riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen esto es que previamente ha recibido la información clara, cierta comprensible y oportuna, luego el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, sobre el particular se puede consultar la sentencia nuestro órgano de cierre SL 19447 del 2017.

En las sentencias SL 4964 de 2018 y SL 1689 2019 la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia reitero que procede la declaratoria de la ineficacia de las afiliaciones otros lados al régimen de prima media con prestación definida a la al rey cuando los fondos sin cumplen con su deber de información para con el consentimiento informado con los posibles afiliados que debe incluir tanto las aspectos favorables como desfavorables del cambio de régimen las proyecciones de las prestaciones y el capital necesario para tenerlas en cada uno de ellos sin que fuera válido alegar la firma del formulario de la afiliación como prueba de aceptación-

Así mismo indicó que esta en cabeza de las demandadas el acreditar que al momento de la afiliación le fue brindada la información clara y veraz al afiliado, resaltado además que la actuación viciada del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad no se convalida por los traslados de las administradoras dentro del mismo



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

régimen y qué procede la ineficacia del traslado sin que se requiera ser beneficiario de derecho a la pensión o tener un derecho consolidado pues la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS trae como consecuencia que las cosas retornen al estado inicial.

Finalmente nuestro órgano de cierre ha indicado que la administradora del régimen de prima media no sufre ningún tipo de detrimento pues como efecto de la decisión de la ineficacia la nulidad del traslado recibe los aportes y rendimientos, incluso los gastos de administración situación que favorece acrecentar los recursos al fondo público para financiar las pensiones de quienes obtengan su derecho a la misma.

Así las cosas señaló que revisadas las pruebas allegadas al plenario que se limitan respecto de los fondos demandados a aportar los formularios de afiliación del demandante y el consolidado de aportes efectuados, por lo que resulta indiscutible que la demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. no demostró que al momento del traslado dio la información necesaria. En consecuencia declaró la nulidad o ineficacia del traslado en los términos arriba indicados.

Ahora bien, en cuanto a la **pensión de vejez**, indicó que los requisitos para obtener la pensión de vejez, son, en el caso de los hombres y en la actualidad, haber cumplido con 62 años de edad y haber cotizado, un mínimo de 1.300 semanas de cotización.

Al respecto indicó que, en el presente caso, el actor cumplió con el requisito de edad el 5 de febrero de 2018. En relación con la densidad de cotizaciones, en el plenario reposa el reporte de semanas cotizadas por el actor del que se evidencia que en el RAIS, cotizó un total de 1.011 semanas y en el RPM administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones cotizó 330.29 semanas, por lo que cuenta con un total de 1.341.29 semanas, por lo que cumple con los requisitos consagrados en la ley 100 de 1.993, para acceder al derecho que reclama.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

En cuanto a la fecha del disfrute de la pensión, señaló la última cotización efectuada por el actor fue para el mes de julio de 2018, por lo que le asiste el derecho a disfrutar de la pensión a partir del 1 de agosto del año 2018, junto con los aumentos legales a que haya lugar año tras año, la cual deberá calcular con base en el IBL de los últimos 10 años de cotización o el promedio de lo devengado durante toda la vida laboral, lo que le resulte más favorable, aplicando una tasa de reemplazo del 65%, en 13 mesadas anuales, en los términos señalados en anteriormente.

**DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES, presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

*“Me permite interponer recurso de apelación frente a la sentencia proferida por su despacho y ante el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral, señalando que no hay razón a declarar la eficacia al traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, efectuado por el señor Fernando Alfonso Sosa Guijo y que como consecuencia de ello se ordena mi representada afiliarlo nuevamente al régimen de prima media con prestación definida y recibir las cotizaciones realizadas por este al régimen de ahorro individual con solidaridad toda vez que en virtud de las pruebas allegadas al proceso se evidencia que el accionante se encuentra válidamente afiliado a la afp la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir, Por otra parte en el interrogatorio de parte el asegurado que firmó su suscribió el formulario de manera voluntaria y libre de presiones de alguna índole, frente a eso Me permito traer a colación la sentencia de la corte constitucional 934 el 2013 que habla sobre el principio de la autonomía de la voluntad Dentro de este cuadro la autonomía permite a los particulares celebrar contratos o no celebrarlos en principio en virtud del solo consentimiento y por tanto sin formalidades puede estas reducen el ejercicio de la voluntad de terminar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los Derechos correlativos con el límite del orden público entendido de manera general como la seguridad la salubridad y la moralidad pública y de las buenas costumbres, crea relaciones obligatorias entre sí las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras que no son para eso no son partes del contrato por no haber prestado su consentimiento lo cual corresponde al llamado efecto relativo. Respecto este principio es de anotar que la parte actora gozaba de plena autonomía a la hora de suscribir el contrato de afiliación de traslado de régimen por lo cual no se puede alegar una ineficacia del traslado régimen solo por el hecho de advertir posibles inconformidades con los lineamientos propios del régimen de ahorro individual con solidaridad., aparte cabe resaltar para el presente caso que el traslado régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*individual con solidaridad se realizó con plena voluntad que por decisión propia Solicito el traslado suscribiendo para tal efecto todos los el formulario además el artículo segundo de la ley 797 del 2003 esta ley establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial sin embargo por razones las estabilidad en el sistema pensional se limitó este derecho cuando el afiliado le faltaron 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, sobre el tema deprecado la H, Corte Constitucional en abundante jurisprudencia esta haciendo énfasis la corporación de situaciones en las que el afiliado les faltan 10 o menos años para la edad mínima exigida por la ley para acceder al estatus de pensionado, entre está se señala la sentencia t 211 de 2000 ponente el doctor Luis Guillermo Guerrero Pérez, de la siguiente manera en efecto el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común de régimen solidario de prima media con prestación definida y simultáneamente defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad pues se aparta del valor material de la justicia de personas que no han contribuido a tener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones pueden resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros la validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano y en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. Así mismo el objetivo de la norma se adecuaba logro de un fin constitucional válido pues permitía curar la intangibilidad de los recursos nacionales en ambos regímenes cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión En beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional de lo anterior se evidencia que el momento de trasladarse al demandante régimen y representada de tenerlo en cuenta para realizar el presupuesto anual y así mismo establecer un futuro monto pensional que pudiera devengar el demandante por lo que se vería afectada la capitalización del fondo pensional del régimen de prima media Por otra parte observando que la que el demandante manifiesta no habérsele suministrado la información suficiente en la que se le informará sobre las consecuencias ventajas y desventajas que pudiera repercutir en su bienestar pensional en el régimen de ahorro individual debe precisarse que las características condiciones y modalidades pensionales propias de este régimen están consagradas en el artículo 59 y siguientes de la ley 100 del 93 esta norma que posee un alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por tanto, no es dable alegar la ignorancia para como excusa a voces de lo que prevé el artículo 9 del código civil para atribuir a las afp la responsabilidad omitido información al respecto, ya que este señalamiento lo hace la ley así las cosas, considero que el señor Fernando Sosa Guijo se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual. Ahora bien, en cuanto al reconocimiento pensional me permito manifestarle al tribunal que en ese sentido cómo se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, es esta entidad PORVENIR la que debe hacer el estudio de dicho reconocimiento pensional y no mi representa COLPENSIONES porque es donde se encuentra afiliado, así las cosas solicito al tribunal superior de Bogotá Sala Laboral revocar la sentencia de primera instancia cogiéndome*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*para tal efecto a las razones y argumentos de la defensa adicionalmente y como petición especial de no accederse a las pretensiones esbozadas por esta apoderada me permito solicitarle al Tribunal que la obligación de hacer de mi representada estaría sujeta a la condición previa de acceder o recibir en este caso por PORVENIR la afiliación en el sistema información de administradoras de fondos de pensiones SIAF, anulación a través del mantis, la devolución de todos y cada uno de los aportes con la respectiva entrega de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor debidamente indexados por el período en que el actor permaneció afiliado al fondo privado”*

PORVENIR S.A.

*“me permite interponer recurso de apelación en contra el fallo de primera instancia dictado por su despacho, manifiesto respetuosamente que mi representada se aparta de la decisión de instancia en primera medida por considerar que el traslado del demandante Fue totalmente válido, por cumplir con los requisitos que la normativa requería para la fecha, vale indicar que para el año 94 se encontraban vigentes las normas correspondientes a la ley 100 y el decreto 663 de 1993, en dónde básicamente se encontraba la obligación de brindar una simple información sobre todo orientado a evitar la coacción de escogencia de régimen, en este mismo sentido la Corte Suprema de Justicia en reiteradas jurisprudencias en especial traigo a colación la SL 1452 del 2019 magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas, en dónde se indica que el deber de información ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo, Lo que implica que dicho ver aumentado su exigencia lo largo de los años, por lo que para dicha fecha en que el demandante se trasladó de régimen no existía la obligación de realizar una comparación de regímenes de realizar proyecciones pensionales doble asesoría o en consejo, pues dichas obligaciones nacieron con mucha posterioridad a la afiliación del demandante y por lo tanto pues era deber del juez revisar la validez del acto jurídico conforme pues al momento histórico en que esté se realizó. Asimismo la señora juez manifiesta que se le debió indicar al demandante las consecuencias o efectos negativos de su traslado y pues al respecto al indicar que teniendo en cuenta que para el momento de vinculación con mi representada el demandante contaba con tan solo 38 años de edad y 350 semanas cotizadas por lo que es claro que se encontraba a más de 15 años de consolidar una eventual mesada pensional, por lo que no era el escenario propicio para determinar qué régimen era más conveniente, máxime cuando para la fecha pues me representan no podía prever si el demandante seguiría cotizando de manera continua, si su grupo familiar cambiaría entre otras variables, que se tienen en cuenta para liquidar una mesada pensional en el régimen de ahorro individual .Por otra parte y en lo concerniente al interrogatorio de parte dado por el demandante sea preciso únicamente señalar que este manifestó que se desempeñó como asesor comercial de Porvenir del año 95 el año 2002, por lo que pues es claro, que mediante dicho cargo puedo tener conocimiento de las características propias del RAIS y el régimen de prima media y Asimismo se recuerda que este manifestó que nunca tuvo interés para retornar al régimen de prima media por lo que es Claro que Ante nuevas vinculaciones laborales que efectivamente las tuvo informado a su empleador cómo es su*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*administradora de pensiones Porvenir, o más bien nunca manifestó el querer de cambiar de régimen, situación pues qué opinión de mi representada no fue debidamente valorado, por último de lo que tiene que ver con la condena devolver gastos de administración mi representada se aparta de ella condena como quiera que los primeros es decir los gastos de administración son descuentos autorizados por ley para asegurar la efectiva administración de los recursos de lo del demandante administración que puede verse reflejada los rendimientos que generaron los aportes del accionante por lo que condenar a devolver dichos rubros a mi representada sería como entender que los saldos del demandante nunca generaron rendimientos la cual es totalmente que refleja la cuenta individual de este a lo que es claro que pues vista la administración por parte de mi representada ha sido juiciosa. Conforme lo anterior pues solicito honorable tribunal superior de Bogotá sea revocada en su integridad la sentencia prefería por el despacho instancia y en su lugar se absuelva a mi representa a todas las pretensiones de la demanda Muchas gracias”*

**CONSIDERACIONES**

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIOR S.A., el 1 de octubre de 1994, como se verifica de la documental allegada a folio 108 del expediente.

En este orden, sea lo primero señalar que como cuando en este caso se alega la falta al deber de información, lo peticionado se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en sus alegaciones ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1994, por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

*“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*

*En ese orden, concluyó que:*

***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.***

***(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)*

Conforme a lo señalado en precedencia y contrario a lo manifestado por la recurrente Porvenir S.A., el formulario suscrito por el demandante ante esta AFP y que obra a folio 108 del plenario, no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales del actor, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares, de igual forma, los comunicados de prensa, tampoco suplen tal deber, ya que son comunicaciones emitidas de **carácter general** a toda la población y por ello no contienen información relevante respecto de las condiciones pensionales particulares de cada uno de los afiliados al sistema; aunado a que dicho deber de información, para predicarse oportuno, se debe suministrar en el **acto del traslado**.

Aunado a lo anterior, en el presente caso, la AFP demandada también era la empleadora del actora, y fue quien le entregó el formulario de afiliación, al momento de la suscripción del contrato de trabajo, y esta circunstancia no la exime del deber de información, por cuanto lo importante en estos casos, como lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia en sus múltiples pronunciamientos, es la información que le suministró el asesor de la demandada PORVENIR S.A. al momento de la firma o suscripción del formato de afiliación, y en relación precisamente con dicho documentos, el cual contenía el cambio de régimen pensional, sin que se pueda suponer, como lo señalan las recurrentes, que al ser trabajador de dicha entidad, el demandante pudo indagar en cualquier momento, o que, a lo largo de su estadía como trabajador, tuvo que conocer las diferencias entre los regímenes pensionales.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por las recurrentes, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló alegó la omisión en el deber de información por parte de las administradoras a las cuales se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

*En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

Por lo señalado en precedencia, no es viable aplicar en estos casos la figura de la nulidad ni los efectos de la misma, como lo indica la recurrente Porvenir S.A., ya que el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sido enfática en indicar que lo procedente cuando no se verifica como en este caso el suministro de la información pertinente al afiliado en el acto de traslado, es la ineficacia, resaltando igualmente los efectos de la misma, que son distintos a los de la nulidad.

Ahora, en cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, razón por la cual, una vez se efectúe el traslado de aportes en mención, empezarán a hacer parte del fondo común propio del RPM; no siendo procedente aplicar para estos casos los presupuestos contenidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que dicho pronunciamiento se predica únicamente de los afiliados que peticionan retornar al RPM, para **recuperar el régimen de transición**, caso que no es el de la aquí demandante, pues ni siquiera alegó pertenecer a dicho régimen.

Por lo anterior, tampoco sale avante el argumento de Porvenir S.A., en su recurso como en alegaciones, según el cual no se debe efectuar el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración, como quiera que tal asunto ha sido objeto de pronunciamiento en las sentencias antes señaladas, en la que se reitera que dichos gastos sí deben ser objeto de traslado, ya que el traslado de régimen pensional que efectuara la demandante al RAIS, se reputa **inexistente**.

Ahora, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición o no contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Porvenir S.A., para que esta acuda al a jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

*“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.*

De tal manera y contrario a lo afirmado por esta demandada, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente que dicho deber de información no se cumplió y su permanencia en el RAIS, no convalida el traslado que efectuara a este sin el suministro de la información requerida a este efecto, ya que como bien lo señaló el juzgador de primer grado, las acciones judiciales de esta índole, son de naturaleza **imprescriptible**.

Igualmente y contrario a lo afirmado por la Colpensiones en sus alegaciones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información al señor SOSA GUIJO, desde la fecha de su afiliación a dicha administradora en el año de 1994.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

**PENSIÓN DE VEJEZ**

Es así como resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado, procede referirse en grado de **consulta** a favor de la demandada Colpensiones en cuanto a la pretensión de pensión de vejez; al respecto resulta pertinente señalar que no es dable condenar a esta administradora a efectuar reconocer pensión a favor de la aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de Porvenir los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos como consecuencia de la ineficacia que se confirmará en esta oportunidad, razón por la cual el reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo, razón por la cual, se **revocarán** los numerales CUARTO y SEXTO de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

**Sin costas** en esta instancia

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia recurrida, en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 0146 01 Dte: FERNANDO ALFONSO SOSA  
GUIJO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

**SEGUNDO: REVOCAR** los numerales **CUARTO** y **SEXTO** de sentencia recurrida para en su lugar, **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

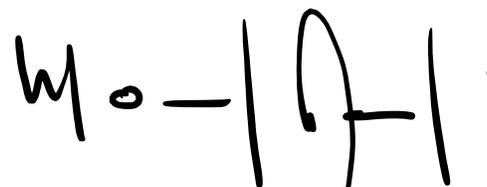
**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia recurrida

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**MAGISTRADA**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**MAGISTRADO**

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
**MAGISTRADO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C  
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 02 2020 0035 01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: FERNANDO MENESES SERRANO  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

**A U D I E N C I A   D E   J U Z G A M I E N T O**

**MAGISTRADA PONENTE  
MARLENY RUEDA OLARTE**

Se reconoce personería adjetiva a la Dra. **SANDRA PATRICIA VARGAS BOADA**, como apoderada de la demandada COLPENSIONES, en los términos de la sustitución conferida.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 4 de agosto de 2021, por la apelación, presentada por la demandada y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

El señor FERNANDO MENESES SERRANO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

nulidad del traslado del régimen que realizó a PORVENIR S.A. por cuanto fue inducido en error por parte del asesor de dicho fondo. Que como consecuencia de lo anterior, se condene ordene el retorno automático del actor al RPM y se le ordenen a la demandada COLPENSIONES la reactivación de su afiliación. Igualmente solicita se condene a la a la demandada PORVENIR S.A. a devolver íntegramente lo recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses a COLPENSIONES. Finalmente solicita se condene a las demandadas a todo lo que pueda resultar probado extra y ultra petita y al pago de las costas del proceso. (fls.7-8)

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando:

1. Que nació el 3 de octubre de 1961 y se afilió al ISS en el mes de julio de 1.993 y realizó cotizaciones hasta el mes de octubre de 1.994.
2. Que cotizó para el ISS un total de 61.43 semanas.
3. Que en el mes de mayo de 2.000, asesores de la sociedad Porvenir S.A. le ofrecieron la opción de trasladarse de régimen, asegurándole que el fondo que representaban contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional.
4. Que el asesor le manifestó que con el traslado podría acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista por el RPM y en cuantía muy superior a la que podría tener si permanecía en el régimen administrado por el ISS.
5. Que le informaron que el RPM sería reformado y se incrementarían los requisitos para acceder a la pensión y se reduciría considerablemente la tasa de reemplazo para cuantificar el derecho pensional, advirtiéndole los múltiples riesgos de permanecer en dicho Instituto.
6. Que no le realizaron una proyección pensional.
7. Que el asesor de PORVENIR S.A., omitió informarle que atendiendo a sus condiciones particular debía realizar aportes voluntarios, tampoco le indicaron cual era el capital requerido para causar la pensión



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

8. Que por todo lo anterior, fue inducido a error por parte de la demandada PORVENIR S.A., ya que nunca se le puso de presente una información clara y suficiente sobre los efectos de su decisión de traslado.
9. Que solicitó una proyección de su mesada pensional a la demandada PORVENIR S.A, quien señaló que al cumplimiento de la edad requerida, ascendería a la suma de \$1.001.029, en cambio de continuar en el RPM, la misma ascendería a la suma de \$3.860.586.
10. Que elevó solicitudes a las demandadas en las que peticiona la nulidad del traslado, pero las mismas fueron despachadas desfavorablemente. (fl.- 9-12)

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1 a 4, 33 y 34, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones errónea e indebida aplicación del art. 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y no procedencia del pago de costas. (fl. 230 - 280).

Por su parte la demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 27, 28, 35 y 36, los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y faltan de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro provisional (fl.- 309-325).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Finalmente mediante auto de fecha 9 de julio de 2021, se dio por no contestada la demandada, respecto de la demandada PORVENIR S.A.

**DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

La Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 4 de agosto de 2020, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor FERNANDO MENESES SERRANO identificado con cedula de ciudadanía No. 91.215.973, al régimen de ahorro individual, realizada el 12 de junio de 2000, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la efectuada el 24 de mayo de 2005 a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante FERNANDO MENESES SERRANO identificado con cedula de ciudadanía No. 91.215.973, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas. adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 21 de diciembre de 1995, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del señor FERNANDO MENESES SERRANO identificado con cedula de ciudadanía No. 91.215.973, en el régimen de prima media con prestación definida, una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.*

*CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.*

*QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo de cada una de ellas.*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que con las documentales que obran a folio 58 - 59 del expediente se dio cumplimiento al requisito previsto en el artículo sexto del código procesal del trabajo y la seguridad social lo que otorga la competencia a ese despacho para dirimir el conflicto.

Indicó que el problema jurídico se centra en determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado del demandante, del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. y como consecuencia ello si hay lugar a la devolución de todas las cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros, gastos de administración que se hubiesen descontado y que reposara en la cuenta ahorro individual del afiliado a COLPENSIONES y si COLPENSIONES debe activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media, declarando como única afiliación válida la efectuada al y hoy COLPENSIONES el 7 de julio de 1993.

Lo primero que advierte el Despacho es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proviene el régimen de prima media con prestación definida y solicito trasladarse al fondo de pensiones sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

Para resolver el presente asunto es necesario precisar que los artículos 13 literal B 271 y 272 de la ley 100 de 1993 97 numeral 1° del decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 23 de la ley 797 del 2003 así como el artículo 3 de la ley 1328 de 1998 el decreto 22 41 de 2010 y la ley 17 48 de 2014 así como el artículo 3° del decreto 2071 de 2015, la circular externa número 16 de 2016 y en general las normas laborales han evolucionado para establecer el deber de información a cargo de las administradoras de fondo de pensiones en tres etapas inicialmente, el deber de información que va desde 1993 a 2009 y posteriormente el deber de información y buen consejo que él va desde el 2009 hasta el 2014 y finalmente el deber de información buen consejo y



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

doble asesoría a partir del año 2014 y en adelante sobre el particular se puede consultar la sentencia 25 SL 2518 de 2021 respecto a dicho recuento normativo la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3034 2021 explico el alcance y contenido mínimo del deber de información en cada etapa.

Por otra parte de vieja data la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que en el campo de la seguridad social existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado que garantice que un usuario antes de aceptar un ofrecimiento servicio comprende las condiciones riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen esto es que previamente ha recibido la información clara, cierta comprensible y oportuna, luego el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, sobre el particular se puede consultar la sentencia nuestro órgano de cierre SL 19447 del 2017.

En las sentencias SL 4964 de 2018 y SL 1689 2019 la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia reitero que procede la declaratoria de la ineficacia de las afiliaciones otros lados al régimen de prima media con prestación definida a la al rey cuando los fondos sin cumplen con su deber de información para con el consentimiento informado con los posibles afiliados que debe incluir tanto las aspectos favorables como desfavorables del cambio de régimen las proyecciones de las prestaciones y el capital necesario para tenerlas en cada uno de ellos sin que fuera válido alegar la firma del formulario de la afiliación como prueba de aceptación-

Así mismo indicó que esta en cabeza de las demandadas el acreditar que al momento de la afiliación le fue brindada la información clara y veraz al afiliado, resaltado además que la actuación viciada del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad no se convalida por los traslados de las administradoras dentro del mismo régimen y qué procede la ineficacia del traslado sin que se requiera ser beneficiario de derecho a la pensión o tener un derecho consolidado pues la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS trae como consecuencia que las cosas retornen al estado inicial.

Finalmente nuestro órgano de cierre ha indicado que la administradora del régimen de prima media no sufre ningún tipo de detrimento pues como efecto de la decisión de la ineficacia la nulidad del traslado recibe los aportes y rendimientos, incluso los gastos de administración situación que favorece acrecentar los recursos al fondo público para financiar las pensiones de quienes obtengan su derecho a la misma.

Así las cosas señaló que revisadas las pruebas allegadas al plenario que se limitan respecto de los fondos demandados a aportar los formularios de afiliación del demandante y el consolidado de aportes efectuados, tampoco de los interrogatorios de parte rendidos no es posible establecer que se le hubiera brindado información suficiente al demandante al momento de realizar su traslado del régimen de prima media al RAIS, por lo que resulta indiscutible que la demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. no demostró que al momento del traslado dio la información necesaria. En consecuencia declaró la nulidad o ineficacia del traslado en los términos arriba indicados.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión el apoderado de PROTECCIÓN S.A., presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

*“Estando dentro de la oportunidad legal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión tomada por su despacho, solicitándole respetuosamente a los H. Magistrados del H. Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad de Labora, se permitan revocar de manera parcial la decisión emanada de su despacho en lo que respecta a la imposición o condena a PROTECCIÓN de efectuar la devolución o reconocimiento a COLPENSIONES y a favor del demandante de los dineros descontados por concepto de gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, esto en tanto, H. Magistrados ha sido el legislador, quien con la legislación, justamente del sistema general de pensiones y con la puesta en marcha de la ley 100 de 1993, en su artículo 20 modificado por el art. 7 de la Ley 797 de 2003 facultó y autorizó a los fondos de pensiones para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones recuérdese que este mencionaba un descuento del 3% para cubrir los gastos de administración y pagar la prima previsional y que opera en ambos regímenes tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media por lo que de allí es importante traer a colación que en cualquier momento la deducción o el cobro de estos dineros por parte de esta administradora no se desprenden del libre albedrío de PROTECCIÓN o a una arbitrariedad por parte de este administradora, sino que ha sido el mismo legislador el que ha establecido que como parte esencial del funcionamiento del sistema general de pensiones se debe efectuar la deducción o el cobro de estos emolumentos con cargo a los aportes de pensión obligatoria que hace cada uno de los vinculados tanto al régimen privado como al régimen público de pensiones, luego se insiste que no estaba PROTECCIÓN en todo caso facultado para elegir a quien cobrar y a quien no estos dineros, y esto también ha sido contemplado por el legislador como una contraprestación del afiliado a estas administradoras por la administración de dichos recursos y es allí donde se hace una primera distinción o donde esté apoderado pues se aparta de las consideraciones de la juzgadora de primera instancia por cuanto dentro del expediente tanto de manera material o documental ni tampoco de las manifestaciones esbozadas por la parte actora en el escrito de demanda se logra constatar que el bien administrado haya tenido algún tipo de afectación o algún tipo de malversación por parte de esta administradora muy por el contrario y cómo se demostró de manera escritural con el escrito de contestación de demanda el señor Fernando hoy por hoy cuenta con unos dineros sustancialmente importantes a efectos de la capitalización de su pensión acreditados en su cuenta ahorro individual Cómo son los dineros por concepto de rendimientos financieros rendimientos financieros Pues es menester o es importante hacer mención pues el señor Fernando Lamentablemente a lo largo de estos años no ejecuto ningún tipo de actividad tendiente a generar esos recursos por lo que es claro que la generación de estos recursos aún cuando se encuentran acreditados en la cuenta ahorro individual del señor Fernando, obedecen a todas las actividades de administración previsional y financiera desplegada tanto por PORVENIR en su momento y PROTECCIÓN actualmente y es por esto que aún cuando se pretende que la primera instancia a través de una ficción desconocer los efectos contractuales de las partes a través de la suscripción de dichos formularios habilitando al Señor Fernando a su retorno al régimen de prima media declarando la ineficacia de la afiliación, Lo cierto es que no se está haciendo lo mismo en aplicación a esa, a ese principio de congruencia en las sentencias judiciales Por cuánto se aplica los efectos de la ineficacia insisto efectos de habilitar al Señor Fernando para regresar a colpensiones pero no a efectos de beneficiarlo con los rendimientos financieros que actualmente se encuentran acreditados en su cuenta ahorro individual por lo que no hay una equivalencia no hay una congruencia frente a los efectos que se pretenden perseguir con la ineficacia pero también pretendiendo beneficiar al señor Fernando, pues con los emolumentos desarrollados o producidos al interior del RAIS pues no, no encuentra este apoderado una claridad frente a ese supuesto es por esto que traigo a colación lo establecido en el artículo 1746 código civil que nos ponen el marco de los efectos taxativos de la declaratoria de nulidad o ineficacia de estas afiliaciones trayendo a colación o argumentando que de aplicarse a estos efectos de manera taxativa lo cierto es que en efecto pues no*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*una vinculación del señor Fernando con estas administradoras no hubo una administración de los recursos en ese sentido Pues no sé dar efectuado ningún cobro por concepto de gastos de administración pero en esa misma línea no se debe haber generado ningún dinero por concepto de rendimientos financieros eso es lo que establece en estricto sentido de manera taxativa los efectos de la declaratoria de nulidad o ineficacia pero no es cierto es que ese mismo artículo 1746 nos ponen el marco de las restituciones mutuas el reconocimiento de frutos el abono de mejoras y pues atendiendo qué insisto Cómo se demostró que el bien administrado no sufrió ningún ninguna desmejora por parte de la administración de protección pues lo cierto Es que en estricto sentido y atendiendo a que ficticiamente se pretende declarar la ineficacia pues en esa misma vía debería aplicársele sus efectos sobre esos dineros causados por esta administradora Entonces en ese sentido Solicito respetuosamente a el tribunal Pues en atención o en aplicación a ese artículo 17 y 46 del código civil y es que si bien pues se pretende aplicar una ineficacia, lo cierto es que el hecho generador, esto es los rendimientos financieros pues lo cierto es que lo congruente lo equivalente lo legítimo frente a la actividad desplegada por protección a lo largo de estos años juicioso o justo y legítimo ejercicio de la administración del servicio público que le fue encomendado se absuelva de efectuar la devolución y el reconocimiento de estos dineros por gastos de administración atendiendo a que protección en su momento compensó al Señor Fernando Pues con los rendimientos financieros que tiene hoy acreditados en su cuenta ahorro individual o en su defecto de salir avante y mantener esta condena de efectuar la devolución de estos dineros por concepto de gastos de administración Solicito se absuelva protección en aplicación taxativa y completa a las partes de la declaratoria ineficacia y en su defecto a la devolución de los dineros por concepto de gastos de rendimientos financieros o en su defecto que con cargo a los rendimientos financieros que PROTECCIÓN trasladaría colpensiones se permita efectuar el cobro la deducción de estos gastos de administración para que en todo caso pues está condena no se constituyen una condena en perjuicios a cargo del patrimonio y mi representada toda vez que pues esto ni siquiera se estableció en la fijación del litigio ni tampoco fue requerido ni solicitado por la parte actora en el escrito de mandatorio inicial. Respecto a lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora se debe manifestar que ésta ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía pagar una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos Inclusive la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la parte demandante a mi representada y esto Pues a todas luces imposibilitaba PROTECCIÓN para solicitar una devolución y trasladarse a COLPENSIONES toda vez que en este caso aseguradoras un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contacto a sus protección y así dio la Corte Suprema de Justicia sala civil Quién se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe cuándo se declara la nulidad del negocio jurídico de la siguiente manera y me permito citar de manera taxativa “todo ello se sigue que en virtud de negocios simulado pueden llegar a constituirse legítimos intereses en el mantenimiento de la situación aparente por parte de los terceros de buena fe, los terceros que no se pueden ver perjudicados por la nulidad del negocio simulado refiere la doctrina contemporánea son los terceros de buena fe, los que obran en base a*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*la confianza que suscita un derecho aparente los que no pudieron advertir un error no reconocible los que obrando con cuidado y previsión sea tuvieron a lo que entendieron no pudieron entender vale decir a los términos que se desprenden de la declaración y no a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes” Asimismo vale la pena por resaltar el contenido de la sentencia SL 2324 del 19 marzo 2019 proferida por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia magistrada ponente doctora Ana María Muñoz segura donde luego de accederse la ineficacia del traslado solicitada por un afiliado y luego de ordenarse la devolución de los aportes de un fondo privado a colpensiones se refirió al rol de los terceros de buena fe dentro este tipo de procesos considerando que para el efecto el primero que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros y segundo que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe por lo anterior se debe tener presente que en caso de confirmar la condena mi representada asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal a la comisión de administración y a las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes se estarían presenciado una condena en perjuicios contra el patrimonio de protección la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta y en el presente proceso no fue materia de prueba ni quedó demostrado la causación de los mismos toda vez que la inversión de la carga de la prueba operada es frente a la pretensión de ineficacia y nulidad de la afiliación y no frente al tema de los perjuicios los cuales no fueron demostrados por la parte demandada. Para concluir respecto no solamente a los gastos de administración sino también a lo que tienen que ver con las primas del seguro previsional la consideración de este apoderado y en general como postura oficial por parte de esta administradora se solicita y se indica que debería aplicarse el término trienal de prescripción establecido en el artículo 488 del código sustantivo de trabajo en armonía con el artículo 151 del código procesal laboral atendiendo Pues a que estos conceptos se van descontando en la periodicidad que impone la ley y pues que los mismos no financian directamente la prestación económica por vejez por lo que no deben ser cobijados en todo caso por esta investidura especial que tienen pues los dineros que si han sido contemplados establecidos por el legislador con la finalidad directa de financiación de una prestación económica por vejez, en todo caso se advierte que en el momento procesal oportuno dispuesto por el honorable tribunal estas alegaciones eran y ampliadas de manera escritural.”*

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES, señaló:

*“Su señoría con todo respeto interpongo recurso de apelación contra el fallo proferido por su despacho teniendo en cuenta que el primer lugar el señor Fernando Meneses Serrano no es beneficiario del régimen de transición, en segundo lugar su señoría no se cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 del 2010 y no procede el traslado pensional de conformidad con el artículo segundo de la ley 797 del 2003 el cual modificó el literal en el artículo 13 de la ley 100 del 93, el cual reza que después de un año de vigencia la presente ley*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le hagan falta 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez en el caso del señor Meneses Serrano no se cumple con los requisitos por lo tanto Solicito ante los honorable tribunal sala laboral se revoca el fallo de primera instancia y en consecuencia se absuelva a mi representada de las pretensiones de la demanda.”*

### **CONSIDERACIONES**

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, el recurso interpuesto por la demandada y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor FERNANDO MENESES SERRANO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP PORVENIR S.A., y su posterior, cambio de administradora, para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Así las cosas y contrario a lo señalado por las demandadas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

*“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.*

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia y la parte actora en su demanda, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, como lo manifiesta la apoderada de COLPENSIONES, en su recuso para que se le deba prohijar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal y como lo pretende el recurrente, sin que esto implique la descapitalización del RPM que administra COLPENSIONES, ya que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, razón por la cual, una vez se efectúe el traslado de aportes en mención, empezarán a hacer parte del fondo común propio del RPM; no siendo procedente aplicar para estos casos los presupuestos contenidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que dicho pronunciamiento se predica únicamente de los afiliados que peticionan retornar al RPM, para recuperar el régimen de transición, caso que no es el de la aquí demandante, pues ni siquiera alegó pertenecer a dicho régimen.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

**Sin costas** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**R E S U E L V E:**

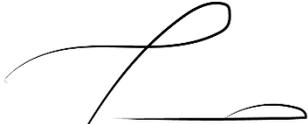
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**MAGISTRADA**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2020 0035 01 Dte: FERNANDO MENESES  
SERRANO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - H'.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO  
MAGISTRADO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lorenzo - R'.

**LORENZO TORRES RUSSY  
MAGISTRADO**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C  
SALA LABORAL**

**PROCESO ORDINARIO No. 03-2017-0587-01**

**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA

**DEMANDANTE:** JUAN CARLOS PAYARES RIVERA

**DEMANDADOS:** CARBONES DEL CERREJON LIMITED Y ARL  
POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS

**MAGISTRADA PONENTE:**

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de abril de 2021.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior las entidades demandadas presentaron alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por la parte actora.



## **ANTECEDENTES**

El señor Juan Carlos Payares por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que la terminación del contrato es ineficaz al no mediar autorización para ello por parte del Ministerio del Trabajo; que goza de la protección de estabilidad laboral reforzada por la limitación física que padece, y que la ARL POSITIVA no pagó el valor de las incapacidades temporales causadas entre el día 15 de noviembre de 2016 hasta el 31 de diciembre de igual año.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene el REINTEGRO, junto con la afiliación y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el reintegro, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al pago de “reparación integral de daños y perjuicios morales y materiales” causados desde el despido y hasta la fecha del reintegro, a la ARL para que pague el valor de las incapacidades temporales causadas entre el 15 de noviembre de 2016 hasta el 31 de diciembre de igual año, y costas y agencias en derecho.

## **HECHOS**

Fundamentó las pretensiones al señalar que, fue vinculado a laborar al servicio de Carbones del Cerrejón el día 5 de julio de 2016 mediante contrato de trabajo a término fijo, en el cargo de operador temporal; que la duración del primer contrato fue de 1 mes y 24 días, el cual fue prorrogado por medio de otro sí del día 29 de agosto de 2016 por el término de 4 meses que concluirían el 30 de diciembre de 2016; que el 14 de noviembre de 2016 tuvo



accidente de trabajo, que la ARL describió que el operador manifestó sentir dolor en la región lumbar con irradiación a la pierna izquierda cuando movía la pala P.C. 4000 Q1 en la rampa 20 de julio; que al día siguiente fue llevado a la clínica, a donde ingresó con diagnóstico de dolor en la columna dorsal – lumbar – sacra, oportunidad en la que le recetaron 10 sesiones de terapia física lumbar.

Que el día 18 de noviembre de 2016 fue enterado del diagnóstico de hipertrofia bilateral de las facetas articulares de L4 – L5 asociados a cambios inflamatorios intrafacetarios que condicionan la disminución de los forámenes de emergencia de ambas raíces nerviosas, y sinovitis facetaria bilateral L3 y L4.

Que el 22 de diciembre de 2016 la ARL POSITIVA le notificó en 0% la pérdida de capacidad laboral, frente a lo cual se indica que, no se entiende por qué la ARL inició un proceso de calificación encontrándose en etapa de rehabilitación el trabajador, por lo que agrega que, el 30 de diciembre de 2016 presentó recurso de “inconformidad” frente al dictamen, y que en la actualidad no ha sido resuelto el mismo por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez (no indica cual); que la ARL no pagó el valor de las incapacidades temporales causadas entre el 15 de noviembre al 31 de diciembre de 2016.

Que el 2 de febrero de 2017 el demandante suscribió otro sí al contrato de trabajo con la demandada Carbones del Cerrejón por el término de tres meses; que el día 10 de igual mes y año acudió nuevamente al médico al presentar dolor en el área lumbar, y que el día 13 el contrato de trabajo fue



terminado de manera unilateral señalando que la decisión se basó en el artículo 64 del CST.

Que posteriormente se recomendó al actor la realización de fisioterapia y fisiatría y medicinas para el dolor; concluye que, fue despedido sin que se tuviera en cuenta que gozaba del fuero de estabilidad laboral y sin que se solicitara autorización al Ministerio del Trabajo.

Que por anterior, interpuso acción de tutela que correspondió en primera instancia al Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá, autoridad que ordenó el reintegro y el pago de las acreencias laborales debidas, junto con el pago a cargo de la ARL POSITIVA del valor de las pluricitadas incapacidades médicas temporales, reintegro que se dio el 20 de junio de 2017, no obstante, la impugnación de lo así decidido correspondió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Corporación que, contrario a lo decidido por el Juzgado no amparó los derechos fundamentales alegados, y por ello, la demandada Carbones del Cerrejón dio por terminado el contrato de trabajo el día 13 de agosto de 2017.

Agrega que, las incapacidades médico - temporales tuvieron como causa la patología lumbalgia aguda por trauma indirecto, que fue calificada de origen “profesional”, y que por tanto es la ARL quien debe pagar el valor de estas.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demandada Carbones del Cerrejón Limited contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2 a 5, 12, 16, 18, 23 a 31 y no aceptó los



demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de las obligaciones; cobro de lo no debido; pago y prescripción.

Por su parte, la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS se opuso parcialmente a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 5, 12, 24 a 27 y 32, y no aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación; enriquecimiento sin causa; prescripción; pago, y buena fe.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante JUAN CARLOS PAYARES RIVERAS y la sociedad demandada CARBONES DEL CERREJON LIMITED, existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 6 de julio de 2016 y finalizó el 13 de febrero de 2017, todo, conforme la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, propuesta por la demandada CARBONES DEL CERREJON, y de PAGO propuesta por la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, todo, conforme la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS** ni agencias en derecho en esta sentencia.



**CUARTO:** *En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte demandante, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, conforme el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.*

**NOTIFÍQUESE**

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Que teniendo en cuenta la demanda y su contestación, a folio 31 obra contrato de trabajo a término fijo para el cargo de personal técnico calificado suscrito con la demandada carbones del cerrejón el 5 de julio de 2016 que en dicho documento, en la cláusula 3 se estableció sobre la duración del contrato que el mismo comenzaría desde el día 6 de julio del 2016 hasta el 30 de agosto de igual año, en cuyo vencimiento terminaría la relación laboral; que es claro que la relación laboral inició el 6 de julio de 2016 y no el 5 de julio de ese mismo año, como lo afirma el dte, y mucho menos el 6 de julio del 2006 como lo afirma la demandada, por lo que se declarará el 6 de julio como fecha del inicio de la relación laboral.

Que el proceso no son hechos discutidos por haber sido reconocidos, los siguientes: que entre el dte y la dda existió un contrato a término fijo, que inició el 6 de julio de 2016; que el cargo para el cual se contrató al dte fue el de operador temporal; que las partes reconocieron que el día 14 de nov de 2016 el dte sufrió un accidente de trabajo descrito por la ARL: *el operador manifestó sentir dolor en la región lumbar con irradiación a la pierna izquierda cuando movía la pala pc 4000 q1 en la rampa 20 de julio*; que también se encuentra de discusión que Positiva notificó un dictamen el día 22 de diciembre de 2016, determinado una pérdida de capacidad laboral de 0% para el dte; que el contrato se encontraba prorrogado hasta el 30 de marzo de 2017 y que el 13 de febrero de ese mismo año 2017 la dda dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral de conformidad con lo señalado en el art 64 del CST; que el dte instauró una acción de tutela que finalmente no le dio la razón llevando a la demandada a finalizar el contrato de trabajo a partir del 13 de agosto de 2017.

Que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si para el momento en que el dte fue despedido se encontraba amparado por la garantía de la estabilidad laboral reforzada por salud, por cumplir con los requisitos establecidos en el art 26 de la ley 361 de 1997 y si le asiste el derecho al reintegro, pago de salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social, en la forma solicitada en la demanda.

Que la norma antes referida comprende dos fundamentos: primero, que la garantía a la estabilidad laboral allí prevista no está dirigida a trabajadores con cualquier tipo de enfermedad o limitación, sino aquellos que sufren una limitación moderada, severa o profunda, y segundo, el empleador debe conocer esa situación y terminar la relación por la limitación física sin previa autorización de la autoridad administrativa del trabajo; que como la norma no limita los extremos del grado de severidad de la limitación de una persona debe recurrirse al decreto 2463 de 2001 que si lo hace aclarando que el artículo 1 indica que su aplicación comprende entre otras a las



**Proceso Ordinario Laboral 03 – 2017 – 0587 – 01 DTE: JUAN CARLOS PAYARES RIVERA DDO:  
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

personas con derecho a las prestaciones o beneficios contemplados en la ley 361 de 1997, luego el decreto en lo que tiene que ver con la ley es norma expresa en aquellos asuntos que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que se ocupan de manera completa de otras materias.

Que el art 7 del decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad en las limitaciones en los términos del art 5 de la ley 361 de 1997, define que la limitación moderada es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%, severa mayor al 25% y menor al 50%, y profunda cuando supera el 50%, que la jurisprudencia ha dicho que los destinatarios de la garantía de la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente del origen que tenga, que tengan una calificación previa; que la sentencia del 25 de nov del 2020 69330 MP. Gerardo Botero Zuluaga así lo dijo, y en la sentencia del 24 de febrero de 2021 rad 86728 MP. Luis Benedicto Herrera Diaz.

Que la Ley 1618 de 2013 por la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en el numeral 1 del art 2 definió quienes son las personas en situación de discapacidad, así lo dijo, primero, personas en situación de discapacidad, aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales, o sensoriales a mediano y largo plazo que al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás; que conforme la anterior definición la persona en situación de discapacidad es aquella que padece de una deficiencia, que pueda ser física, mental, intelectual, sensorial, que le impida su participación plena y efectiva en la sociedad; que el artículo 3 del decreto 1507 de 2014 por el cual se expide el manual único para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional definió la deficiencia y la discapacidad.

Que le correspondía a la parte actora demostrar los presupuestos de la norma para que surge a su favor la consecuencia jurídica que pretende, esto es, la garantía a la estabilidad laboral reforzada; que conforme las pruebas allegadas, el dte allegó documentos relacionados con su historia clínica con los que pretende acreditar el grave estado de salud en que se encontraba al momento del despido, para lo cual tuvo a folio 39 a 47 del plenario aportó ingreso por urgencias del 15 de nov de 2016 en donde se diagnosticó al dte con dolor en la columna lumbar dorsal sacra y lumbago mecánico EE; a folio 48 del expediente se aportó una resonancia magnética del 18 de nov de 2016 de la cual se concluyó lo siguiente: hipertrofia bilateral de las facetas articulares de L4-L5, asociadas a cambios inflamatorios intrafacetarios que condicionan a la disminución de los forámenes de emergencia de ambas raíces nerviosas y sinovitis facetario bilateral de L3-L4, a folio 49 del expediente se aportó una incapacidad de fecha 19 de nov de 2016 por el término de 15 días, indicando que la misma correspondía y el 15 al 29 de nov de 2016, que allí se indicó que el diagnóstico correspondía a un accidente laboral, lumbago con ciática, radiculopatía postraumática, sintomática, y dolor agudo a folio 50 del expediente se aportó incapacidad laboral del 30 de nov del año 2016 por el término de 5 días, indicando que la misma correspondía, desde el 30 de nov al 4 de diciembre de 2016; a folio 51 del expediente se aportó una prórroga de incapacidad del 5 de dic de 2016 por el término de 11 días hasta el 15 de dic de igual año, que a folio 52 incapacidad laboral por 15 días indicando que ésta correría desde el 16 de dic al 31 dic del año 2016; a folios 53 a 56 órdenes y valoraciones para terapias, además de una fórmula o receta médica, todas de fecha 19 de nov de 2016; a folio 57 a 63 del expediente órdenes y valoraciones para terapia, además de fórmulas con recetas médicas del 16 de dic de



**Proceso Ordinario Laboral 03 – 2017 – 0587 – 01 DTE: JUAN CARLOS PAYARES RIVERA DDO:  
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

2016; folios 64 a 67 diferentes controles médicos del 30 de nov y 16 de dic del mismo año en los cuales se diagnosticó al dte con lumbago con ciática, radiculitis postraumática, sintomática y dolor agudo; a folio 68 notificación de pérdida de capacidad laboral menor del 5% que realizó Positiva, en la cual se indicó lo siguiente, que una vez efectuada la valoración de la pérdida de capacidad en el caso del asunto, y de acuerdo al manual vigente para la calificación de invalidez le informamos que el porcentaje establecido es del 0%, el cual no se encuentra en el porcentaje que configura incapacidad permanente parcial y no origina derecho o indemnización; a folio 73 y 74 del expediente se aporta control médico del 10 de febrero de 2017 en el cual se diagnosticó al dte con lumbago no especificado y se otorgó incapacidad por tres días, que abarca el periodo comprendido entre el 10 y el 12 de febrero del año 2017, que finalmente a folio 76 a 80 se aportó el control médico de fecha 2 de marzo de 2017 y el recetario médico de las terapias y medicamentos que el dte requería para su recuperación.

Que una vez analizados esos medios de prueba el despacho encuentra insuficiente la prueba aportada por el dte para acreditar que el estado de salud merecía la protección de estabilidad laboral reforzada contemplada en el art 26 de la Ley 361 de 1997, y con lo establecido en la jurisprudencia, para que haya lugar a la protección se requiere que el trabajador se encuentre en una situación de discapacidad soportando el nivel de imitación en el desempeño laboral de conformidad con los parámetros establecidos en el decreto 2463 de 2001, situación que no ocurre en el presente caso.

Que si bien el dte aporta una serie de incapacidades controles y órdenes para exámenes para terapias, de los cuales se registró de manera reiterada patologías como dolor en la columna dorsal, lumbar sacra, lumbago mecánico, lumbago no especificado, con ciática, radiculopatía postraumática, lo cierto es que, no se encuentra acreditado en el expediente el nivel de disminución del desempeño laboral, ya que para demostrar la pérdida de capacidad laboral no basta con que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece el trabajador, por cuanto la situación de discapacidad en que se encuentre no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico como lo dijo la jurisprudencia sino de la verdadera limitación que dichos hallazgos producen en el trabajador para que desempeñen sus labores con normalidad y en igual condiciones de los demás trabajadores.

Que el propio dte en interrogatorio de parte confesó que cuando fue despedido no tenía ningún impedimento para hacer la labor de operador de maquinaria pesada para la cual había sido contratada; que también señaló que se encontraba realizando las terapias de tratamiento y eso impedía que tuviera dolor, señaló que cada hora realizaba pausas activas conforme lo recomendado por el médico tratante, lo que le ayudó con su estado de salud, que lo manifestado por el dte evidencia que no tenía ningún inconveniente para realizar la labor para la cual había sido contratado, por consiguiente es claro que no tenía ningún grado de pérdida de capacidad laboral que se enmarcara dentro de los parámetros establecidos en el decreto 2463 de 2001 dentro de un grado, moderado, severo o profundo.

Que, en relación con lo anterior, y en un análisis conjunto de las pruebas como es el testimonio por el médico especialista en medicina laboral de la dda carbones del cerrejón quien manifestó que cuando valoró al dte luego de haber terminado el periodo de su incapacidad, lo encontró en óptimas condiciones para reintegrarse al cargo que venía desempeñándose, que simplemente realizó algunas recomendaciones como realizar pausas activas, lo cual también se hace con varios trabajadores pero no existió ninguna restricción, que en concordancia con lo manifestado por ese



**Proceso Ordinario Laboral 03 – 2017 – 0587 – 01 DTE: JUAN CARLOS PAYARES RIVERA DDO:  
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

testigo e incluso por el mismo dte, el señor Ángel Enríques Ceballos Hernández indicó que desde que el dte se reincorporó a sus labores trabajo de manera normal como siempre lo había hecho desde antes del accidente; que las anteriores pruebas acreditan que el dte no tenía ninguna afectación en su estado de salud que le impidiera desarrollar su labor ni se encontraba con restricciones médicas que ocasionaran alguna limitación en su salud o integridad al momento del despido, por ende, el despacho no encuentra fundamento para reconocer la protección solicitada por el accionante, y no puede declararse que la terminación del contrato de trabajo del dte fue ilegal e ineficaz, puesto que al momento del despido no se encontraba amparado por ninguna garantía que le diera estabilidad laboral de acuerdo con lo solicitado; que lo anterior, conlleva a que se absuelva a la dda carbones del cerrejón de las pretensiones que dependían de la prosperidad de dicha declaratoria, esto es, el reintegro y el pago de salarios y prestaciones sociales, la seguridad social, desde el momento del despido hasta cuando se haga efectivo el reintegro, así como la indemnización del art 26 de la ley 361 de 1997.

Sobre los perjuicios morales y daños materiales con ocasión del despido ilegal, no obstante, el despido no puede catalogarse como ilegal pues no se acreditó ninguna circunstancia que lo invalidara o lo declarara ineficaz, que con esto, no podría hablarse de pago de perjuicios, cuando la terminación del contrato no fue ilegal y tampoco cabría el pago de una indemnización adicional a la establecida en el art 64 del CST, cuando el mismo termina sin justa causa salvo que se encuentre plenamente acreditado algún tipo de perjuicio por dicha terminación; que la Corte ha señalado que podría haber lugar al pago del daño moral siempre y cuando el mismo se encuentre acreditado en el proceso, rad 35795 de 2013, entre otras; situaciones que no fueron demostradas en el proceso.

Que finalmente, sobre la solicitud de condena a Positiva al pago de las incapacidades causadas desde el día 15 de nov al 31 de dic de 2016, que tal como lo manifiesta en los alegatos de conclusión de esa dda, el interrogatorio de parte del dte confesó que las mismas ya habían sido canceladas por Positiva y que dicho pago se realizó con posterioridad a la presentación de la demanda, lo cual es suficiente para absolver a Positiva de esas pretensiones; declarará probada la excepción de inexistencia de las obligaciones formulada por Positiva y la de pago formulada por Positiva. Sin Costas y agencias en derecho.

## **APELACIÓN**

### **PARTE DEMANDANTE**

“Interpone recurso de apelación, que está de acuerdo con la absolución de la ARL positiva, no así de Carbones del Cerrejón, y es frente a esta demandada que presenta el recurso; que conforme las pruebas aportadas se desprende que el dte para la fecha del despido contaba con un diagnóstico o enfermedad calificada de origen profesional como es la lumbalgia aguda por trauma indirecto m545, la cual mengua su condición física lo que lleva a concluir que para el momento del despido se encontraba en circunstancias de debilidad manifiesta, que por ello resulta derivado del beneficio de la estabilidad laboral reforzada.



**Proceso Ordinario Laboral 03 – 2017 – 0587 – 01 DTE: JUAN CARLOS PAYARES RIVERA DDO:  
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Que en la calificación que Positiva da a la pérdida de capacidad ocupacional realizada el 22 de diciembre de 2016 en el título 1 calificación de valoración de deficiencias se reporta como diagnóstico lumbago no especificado de origen profesional y como deficiencia del motivo de calificación, condiciones de salud, lumbalgia aguda por trauma indirecto; que todas las incapacidades encontradas al señor payares fueron por causa de la enfermedad profesional diagnosticada como M545, quien efectivamente recibió la atención necesaria para su patología, que sin embargo, aun después de haberse revisado el trámite correspondiente a la calificación de la pérdida de capacidad laboral, el cual arrojó como resultado 0%, nuevamente presenta quebrantos de salud en febrero de 2017 como se puede ver en la historia clínica donde acude por la misma patología M545 que es de origen profesional, circunstancia que generó incapacidad de tres días, por lo que una vez superada la misma se reintegra a su trabajo siendo sorprendido con una carta de despido; la demandada carbones del cerrejón manifestó que no existía una pérdida de capacidad laboral que ratifique una enfermedad grave, sin embargo debe tenerse en cuenta que se realizó una calificación sin terminar un proceso de rehabilitación, ya que posterior a esta calificación de 0% de la ARL el dte continuó yendo al médico. Que una vez despedido para el 2 de marzo de 2017 acudió a consulta médica por el diagnóstico que es calificado como de origen profesional, se ordena 10 sesiones de fisioterapia sedativa a nivel lumbar y de musculatura para el espinal y cinco sesiones de estiramiento, llevando a concluir que antes, durante y después del despido el dte continuaba con quebrantos de salud, y que por ello solicita se revoque la sentencia en todas sus partes ya que los argumentos del juez de primera instancia no se argumentan fundándose en el material probatorio.”

### **CONSIDERACIONES**

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece a: la solicitud para que el Tribunal acceda a la pretensión principal de ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y consecuencial reintegro del actor laboral y pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al advertir diferentes situaciones médicas del actor.

Sea lo primero advertir que, el punto de apelación corresponde al principal problema jurídico propuesto en primera instancia, esto es, si para el



momento de la desvinculación laboral del día 13 de febrero de 2017 el demandante era beneficiario de la garantía de estabilidad laboral en el marco de protección de la Ley 361 de 1997 debido a su estado de salud.

Importa recordar que, la desvinculación laboral del actor tuvo lugar el día 13 de febrero de 2017 de manera unilateral sin justa causa y con el reconocimiento de la correspondiente indemnización, situaciones que no se encuentran en controversia, pero sí, que, para dicha data según la tesis de la parte demandante, el trabajador se encontraba bajo condiciones médicas que impedían a la demandada Carbones del Cerrejón prescindir de sus servicios.

Tampoco puede perderse de vista que, en contra de la decisión unilateral del empleador, el actor interpuso acción de tutela, tramite del que conoció el Juzgado 56 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, autoridad judicial que, en primera instancia ordenó el reintegro del trabajador, no obstante, con posterioridad la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá mediante proveído del 27 de julio de 2017 declaró improcedente el amparo y consecuentemente revocó la orden de reintegro, y fue así como, mediante comunicación de fecha 13 de agosto de 2017 (fls.223 a 224) Carbones del Cerrejón le hace saber al actor la confirmación del despido del 13 de febrero de igual año.

Frente a las circunstancias particulares relacionadas con el estado de salud del actor para el día 13 de febrero de 2013, si bien, como lo afirma el recurrente y de acuerdo con la historia laboral del demandante y los demás medios documentales que dan cuenta del diagnóstico por lumbago no especificado de origen laboral, se deducen alteraciones en la salud del



actor como lumbalgia aguda por trauma indirecto (fls.69 a 72), lo cierto es que, del acervo probatorio en conjunto no es posible inferir que, para el momento del despido el desempeño del trabajador estuviera mermado debido a su salud, o que le impidiera el normal desarrollo de sus actividades laborales, y en tal orden de ideas, pueda presumirse que la finalización del vínculo laboral estuvo relacionada con sus padecimientos.

Ahora, y en gracia de discusión, tal como lo evidenció el a quo, fue el mismo demandante al momento de su declaración quien advirtió que, para el momento del despido no tenía ningún tipo de impedimento para realizar sus labores, y que se encontraba en controles de terapias advirtiendo así una mejoría en su salud; de todas maneras, para la misma época tampoco se observa la existencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral que estuviera dentro de un grado moderado, severo o profundo conforme lo prevé el Decreto 2463 de 2001, como lo ha considerado el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, ante la orfandad probatoria de la parte demandante respecto de la acreditación de circunstancias que ubicaran al actor en un terreno de desprotección para el momento del despido debido a su estado de salud con ocasión a una presunta debilidad manifiesta para ejercer su cargo en condiciones normales, es por lo que, no es posible dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

La norma última mencionada, señala lo siguiente:

*“En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea*



*claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo.*

*No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen a aclaren.*

Valga aclarar que, para la aplicación de la dicha disposición el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción laboral, ha sentado las reglas a tener en cuenta por los operadores judiciales en casos como el que hoy ocupa la atención de este Tribunal, entre otras, en la sentencia SL572-2021 de fecha 24 de febrero de 2021, con radicado 86728, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, al expresar en síntesis que, la estabilidad laboral reforzada procede para los trabajadores que padecen limitaciones en grado severo, moderado o profundo independiente del origen que tengan, y de un reconocimiento e identificación previas; que el principio de estabilidad laboral reforzada del artículo *ibidem*, no es aplicable a cualquier deterioro y/o afectación en la salud, o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, puesto que es necesario que se acredite la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, por lo menos, con el carácter de moderada, esto es, igual o superior a 15%.

En consecuencia, contrario a lo esgrimido por el apoderado del recurso, no es posible deducir un estado de debilidad del extrabajador simplemente por el hecho que el actor acuda al servicio médico por dolencias relacionadas con el diagnóstico de lumbago no especificado, puesto que si



bien, no se desconoce que dichas aflicciones pueden generar un deterioro en la salud del demandante, lo cierto es que, para efectos de la aplicación de la norma invocada, esto es, la Ley 361 de 1997, en el presente asunto no median elementos de juicio que permitan acceder a ello, e incluso, no puede desconocerse que la ARL Positiva determino un porcentaje de 0% de pérdida de capacidad laboral.

Con todo, queda claro que para el momento del despido del actor, por parte de este no se encontraba acreditada la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral con el carácter de moderada, esto es, igual o superior a 15%, por ende, no se demuestra su discapacidad en alguno de los grados avalados por el criterio jurisprudencial antes referido, y menos que, estuviera impedido para el normal desempeño de sus actividades laborales, y menos, que esta fuera la razón por la cual el empleador prescindió de los servicios del trabajador.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

**Sin costas** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:



**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

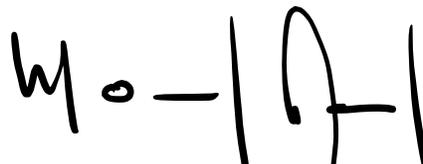
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado



**LORENZO TORRES RUSSY**  
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C  
SALA LABORAL**

**PROCESO ORDINARIO No.03-2018-0547-01**

**ASUNTO:** CONSULTA

**DEMANDANTE:** LUZ ADRIANA ARDILA CANTOR

**DEMANDADOS:** TRABAJADORES TEMPORALES S.A.S.

**MAGISTRADA PONENTE:**

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

En Grado Jurisdiccional de Consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el día 11 de marzo de 2021.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior, no se recibieron escritos de alegatos de conclusión por las partes.



## **ANTECEDENTES**

La señora Luz Adriana Ardila Cantor por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que sufrió una enfermedad laboral, con ocasión de la ejecución del contrato de trabajo suscrito con la demandada; como consecuencia solicita el reconocimiento y pago de perjuicios en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, cada uno en la suma de \$19.531.050; solicita el pago por el concepto que denomina “indemnización por enfermedad laboral”, la cual estima en \$178.904.418, y por último, que se conceda pensión por invalidez.

## **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, el día 28 de enero de 2013 suscribió contrato de trabajo por obra o labor determinada con la sociedad demandada para ejercer el cargo de operaria, como trabajadora en misión en las instalaciones de la empresa AVANT PLAST S.A., con un salario inicial de \$610.000 pagaderos quincenalmente; que cumplía las instrucciones y horario de la empresa AVANT PLAST S.A.; que durante la vigencia de la relación laboral tuvo dificultades de salud tanto físicas como mentales que le generaron incapacidades médicas que van desde el 01 de diciembre de 2015 y hasta diciembre de 2017; que conforme con certificación expedida por CAFESALUD EPS S.A., estuvo incapacitada laboralmente durante 551 días continuos.

Que, en su momento, tanto CAFESALUD como la AFP Porvenir S.A. reconocieron y pagaron el valor de las incapacidades temporales hasta el día 551, esto es, hasta el 08 de febrero de 2017, al igual que, determinaron que



la enfermedad denominada M754 SINDROME DE ABDUCCIÓN DOLOROSA DEL HOMBRO BILATERAL es de origen común, decisión que fue objeto de recursos, y que es por ello que, refiere que el 20 de abril de 2017 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y C/marca calificaron la “naturaleza” de la enfermedad, y agrega que dicho organismo no calificó el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral ni psicológicamente la enfermedad.

Por último, señala en los hechos que, el 04 de abril de 2018 suscribió contrato de trabajo por obra o labor determinada, e indica como objeto contractual *“la prestación de un servicio por estabilidad reforzada por atender el proceso de apelación de la pérdida de capacidad laboral de origen común ante Seguros de Vida ALFA S.A.”*

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La sociedad demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó lo relacionado con la suscripción inicial del contrato de trabajo por obra o labor el 28 de enero de 2013, que la trabajadora fue enviada a prestar los servicios a la empresa AVANT PLAST S.A., el origen común de la enfermedad y la suscripción de un nuevo contrato de trabajo el 04 de abril de 2018, y manifestó no constarle los demás. Como excepciones formuló de mérito las que denominó existencia de cláusula compromisoria que impide adelantar hasta su agotamiento el presente proceso; no existencia de enfermedades de tipo profesional; no conocimiento del empleador durante la vigencia del periodo de incapacidad sobre los diagnósticos médicos especiales emitidos a la trabajadora; no obligación de pago por la empleadora de indemnizaciones ni sanciones



distintas a las causadas en los contratos laborales, y falta de legitimación en la causa por pasiva.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada *TRABAJADORES TEMPORALES S.A.S.* de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante *LUZ ADRIANA CANTOR*, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS**, ni agencias en derecho en esta instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte demandante, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

**NOTIFÍQUESE**

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“El juez de instancia comienza con un llamado de atención a la parte actora, en el sentido que se intentó desbordar lo pretendido en el demanda y los hechos en que se



**Proceso Ordinario Laboral 03 – 2018 – 0547 – 01 DTE: LUZ ADRIANA ARDILA CANTOR DDO:  
TRABAJADORES TEMPORALES S.A.S.**

fundamentan, sobre los que se fijó el litigio y se surtió el trámite hasta el cierre del debate probatorio, la parte demandante modifica totalmente las pretensiones de la demanda e introduce hechos nuevos que no fueron controvertidos dentro de la oportunidad procesal correspondiente por la demandada; que la etapa de alegaciones no es una instancia para que las partes modifiquen los hechos ni las pretensiones de la demanda, tampoco es una etapa para que después que los apoderados después de leer lo mismo se dan cuenta donde estaba el error, y pretenden cambiar también los hechos y razones de la defensa. Que conforme el artículo 25 y 31 del CPT y de la SS, es la que guía el derrotero del proceso, y excepcionalmente el juez podría hacer uso de la facultad extra y ultra petita del artículo 51, siempre y cuando se hubieren debatido los hechos en el proceso lo que no ocurrió en este asunto, que se estaría enajenando del proceso al permitir a lo que pretende el apoderado de la parte actora, incluso las normas a aplicar serían totalmente diferentes, si se repasa mentalmente cual sería el respaldo de esas nuevas pretensiones y tendría que darse un trámite del 2463 del 2001, decreto del que no hubo la oportunidad de argumentar en este asunto, pero que les voy a repasar por cuestiones académicas y porque afortunadamente no señale más audiencias esta tarde y me puedo extender.

Cuando uno considera que su cliente tiene una pérdida de capacidad laboral inmediatamente recurre a este decreto y allí le explica como es el trámite, inicia la calificación, o bien la arl o la eps, quien muestra inconformidad contra este resultado recurre ante la junta regional de calificación y si aun así persiste un motivo de inconformidad que puede ser sobre el origen o sobre el porcentaje, puede recurrir el dictamen ante la Junta Nacional; y para no desbordar el debido proceso y el derecho de defensa dando introducción a unos hechos y pretensiones que jamás fueron discutidos y planteados en este asunto, lo que violaría el art 29 del CP, que si persiste inconformidad respecto de la decisión de la Junta Nacional la norma permite que recurra a un proceso laboral ordinario pero solo para confrontar el dictamen de la junta nacional, ahí hay una oportunidad que jamás fue planteado en este asunto; que así mismo, cuando se alegue, que no fue alegado, una estabilidad laboral reforzada de tipo constitucional, incluso tiene acciones constitucionales o acciones ordinarias, pero debe iniciarlas así, acudir a cualquiera de ellas, que en todo caso ello no fue discutido en este proceso, lo que cambiaría totalmente el trámite, lo cual conllevaría a generar una nulidad por violación del debido proceso, eso suele pasar porque los apoderados desatienden la lectura y en pleno proceso ordinario que se tramita como lo pidieron, piensa uno que ya leyeron y en medio del debate aparecen hablando por ejemplo de un acoso laboral, no distinguen que el proceso laboral se aleja del acoso laboral y no lo puede alegar en un proceso ordinario, que es un proceso especial ley 1010, eso suele ocurrir; en esos casos, por eso trato de explicar, que no se puede modificar las pretensiones de la demanda cuando ya ha cesado el debate probatorio en la etapa de alegatos de conclusión; que en ese orden de ideas las pretensiones se deben abordar las pretensiones tal como fueron planteadas y tramitadas en este proceso y recordemos

que en este asunto, lo que se afirma es la existencia de un contrato de trabajo por la realización de la obra o labor determinada que inició el 28 de enero de 2013 durante el cual la dte adquirió una enfermedad de carácter laboral y como consecuencia de ello pretende que se condene a la demandada al reconocimiento del lucro cesante y daño emergente, de igual manera la indemnización por enfermedad laboral y el otorgamiento de la pensión de invalidez; adujo la dte que prestó sus servicios desde la fecha señalada, que durante la ejecución del vínculo laboral cumplió con sus



**Proceso Ordinario Laboral 03 – 2018 – 0547 – 01 DTE: LUZ ADRIANA ARDILA CANTOR DDO:  
TRABAJADORES TEMPORALES S.A.S.**

actividades de manera personal y subordinada atendiendo las órdenes de su empleador y cumpliendo con el horario establecido, que durante la ejecución del contrato ha presentado diferentes dificultades físicas y mentales, entre otros hechos. Que la demandada refirió que la dte ha suscrito tres contratos de trabajo por obra o labor realizada, desde el 28 de enero de 2013, encontrándose vigente el contrato celebrado desde el año 2019, que durante los tres contratos de trabajo la dte ha estado incapacitada por causa de enfermedad común y que se le ha mantenido su vinculación para que continúe con su tratamiento médico en atención a la pérdida de capacidad laboral para dar cumplimiento a la CP, y las sentencias de la Corte Constitucional para trabajadores con discapacidad, y que así lo mantuvo nuevamente en los alegatos de conclusión el apoderado de la parte demandada. Que aunque la demanda no es clara, el juzgado entiende que la dte encamina sus pretensiones a través de lo que jurídicamente se conoce como culpa patronal, de todas maneras, no hay por donde abordarlo, de allí que la parte accionante pretende el reconocimiento y pago de la indemnización plena de perjuicios y la pensión de invalidez por la enfermedad que aduce es de carácter laboral, entonces uno al interpretar, dice uno que aunque no haya enfocado el juez debe mirar hacia donde iba y lo único que logra encontrar es el artículo 216 del CST para poder subsumir siquiera ese escrito de la demanda que apareció vago y ambiguo e indeterminado. Que la doctrina del precedente vertical de la Sala Laboral de la Corte, sentencia del 3 de octubre de 2018, radicado 67090, ha señalado que para que proceda la condena por indemnización plena de perjuicios con base en la culpa patronal, el dte no solo está llamado a demostrar que hubo culpa del empleador en el suceso sino un daño causado como consecuencia de ese accidente, como quiera que se imputa una responsabilidad subjetiva de naturaleza contractual resulta necesario demostrar la culpa del empleador, el daño o perjuicio ocasionado y el nexo de causalidad entre el primero y el segundo, así se señaló en esa sentencia. Entre el daño y la culpa. Que son tres los elementos que la demandante en este caso debió demostrar, el daño, la culpa del empleador y los perjuicios ocasionados, por la presunta enfermedad laboral que adquirió y por ello procede a analizar cada uno de ellos, sobre el -daño- con ocasión al trabajo, a folios 190 a 193 la parte actora aporta dictamen de fecha 03 de febrero de 2016 emitido por la eps cafesalud mediante el cual le diagnosticaron a la dte las patologías clasificándolas como de origen común, síndrome de abducción dolorosa del hombro bilateral y segundo otros trastornos del disco servical; a folios 37 a 40 aparece el dictamen del 20 de abril de 2017 de la Junta Regional de Calificación en la cual se diagnosticó a la dte las mismas patologías reiterando que las mismas son de origen común, que para ello la junta refirió que evidenció que labora turnos de 12 horas diarias durante las cuales realiza tareas de operar máquinas, 635 minutos durante los cuales realiza subtareas de vaciar materia prima en tolva, tomar el producto y ubicarlo en la base, cortar sobrante, vaciar producto terminado en la caja y ubicar los sobrantes en el molino, estas tareas implican movimientos de hombros y de columna cervical fuera de ángulos de confort dado por flexión y o abducción de hombro mayor de 60 grados y columna cervical con flexión mayor a 15 grados durante un tiempo de exposición de 10 meses insuficientes para desencadenar riesgo ocupacional, que ha laborado previamente en la misma empresa durante periodos cortos y no consecutivos de tiempo, lo que descarta riesgo ocupacional que por todo lo anterior se considera la patología síndrome de abducción dolorosa de hombro bilateral y otros trastornos de disco cervical de origen común porque existe factor de riesgo ocupacional pero el tiempo de exposición es insuficiente para desencadenar las patologías en mención.



**Proceso Ordinario Laboral 03 – 2018 – 0547 – 01 DTE: LUZ ADRIANA ARDILA CANTOR DDO:  
TRABAJADORES TEMPORALES S.A.S.**

Que a folios 175 a 186 el dictamen del 1 de nov de 2017 proferido por la Junta Nacional reiteró la decisión en el análisis del puesto de trabajo de la dte en cada una de las funciones que debía ejercer y la forma en que desarrollaba cada una, que tuvo en cuenta los turnos realizados por la dte de 8 y 12 horas, y otros exámenes practicados a la dte. Que la culpa suficientemente probada del empleador y el nexo de causalidad entre el daño y la culpa, que estos dos elementos dependen de la prosperidad del primero, lo que conlleva a que se niegue la pretensión en virtud de la cual la parte actora busca la declaratoria de una enfermedad de carácter laboral y la correspondiente indemnización por enfermedad laboral que solicita en la demanda y la indemnización plena de perjuicios, lucro cesante y daño emergente.

Que con esta decisión no se esta desconociendo el estado actual de la demandante, quien para la fecha en que se estaba tramitando este proceso se encontraba vinculada con la empresa vinculada en atención de la garantía de estabilidad laboral reforzada por salud como se verifica con los escritos de demanda y de contestación y de los interrogatorios de parte, y los contratos obrantes a folios 547 a 556.

Que respecto del daño emergente del artículo 1614 del Código Civil, es la pérdida ante el incumplimiento de la obligación, como elementos patrimoniales, gastos en que se incurrió o que se generen en el futuro, que si bien la dte estima el daño emergente lo estima en \$19.531.050, lo cierto es que la pretensión fue planteada como consecuencia de una supuesta enfermedad de tipo laboral y como ello no se acreditó no es posible impartir condena, que en todo caso el monto indicado tampoco se encuentra probado en el expediente, por lo que no se entiende de donde surge el valor relacionado en la demanda, lo que conlleva a la absolución por este concepto. El lucro cesante es lo que se dejó de percibir por el daño el cual comprende el pasado y el futuro, siendo el primero el que se causa a partir de la finalización del contrato de trabajo hasta la fecha de la sentencia, y por el segundo desde el día en que se profiera el fallo hasta que se cumpla la expectativa de vida probable del actor. Que tampoco hay lugar a la condena por este concepto, la dte para la fecha de la presentación y contestación de la demanda aun continuaba trabajando con la demandada, quien venia cancelando las obligaciones que surgen con ocasión de ese contrato de trabajo, tan es así que la dte no solicitó en el escrito de la demanda suma alguna de dinero relacionada con las prestaciones sociales, salarios, o cualquier otro concepto propio del vínculo laboral, además que tampoco se probó el origen que daba lugar al reclamo de ese lucro cesante.

Por último, la dte solicita se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, que conforme el artículo 48 de la CP, que la norma aplicable para la fecha de estructuración de la invalidez el 1 de nov de 2017 es el artículo 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, que la dte no cumple con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y que por lo tanto no hay lugar al estudio de los demás requisitos, que el SGSS subrogó la obligación para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en las administradoras de fondos de pensiones y que por lo tanto la solicitud inicial se debió adelantar ante ellas y solo en el evento en que la misma sea negada debe acudirse a la jurisdicción ordinaria para que decida de fondo sobre el derecho pretendido, en este caso ni siquiera se acredita tal solicitud previa ante la entidad correspondiente y tampoco se vinculó a ninguna administradora de pensiones al proceso razón por la cual se despachará desfavorablemente. Excepciones no hay lugar a pronunciamiento ante el resultado. Sin costas o agencias en derecho.



## **CONSIDERACIONES**

A efectos de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la demandante, se tiene que lo pretendido en la demanda corresponde principalmente para que, se declare que la demandante padece enfermedad laboral, como consecuencia de la ejecución del contrato de trabajo suscrito con la demandada; subsidiariamente se solicita el pago por los conceptos de lucro cesante y daño emergente, indemnización respecto de lo que denominó indemnización por enfermedad laboral, al mismo tiempo que se solicitó de la pensión de invalidez.

Sea lo primero advertir, que la Sala acompaña la consideración inicial del a quo que evidenció ante la confusión en el planteamiento de las peticiones de la demanda, y que por ello, optó por dirigir el discurso argumentativo de la sentencia conforme el artículo 216 del CST, al reunir esa norma, varias de las pretensiones elevadas, que entiende la Sala, obedecen a la indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, respecto del presunto acaecimiento de una enfermedad laboral de la demandante.

Es así que, el artículo 216 del CST señala lo siguiente: *“Cuando exista culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad laboral, esta obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios...”*, y es por lo que, desde ya, debe advertirse que, la indemnización plena de perjuicios consagrada en la norma antes citada se torna improcedente cuando no está demostrada la ocurrencia del accidente de trabajo, o que la enfermedad laboral devino



por culpa del empleador (SL4655-2021), enfermedad de origen laboral o culpa del empleador que no se observa se haya demostrado en este proceso, y por ello es que no puede abordarse la consulta de la decisión más allá de lo que se encuentra planteado en el escrito de la demanda, y lo acontecido procesalmente.

Ahora, en aras de integrar las peticiones de la demanda, es pertinente referirse a lo que tiene que ver con la responsabilidad en materia de riesgos laborales, y que se determina por el tipo de indemnización y por quien está obligado a confluir en el reconocimiento y pago; así, la responsabilidad objetiva corresponde al Sistema de Seguridad Social Integral, a cargo, en el caso de las contingencias originadas en el trabajo, de las administradoras de riesgos laborales; y por otra parte, la responsabilidad subjetiva, corresponde a la que está llamado el empleador a asumir previa demostración suficiente de su culpa en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad laboral, y que trae como consecuencia el reconocimiento de la denominada indemnización plena y ordinaria de perjuicios establecida en el artículo 216 del CST.

En cuanto a la primera clase de responsabilidad, esto es, la de carácter objetiva, en el presente caso, comprende la pretensión dirigida por la pensión de invalidez, lo cual llama fuertemente la atención, que el apoderado de la demanda haya dirigido esa petición siendo la única demandada la empresa encartada, es decir, que, podría inferirse que dicha prestación pensional se espera por parte del proponente, que ante su prosperidad sea esa persona jurídica la llamada a su reconocimiento, circunstancia que se torna jurídicamente imposible y nada más alejada del Sistema de Riesgos Laborales en la manera como fue concebida por el



legislador, además que, recuérdese que al proceso no fue llamada ninguna administradora del Sistema de Seguridad Social Integral.

Por lo anterior, es que resulta oportuna, acertada y necesaria la explicación con matices académicos que el juez de instancia realizó para así concluir la improcedencia de la pretensión por la pensión de invalidez, petición que además de estar desprovista del componente fáctico objeto de comprobación, no se formula de manera razonada y debidamente fundamentada, puesto que, se echa de menos, que en materia de riesgos laborales la pensión debe tener origen precisamente en el trabajo, de todas maneras, se observa que, de manera subsidiaria simplemente se espera su otorgamiento.

En todo caso, en el presente asunto brillan por su ausencia los supuestos fácticos para el otorgamiento de la pensión de invalidez bien independientemente de su origen, toda vez que, sea de origen común o laboral, de todas maneras, en ambos casos, debe acreditarse la pérdida de capacidad laboral en proporción igual o superior a 50%, circunstancia que no se acredita en el proceso.

Por otro lado, de conformidad con el dictamen tanto de la Junta Regional de Calificación de la Invalidez de Bogotá y C/marca (fls.196 a 199), como el proferido por la Junta Nacional (fls.177 a 182), se tiene que el diagnóstico que motivó la calificación se encuentra relacionados con trastornos del disco cervical y que se precisó como *síndrome de abducción dolorosa del hombro*; a folio 183 obra comunicación suscrita por Seguros de Vida Alfa y dirigida a la demandante con fecha 28 de diciembre de 2017, por medio de la cual, se informa a la afiliada a la AFP Porvenir S.A., la determinación de



una pérdida de la capacidad laboral en 24.12% de origen común, con fecha de estructuración del 1 de noviembre de 2017, origen que fue confirmado por las juntas de calificación.

Así las cosas, ante la falta de precisión y fundamento de las pretensiones de la demanda, entiende la Sala que, la petición dirigida por “*indemnización por enfermedad laboral*” obedece a la regulada en el artículo 5° de la Ley 776 de 2002, esto es, la indemnización por incapacidad permanente parcial, prestación propia del Sistema de Riesgos Laborales y que solo procede ante el acaecimiento de un accidente de trabajo o enfermedad laboral, con una disminución definitiva igual o superior al 5% e inferior al 50%, es decir, que el afiliado sufra una disminución en su capacidad laboral parcial pero definitiva, y en todo caso, no permite acceder a la pensión de invalidez.

Conforme lo anterior, en el caso de la actora no obra prueba alguna de una disminución de la capacidad laboral como consecuencia de una enfermedad de origen laboral, que abra paso a un posible reconocimiento prestacional por parte del Sistema de Riesgos Laborales, de todas maneras, ninguna entidad o administradora de este, fue convocada al litigio.

Así las cosas, no arriba a una conclusión distinta a la que llegó el a quo, y por tanto, la decisión se confirmará.

**Sin costas** en esta instancia.



En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado



  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C  
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 03 2019 00577 01  
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA  
DEMANDANTE: BLANCA DORIS OSORIO LEAL  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

**A U D I E N C I A   D E   J U Z G A M I E N T O**

**MAGISTRADA PONENTE  
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

Al conocer de la sentencia de fecha 28 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las apoderadas de las demandas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

**ALEGATOS**

Una vez corrido el traslado de ley, los apoderados de la parte actora y demandada PORVENIR S.A., procedieron a presentar sus alegatos de instancia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 577 01 Dte: BLANCA DORIS OSORIO LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO****ANTECEDENTES**

Solicitó la parte actora que se declare la nulidad de la afiliación de la señora BLANCA DORIS OSORIO LEAL realizada al Fondo de Pensiones y cesantías BBVA – hoy PORVENIR S.A. Que Qué como consecuencia de lo anterior se condene a la AFP demandada trasladar todos los fondos que reposan en su cuenta en la AFP PORVENIR y con destino a COLPENSIONES. Que se condene a la demandada COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez acorde a la ley 100 de 1.993, junto con el retroactivo correspondiente y los intereses moratorios. (fl.-9-10)

**HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 01 de abril de 1.975, realizando cotizaciones al antiguo ISS hasta el 31 de marzo de 2001.
- Que el día 31 de marzo de 2001, un asesor del Fondo HORIZONTE del BBVA, le dio una asesoría, indicándole que dicho fondo le era más beneficioso para ella, pero lo único que le indicó era que si llegaba a tener un hijo, el quedaba pensionado, violando el deber de información, y los principios de la buena fe y transparencia, toda vez que nunca le dieron a conocer cuanto era el capital mínimo para acceder a la pensión a cargo de la AFP.
- Que teniendo en cuenta lo anterior, y bajo la insistencia del asesor indicando que le era más beneficioso, llenó el formulario de afiliación.
- Que dicho formulario no estuvo acompañado de documentación adicional, como por ejemplo una proyección de pensión o los verdaderos beneficios.
- Que ha solicitado en varias oportunidades el traslado de sus fondos a COLPENSIONES, pero el mismo le fue negado. (fl.- 3-5)



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 577 01 Dte: BLANCA DORIS OSORIO LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó el enlistado en el numeral 2, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, procedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación al reconocimiento y pago de una pensión, improcedencia del reconocimiento y pago de intereses moratorios e indexación, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el conocimiento, buena fe, prescripción y presunción de legalidad de los actos legislativos. (fl. 51-73).

Por su parte, la demanda **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, señaló que no son ciertos o que no le contestan. Propuso las excepciones prescripción, de buena fe, inexistencia de la obligación y compensación. (fl. Cd. 75 - 1).

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

En primer lugar, en audiencia de fecha 28 de enero del año 2021, se declaró probada la excepción previa denominada falta de agotamiento de la reclamación administrativa, propuesta por COLPENSIONES, respecto de la pretensión encaminada al reconocimiento de la pensión de vejez.

Una vez concluido el trámite procesa, el Juzgado de Primera instancia declaró:

**“Primero:** Declarar la ineficacia del traslado de la demandante BLANCA DORIS OSORIO LEGAL del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por PORVENIR SA realizado el 6 de marzo del 2001, con efectividad a partir del 1 de mayo de la misma anualidad, para entender vinculada a la demandante en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por pensiones todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 577 01 Dte: BLANCA DORIS OSORIO LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*SEGUNDO* Condenar a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante BLANCA DORIS OSORIO LEAL por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haber realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, sin descuento algo, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, conforme a la parte motiva de esta providencia.

*TERCERO:* Ordenar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, a aceptar el traslado de los dineros que efectúe porvenir S.A., para que proceda a activar la filiación de la demandante BLANCA DORIS OSORIO LEAL como si nunca se hubiese trasladado el régimen de prima media con prestación definida y Asimismo actualizar la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

*CUARTO* declarar no probada la excepción de prescripción por puesta por las demandas, conforme a la parte motiva.

*QUINTO:* Condenar en costas, incluidas las agencias en derecho a las demandadas PORVENIR, y COLPENSIONES, las que se tasa en la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas”.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que revisados en su conjunto tanto el escrito de la demanda como los escritos de contestación de esa demanda se puede extraer que lo discutido en el presente juicio radica en determinar si se presentó una ineficacia en el momento del traslado de la demandante al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 31 de marzo de 2021, la cual consiste en que se la hicieron inducir en error o engaño en razón a que no se suministra una información completa sobre las ventajas y desventajas que acarrearía el cambio de régimen a otro.

Luego de realizar un recuento del acervo probatorio señaló que en la fecha del traslado ya existían normas que obligaban a los fondos administradoras de pensiones a brindar una información completa, veraz y oportuna, en el momento de la promoción de la afiliación, así lo dejó establecido el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, cuando consagra obligaciones de los promotores, los promotores que emplea en la sociedad administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente amplia y



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 577 01 Dte: BLANCA DORIS OSORIO  
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho al afiliado, de suerte que al revisar los medios de prueba no se logró establecer cuál fue la información que se le brindó a la demandante, pese a que, la demandada manifiesta que se les capacitaba a sus promotores comerciales para brindar esa información completa acerca de uno y otro régimen, lo cierto es que no se logró establecer fehacientemente y con medios de prueba cuál fue esa información que se le brindó tanto un régimen de un régimen como del otro.

Igualmente indicó que tampoco se logró establecer cuál fue la capacitación que se le brindó exactamente al promotor comercial que abordó a la aquí demandante, no es suficiente con que lo afirme, sino que debe probarlo recuérdese que en su interrogatorio no manifiesta que se les brindaba y se les daba una capacitación específica de sus promotores comerciales, sobre las condiciones de uno y otro régimen de suerte que ni siquiera eso fue aportado al expediente.

Frente a la carga de la prueba e interpretando las normas vigentes para la época, se vino pronunciando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente lo hizo el 9 de septiembre del año 2008, entre el radicado 31.989 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas, allí claramente preciso frente a la carga de la prueba en esas condiciones el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino de los silencios que cuando el profesional que ha de tener la iniciativa proporcional todo aquello que resulta relevante para la toma de decisiones que se persiga, de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor, a la entidad demandada y si párrafo específico que habla de la carga de la prueba fue nuevamente retomada por la doctrina del presidente vertical emanada del órgano vértice máximo de esta jurisdicción dentro del radicado No 543814 del 14 de Noviembre del año 2018, con ponencia del Honorable Magistrado Doctor Gerardo Botero Zuluaga, pero allí adicionalmente específico en concreto qué es lo que se debe haber informado y como debe probarse, allí concluyó la alta Corporación de manera que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 577 01 Dte: BLANCA DORIS OSORIO  
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que primero la insuficiencia de la información general, segundo no será suficiente la simple suscripción de formulario si no el cotejo con la información brindada la cual debe corresponder a la realidad de manera que aquí no hay forma de cotejar con la información brindada porque se echa de menos cuál fue la información que se le brindó a la demandante en el momento del traslado, y tercero términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a la administradoras de fondo de pensiones, a llegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, y no sea llegó ningún dato de acuerdo con el análisis probatorio que ya tuvo oportunidad de hacer este operador judicial, de igual forma tampoco es suficiente la suscripción voluntaria del formulario tal y como lo tiene establecido la misma doctrina del precedente vertical y específicamente lo estudio dentro del radicado 68.852 del 3 de abril del año que transcurre, con ponencia de la Honorable Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en donde indico la Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que la afirmación consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como la afiliación se hace libre y voluntaria, se ha efectuado libre y espontánea sin presiones otro tipo de leyenda de este tipo va a llover acciones no son suficientes para dar por demostrar el deber de información, por lo que declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora en los términos arriba señalados.

**DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada PORVENIR S.A., señaló:

*“De manera respetuosa, presento recurso de apelación, para que el Tribunal, el H. Tribunal de Bogotá revoque en todas las partes la sentencia proferida y que absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda en segunda instancia con base en los siguientes razones: no le asiste razón al fallador de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado en base a la falta de información cuando no le era obligatorio a mi representada brindar la misma a la demandante, teniendo en cuenta la circular número 19 de 1998 emitida por la superintendencia financiera de Colombia la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera no solo su voluntad*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 577 01 Dte: BLANCA DORIS OSORIO  
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*pero del diligenciamiento del correspondiente formulario sino de también de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular tal como ocurrió en el presente asunto, de manera que mi representada cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo, y la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual administrado por mí representa ha sido una decisión voluntaria e informada, que sin lugar a dudas significa una ratificación en el tiempo, tampoco es razonable deducir que la ineficacia del traslado sea por la falta de consentimiento por vicios en el mismo, toda vez que Horizonte hoy PORVENIR a la demandante, le brinda la demandante una asesoría oportuna En dónde le informo ampliamente sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del régimen de ahorro individual y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en el formulario suscrito por la demandante en el 2001, finalmente el traslado del régimen pensional es sin lugar a dudas un acto en el que en el hipotético caso de que la accionada hubiese omitido suministrar información o que lo hubiera hecho en forma incompleta, sin mayor esfuerzo se debe concluir que se presenta una nulidad relativa conforme lo dispone el artículo 1741 del código civil irregularidad que legalmente está sometida a la regla general de la prescripción señalada en el artículo 1740 ibidem, esto es durante 4 años de manera entonces considero que los supuestos sobre los cuales se condena mi representada no se encuentran acreditados y en consecuencia solicitó de manera respetuosa al honorable tribunal revocar en su totalidad la condena impuesta mi representa en este proceso y en consecuencia absuelva de todas y cada una de las pretensiones de esta demanda”*

Finalmente la apoderada de COLPENSIONES, indicó:

*“le solicito a los H. Magistrados del tribunal, nuevamente de manera respetuosa, absolver a mi representada Colpensiones en razón a los siguientes consideraciones: en primer lugar tal y como acostumbra decir esta apoderada, de manera muy respetuosa se aparta de las razones esbozadas por el Juez al momento de proferir la decisión objeto del presente recurso de apelación, en primer lugar por cuanto esta apoderada dista con relación al análisis que se efectuó en cuanto al interrogatorio de parte, rendido por la demandante, es importante señalar que la demandante en este interrogatorio se expresa bajo palabras como no recordar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en la que efectuaron la asesoría, así mismo cuando se le pregunta Administrado por el entonces ISS, ella manifiesta que estaba tan ocupada con otras cosas, que descuidó la consulta con respecto de su situación pensional, inclusive ella misma dice que debió haberlo efectuado y que fue un error de ella, no se puede llegar a la conclusión de que hubo información, más aún cuando la demandante admite haber sido negligente frente a consultar las mismas circunstancias y en ningún momento señala que no le fuera dada la asesoría en el año 200. También es importante poner de presente y le solicito a los H. Magistrados, que esta apoderada conoce las sentencias, en relación con el principio de sostenibilidad financiera, inclusive lo señalé en mis*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 577 01 Dte: BLANCA DORIS OSORIO LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*alegatos no tienen los mismos fundamentos fácticos que estamos llevando, que estamos adelantando, no significa entonces que .los debemos desechar, más aún cuando todos los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia han estado encaminados a conceder las ineficacias preservando los derechos de los afiliados al sistema de seguridad social pero no se ha hecho un análisis o no se han detenido a determinar que afectación traería económicamente hablando del régimen que administra mi representada COLPENSIONES, es por eso que se utilizan las sentencias del año 2004 y 2010, porque en ellas se hace un análisis sobre la afectación al principio de sostenibilidad financiera que se busca se tenga en cuenta al momento de resolver este recurso de apelación, lo anterior, por cuanto, efectivamente en estas sentencias, si bien, reitero son fundamentos fácticos diferentes, busca preservar y evitar la descapitalización del fondo común, más aún cuando su sistema financiero es diferente a lo que se venía trabajando en el régimen de ahorro individual con solidaridad, acá no tenemos una cuenta de ahorro individual sino común, por eso cualquier afectación de este fondo genera una afectación, valga la redundancia, por eso es que soy tan enfática o en general, los apoderados que asistimos a esta clase de procesos de ineficacia la necesidad de empezar a estudiar la afectación, no es por mero capricho o mera liberalidad, más aun cuando esta clase de procesos es para que mi representada COLPENSIONES efectúe reconocimientos pensionales y la misma demandante me da la razón cuando no indica que no está de acuerdo con el valor de la mesada pensional, en primer lugar para el 2001 el otrora ISS no tuvo injerencia ni participó en el negocio que hoy se está demandando y en segundo lugar porque no resultaría entonces premiarle la negligencia cuando la demandante es un consumidor financiero que tiene obligaciones, que en este caso ella incumplió, argumento ante el Tribunal, en esta oportunidad que se me presenta.”*

**CONSIDERACIONES**

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, y teniendo en cuenta los recursos interpuestos por las demandas, procede la Sala al estudio de la nulidad del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora BLANCA DORIS OSORIO LEAL, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 577 01 Dte: BLANCA DORIS OSORIO  
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

*“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 577 01 Dte: BLANCA DORIS OSORIO  
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.*

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, y contrario a lo indicado por la apoderada de la demandada COLPENSIONES, en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 577 01 Dte: BLANCA DORIS OSORIO  
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Finalmente, y en cuanto a la afectación de la que habla la apoderada de la demandada COLPENSIONES, la cual, no esta demostrada en el expediente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

**Sin costas** en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 577 01 Dte: BLANCA DORIS OSORIO  
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**MAGISTRADA**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 577 01 Dte: BLANCA DORIS OSORIO  
LEAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

  
**LORENZO TORRES RUSSY  
MAGISTRADO .**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C  
SALA LABORAL**

**PROCESO ORDINARIO No.** 04-2019-0849-01

**ASUNTO:** CONSULTA

**DEMANDANTE:** LUZ MARINA PANQUEVA MEJIA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y  
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

**MAGISTRADA PONENTE:**

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

En Grado Jurisdiccional de Consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el día 25 de enero de 2021.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior las entidades demandadas allegaron escrito de alegatos de conclusión, no así la parte



actora, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta.

### **ANTECEDENTES**

La señora Luz Marina Panqueva Mejía por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que tiene derecho a la devolución y pago de aportes; que como consecuencia de lo anterior, se ORDENE a las demandadas a emitir el bono pensional a favor de la AFP Porvenir S.A., y específicamente, a esta última, a reconocer y pagar los aportes realizados conforme la Ley 100 de 1993, y que se ordene a las demandadas que las sumas a recibir sean indexadas, por último, que se condene en costas del proceso a las convocadas.

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, laboró al servicio de varias empresas privadas, que cotizó a los dos regímenes pensionales, y que de manera alterna prestó sus servicios al Magisterio; que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de Invalidez mediante la Resolución N°2238 del 31 de marzo de 2017; que petitionó a Colpensiones el 12 de febrero del 2019 para que trasladara los aportes del sector privado a la AFP Porvenir S.A., y que la respuesta que recibió la remitió al fondo privado para éste emitiera el bono pensional, entidad que también negó la devolución de los aportes realizados a Colpensiones. Que con fecha 15 de febrero de 2019 solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la certificación de bono pensional y la aprobación del mismo, petición que también fue negada.



## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos no le consta lo relacionado con el servicio prestado por la demandante a empleadores de naturaleza privada, y aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de la obligación y buena fe.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda con oposición a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó lo relacionado con el reconocimiento pensional de invalidez y el trámite de reclamación ante ese Ministerio. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación; excluyencia (sic) de los regímenes pensionales de ley 100; aplicación del artículo 17 de la Ley 549 de 1999; prohibición constitucional para recibir una pensión pública y un título de deuda pública; aplicación del artículo 11 del Decreto 3995 de 2008 y buena fe.

La AFP Porvenir S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, y manifestó no oponerse ni allanarse a una eventual orden recibir el valor del bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda para que sea pagado a la demandante; en cuanto a los hechos manifestó no constarle los mismos y aceptó lo relacionado con la reclamación y respuesta ante esa entidad. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A.; inexistencia de aportes en la cuenta de ahorro cargo de la actora; cumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP Porvenir; falta de legitimación por pasiva; cobro de lo no debido; buena



fe; imposibilidad legal para reconocer un derecho, cumplimiento del deber legal y prescripción.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas por la demandante Luz Marina Panqueva Mejía.

**SEGUNDO:** Por las resultas del proceso el despacho se abstiene de estudiar las excepciones presentadas.

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

**CUARTO:** Se concede el grado jurisdiccional de consulta en favor de la actora en caso de no ser apelada la sentencia.

*Por su pronunciamiento oral, esta decisión se notifica en ESTRADOS.*

*Sin recursos*

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“El problema jurídico a resolver consiste en determinar si se cumplen las condiciones exigidas en la ley para acceder a la devolución de aportes y a la emisión del bono pensional; sobre la devolución de saldos, conforme el art 66 de la Ley 100 de 1993, son tres los requisitos exigidos



**Proceso Ordinario Laboral 04 – 2019 – 0849 – 01 DTE: LUZ MARINA PANQUEVA MEJIA DDO:  
COLPENSIONES Y OTROS**

para que proceda la devolución de saldos, 1. Cumplir la edad requerida, que para el caso de las mujeres es de 57 años, 2. No cotizar el número mínimo de semanas exigidas para la pensión, esto es, 1150 semanas y 3. Que no hayan alcanzado a completar el necesario para financiar una pensión por lo menos al salario mínimo.

Que la demandante cumple con el primer requisito de edad de 57 años, los que se cumplieron el 3 de septiembre de 2016; que respecto de las semanas cotizadas según la historia laboral no cuenta con un número mínimo de semanas exigidas para la pensión que son 1150 conforme el art 65 de la Ley 100 de 1993; que a folios 30 a 32 la demandante cuenta con una pensión de invalidez reconocida por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio hoy Fiduciaria la Previsora S.A., del cual se observa que fue nombrada como docente de propiedad desde el 12 de julio de 2010 según la Resolución 1411 del 9 de junio de 2010 y 1507 del 13 de mayo de 2011, que la fecha de estructuración es del 5 de febrero de 2016 por lo que el 31 de marzo de 2017 se reconoció dicha prestación.

Conforme el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, la actora manifiesta que trabajó con anterioridad a la vinculación al magisterio con entidades privadas por lo que considera la devolución de aportes y el bono pensional, pero, la actora estuvo vinculada desde el 2001 hasta el año 2010 al fondo de pensiones porvenir al que se trasladó del ISS, que porvenir realizó una devolución de aportes, ante la negación del derecho pensional de vejez en su momento, la devolución se realizó el 13 de diciembre de 2007 fecha en la que cotizó a provenir según folios 133 a 138; que la demandante confesó que es beneficiaria de una pensión de invalidez, que recibió las sumas de dinero por concepto de devolución de saldos por parte de Porvenir; que la dte se trasladó al rais en el año 2001, que Colpensiones trasladó los dineros cotizados por la actora a Porvenir entre los años 1980 a 1997, situación aceptada por Colpensiones y Porvenir.

Que para la emisión del bono pensional se requiere la autorización de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda, que la dte tiene un derecho adquirido de pensión de invalidez otorgada por el FOMAG, pensión que es financiada por el Estado según el art 2 de la Ley 91 de 1959, que la pensión que disfruta la demandante es financiada con dineros públicos con cargo al tesoro público.

Que frente a los bonos pensionales conforme el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, la emisión esta a cargo de la Nación; que el art 128 de la CP establece la prohibición a no recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, por lo que concluye que resulta incompatible la asignación del bono pensional a título de deuda pública, el cual liquidado conforme la historia laboral del afiliado y las cotizaciones realizadas por los empleadores, sigue siendo financiado con recursos públicos y con la pensión de invalidez otorgada a la accionante es financiada con los recursos del Estado.

Que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 la interpretación los docentes que se afilien con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley el 26 de junio de 2003, tendrán los derechos pensionales del régimen de prima media, que es excluyente al rais; que en la resolución de reconocimiento de pensión de invalidez se observa que la misma se otorga conforme los tiempos cotizados en el régimen exceptuado de los maestros, por lo que los tiempos cotizados al ISS por la actora podrán ser trasladados al FOMAG para financiar la pensión de invalidez conforme el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y el art 2 del Decreto 2527 del 2000.



**Proceso Ordinario Laboral 04 – 2019 – 0849 – 01 DTE: LUZ MARINA PANQUEVA MEJIA DDO:  
COLPENSIONES Y OTROS**

Que la demandante reúne los requisitos para acceder a la devolución de aportes, lo cual se llevó a cabo por parte de Porvenir; que frente al bono pensional no se accede, ya que percibe una prestación a cargo del Estado, la pensión de invalidez que es financiada con recursos públicos y según la naturaleza del bono pensional el mismo se da como deuda pública por lo que según el art 128 de la CP no habrá lugar a recibir dicha prestación motivo por el cual se negará. Costas a cargo de la parte actora.

**CONSIDERACIONES**

La Sala resolverá el grado de jurisdicción de consulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

En primer lugar, se tiene que la demandante se propuso con el presente trámite ordinario que se ordenara a su favor la devolución de saldos conforme lo prevé el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, junto con el pago por concepto del bono pensional, teniendo en cuenta que, no hay discusión sobre el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que realizó la afiliada al de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con fecha 30 de enero de 2001, tal como fue aceptado por la AFP PORVENIR S.A. en su escrito de contestación (fl.97), y del formulario de afiliación de igual data visible a folio 107 del plenario.

De igual manera, se encuentra aceptado por la AFP PORVENIR S.A., que la demandante realizó cotizaciones o aportes pensionales a esa entidad entre el mes de enero del año 2001 hasta abril de 2010, y que estos fueron devueltos, como puede corroborarse a folio 115 del plenario, en la comunicación del 14 de diciembre de 2017 dirigida a la actora por parte de la Dirección de Servicio al Pensionado de dicho fondo privado, oportunidad en la que se indicó a la afiliada lo siguiente:



*“En esta oportunidad nos complace comunicarle que su solicitud de devolución de saldos ha sido APROBADA por un valor de \$36.192.314, el cual incluye los aportes que realizó en pensiones obligatorias, más los rendimientos generados.*

*Este pago fue abonado a la cuenta bancaria informada por usted.”*

Conforme lo anterior, la decisión de instancia en el sentido de absolver a PORVENIR S.A a efectuar la devolución de saldos a favor de la actora fue acertada, puesto que, como quedó visto, la entidad procedió a ello, y, por consiguiente, tal situación resulta suficiente para confirmar lo así considerado.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con lo pertinente a la redención, emisión y pago del bono pensional que se reclama en la demanda; para tales efectos, debe mencionarse que, conforme la contestación de la demanda por parte de Colpensiones (fls.50 a 56), y con el reporte de semanas allegado con la misma (fls.62 a 66), la demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 10 de abril de 1995, y realizó cotizaciones ante el extinto Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy Colpensiones, entre el 30 de septiembre de 1980 hasta el 31 de julio de 1997, aportes que no se advierten que provengan de empleadores de naturaleza pública, como son la sociedad SUDELEC S.A., y ESPINOSA BELTRAN PED.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, la demandante solicitó la devolución de saldos, incluidos los aportes efectuados al ISS con anterioridad a la fecha de su traslado al RAIS, los que se concretan con la expedición del bono pensional tipo A, a cargo de la Nación, en razón a que, como quedó explicado, la señora Luz Marina Panqueva se trasladó de Régimen Pensional,



validez de traslado sobre el cual no procede referirse al no estar en discusión, y dicho sea de paso, las controversias referentes a la expedición de bonos pensionales, no implican efectuar un estudio de la eficacia del traslado de régimen pensional, a menos que dicha cuestión haya sido discutida durante el trámite procesal, circunstancia que se reitera, no ocurre en este caso.

Previo a descender en el análisis de la emisión, redención y pago del bono pensional, es necesario recordar que, mediante Resolución No 2238 del 31 de marzo de 2017 (fls.30 y 31) proferida por la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito (Bogotá), a la actora le fue reconocida, en su calidad de docente, pensión de invalidez conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993, en cuantía inicial de \$998.784 a partir del 25 de abril del año 2017, y teniendo en cuenta la liquidación que sobre la misma realizó la Fiduciaria la Previsora S.A., entidad encargada del pago de la prestación.

Es así como, Fiduprevisora mediante comunicación del 6 de diciembre de 2018 (fl.962) dirigida a la demandante, en lo que interesa a la decisión le informa lo siguiente:

“

(...)

*1.- Verificada la base de datos, se registra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en vigencia del decreto 3752/2003 como Distrital – SGP nombrada por Decreto 1411/09 junio 2010 con posesión a partir del 12 julio 2010, vinculado a la planta de personal docente del Distrito de Bogotá.*



*2.- Es de aclarar que en el trámite de su pensión de invalidez del régimen de Ley 100 se incluyó solo el periodo laborado ante la Secretaría de Educación de Bogotá a partir del 12 de julio de 2010 al 05 de febrero de 2016 fecha en la cual se determinó la pérdida de su capacidad laboral para laborar y adquirió su status de pensionada en un total de 2.004 días el cual fue cotizado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.”*

*(...)*

Lo antes citado, permite establecer con claridad que, los aportes que la actora realizó en su momento al Régimen de Prima Media ante el ISS, en nada fueron comprometidos en el reconocimiento pensional de invalidez por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá, en su calidad de afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculada en propiedad a la planta de personal docente del Distrito a partir del 12 de julio de 2010, puesto que, es la misma Fiduprevisora la que aclara que, para el trámite de la pensión de invalidez solo se incluyó el periodo laborado ante esa secretaría entre el 12 de julio de 2010 hasta el día 5 de febrero de 2016, por lo que, las cotizaciones efectuadas al ISS provenientes de empleadores de derecho privado entre el 30 de septiembre de 1980 hasta el 31 de julio de 1997, no se observan que hayan servido para financiar la prestación de invalidez de la actora.

Con todo, se evidencia con claridad en este caso, la procedencia de la expedición del bono pensional por los aportes efectuados al ISS, inferencia que guarda sustento con lo considerado por la Sala Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia radicado No. 64674 del 4 de julio de 2018, al respecto indicó la Corporación:



*“Respecto de la emisión nuevamente del bono pensional, se advierte que la misma si es posible, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por el demandante a instituciones privadas (Colegio Agustín Gemelli, identificado con «NIT/PATRONAL: 7018200282» y Comunidad San Luis Gonzaga Compañía de Jesús identificada con «NIT/PATRONAL: 7018200130») con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.*

*En tales condiciones, **no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional (sector privado) y la pensión de jubilación oficial**, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes.*

*En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluido del Sistema **Integral de Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales aquí demandado y a la cual tiene derecho, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional tipo A.** de allí que desde el punto de vista fáctico el Tribunal no cometió los errores de hecho endilgados. (Negrilla fuera del texto original).*



Y más recientemente en la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3775-2021, Rad.86485, M.P. Luis Benedicto Herrera Diaz, oportunidad en la que la Sala de Casación Laboral al referirse sobre la redención de bonos pensionales por devolución de saldos, como es del caso, dijo lo siguiente:

(...)

*“Fuerza concluir, entonces, que los bonos pensionales no solo deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos que regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, sino que las dos erogaciones, pensión vitalicia de jubilación oficial y la devolución de saldos integrada por el bono pensional, no son incompatibles, ni con su reconocimiento se incurre en la prohibición incorporada por el artículo 128 de la CP, en tanto el bono pensional hace parte del capital acumulado por el afiliado dentro de su cuenta de ahorro individual, tal como se dijo en la sentencia CSJ SL451-2013:*

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

*Por lo mismo, cuando la norma condiciona la inclusión del bono pensional dentro de la devolución de saldos, a través de la expresión “si a éste hubiere lugar”, no hace cosa diferente a preveer (sic) que su cómputo debe partir de la base de que hubiera sido posible emitirlo, para financiar una eventual pensión de vejez. En otras palabras, cuando es viable pagar un bono pensional para financiar una potencial pensión de vejez, porque se dan las condiciones legales necesarias para esos efectos, esa erogación también puede ser comprendida dentro del cálculo de una devolución de saldos, pues hace parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.*

*Sería irracional y contrario a la justicia pensar en que, como lo propone la censura, si el afiliado no alcanza las condiciones para pensionarse, que entre otras es una realidad derivada de las arduas exigencias legales necesarias*



**Proceso Ordinario Laboral 04 – 2019 – 0849 – 01 DTE: LUZ MARINA PANQUEVA MEJIA DDO:  
COLPENSIONES Y OTROS**

*para ello y del azaroso mercado de trabajo, debe perder también el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que ha sido el fruto de su trabajo y de sus contribuciones al sistema.*

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

(...)

Ahora, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial antes citado que reafirma la posibilidad de la inclusión del bono pensional dentro de la devolución de saldos, también ha sido postura pacífica de la Sala de Casación de la Corte Suprema, que si bien, como lo recuerda el juez de instancia, el bono pensional es título de deuda pública conforme lo prevé el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, de todas maneras no puede olvidarse o pasarse por alto que, también es una figura creada por el Sistema General de Pensiones con el fin de contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las prestaciones de los afiliados al Sistema de Seguridad Social, criterio esbozado en igual sentencia ya reseñada antes, en el siguiente tenor:

(...)

*“En lo que respecta a la alegada incompatibilidad entre la pensión vitalicia de jubilación y el bono pensional, no le asiste la razón a la censura en este medular aspecto que fue bien abordado por el juez plural, en la medida en que, como se ha venido explicando, el bono pensional si bien, es título de deuda pública según lo establecido en el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, también hace parte de las regulaciones y figuras propias del Sistema General*



*de Pensiones y su finalidad, como ya se dijo, consiste en contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las prestaciones de los afiliados al Sistema de Seguridad Social.”*

(...)

En conclusión, en el presente caso no admisible una postura de incompatibilidad entre la expedición del bono pensional tipo A, con las prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en este caso, con la pensión de invalidez que esa entidad se encuentra reconociendo a la demandante, máxime si Porvenir S.A. procedió a la devolución de saldos y Fiduprevisora dejó claro que en el trámite de la pensión de invalidez solo se incluyó el periodo laborado ante la Secretaría de Educación de Bogotá entre el 12 de julio de 2010 hasta el 5 de febrero de 2016.

Dicha compatibilidad encuentra justificación en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al señalar que las prestaciones del Magisterio, son **compatibles** con las pensiones del sistema general, a su vez, dichas cotizaciones efectuadas al ISS, se reitera, no se tuvieron en cuenta a efectos de reconocer la prestación pensional de invalidez de que en la actualidad disfruta la señora Luz Marina Panqueva y que se encuentra a cargo del Magisterio, situaciones que hacen procedente la expedición del bono pensional deprecado, el cual deriva de los aportes provenientes de empleadores de la época, en vigencia de la afiliación al Régimen de Prima Media por medio del Instituto de Seguros Sociales, y con anterioridad a su traslado al de Ahorro Individual con Solidaridad con Porvenir S.A.

Así las cosas, se dispondrá a **REVOCAR** la sentencia de primer grado, para en su lugar, ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO



PÚBLICO, para que, a través de la Oficina de Bonos Pensionales, liquide y remita el valor del bono pensional a la AFP PORVENIR S.A, a fin de que haga parte del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la señora Luz Marina Panqueva Mejía, y su valor sea devuelto a ella.

De igual manera, se ordenará a la AFP PORVENIR S.A, para que adelante las gestiones ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a fin de obtener la redención del bono pensional a favor de la demandante y su valor sea devuelto a la afiliada, lo anterior, de conformidad con el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 20 del Decreto 1513 de 1998.

Sin condena alguna a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, sin costas de segunda instancia, las de primera estarán a cargo de la NACIÓN – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la AFP PORVENIR S.A.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia objeto de Consulta, dictada por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de enero de 2021, conforme lo considerado en la parte motiva de esta providencia.



**SEGUNDO: ORDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que, a través de la Oficina de Bonos Pensionales, liquide y remita el valor del bono pensional a la AFP PORVENIR S.A, a fin de que haga parte del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la señora Luz Marina Panqueva Mejía, conforme lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A, para que adelante las gestiones ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a fin de obtener la redención del bono pensional a favor de la demandante la señora LUZ MARINA PANQUEVA MEJIA, y su valor sea devuelto a la afiliada, lo anterior, de conformidad con el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 20 del Decreto 1513 de 1998, conforme lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Sin condena a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la NACIÓN – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la AFP PORVENIR S.A.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**Magistrada**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado

**LORENZO TORRES RUSSY**  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C**

**SALA LABORAL**

**PROCESO ORDINARIO No.07 2018 00397 01**

**ASUNTO:** APELACIÓN DE SENTENCIA

**DEMANDANTE:** LILIA DE LAS MERCEDES MARTINEZ

**DEMANDADO:** COLPENSIONES y otros

**A U D I E N C I A   D E   J U Z G A M I E N T O**

**MAGISTRADA PONENTE**

**MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

Previo a emitir el pronunciamiento correspondiente sobre los recursos interpuestos, procede el despacho a resolver la petición elevada por la parte actora y en la que solicita se decreten pruebas en esta instancia y en consecuencia se requiera a COLPENSIONES para que allegue las documentales en las que consten la desafiliación de la cotizante (novedad de retiro) de LILIA DE LAS MERCEDES MARTINEZ, por parte de su empleador GARAL LTDA hoy GARAL S.A, entre el periodo 01/09/95 al 31/10/96.

Al respecto, es necesario señalar que el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, expresamente dispone que las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas, ni decretadas en primera instancia y además que sólo podrán practicarse en segunda instancia las pruebas que se hubieren dejado de practicar en la primera instancia, sin culpa de la parte interesada.

Así las cosas, no considera la Sala que se den los presupuestos establecidos en el artículo 83 del Estatuto Procesal Laboral para la procedencia de la práctica de pruebas en ésta instancia, toda vez que las documentales que solicita no fueron pedidas de manera oportuna y ante el Juez de primer grado por la parte actora, por lo que admitir que en esta etapa procesal, se alleguen nuevas pruebas, las cuales se itera, no fueron solicitadas en las oportunidades que la ley consagra para tal fin, constituiría una vulneración el debido proceso y el derecho de contradicción y defensa que le asiste a la parte demandada, al sorprenderse con unos medios probatorios no decretados, ni contra los cuales puede ejercer su oposición, razón por la cual se niega la solicitud elevada.

### **ALEGATOS**

Dentro del término concedido, en auto anterior, se recepcionaron los alegatos de la parte actora y de la demandada COLPENSIONES.

Ahora bien, en relación con lo anterior y si bien la parte actora solicita no sean tenidos en cuenta los alegatos presentados por la demandada COLPENSIONES, ya que ésta no presentó recurso alguno en contra de la decisión adoptada por el Juez de primer grado, es necesario advertir que esta Colegiatura sí los considerará, al momento de definir la presente litis, ya que el art. 82 del CPL y de la S.S. enseña que en la audiencia de fallo en segunda instancia se oirán las alegaciones de **las partes**, es decir, no limita las alegaciones únicamente a la parte recurrente.

Lo anterior, en concordancia con lo previsto el art. 15 del Decreto Legislativo 806 del año 2020, el cual señala que se dará traslado a **las partes para alegar por escrito** por el término de cinco (5) días **a cada una, iniciando con la apelante**, lo que significa, que también, al no apelante se le brinda la oportunidad de presentar alegaciones de instancia.

Así las cosas, en el presente proceso, las alegaciones vertidas por las partes oportunamente serán tenidas en cuenta.

## **SENTENCIA**

Conoce esta Corporación la sentencia de fecha 10 de junio de 2020, proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la parte actora y demandada AMALIA FORERO DE VALENCIA.

## **ANTECEDENTES**

La señora LILIA DE LAS MERCEDES MARTINEZ, solicita de manera principal, se condene a la demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la que considera tener derecho a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1.990 y dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada COLPENSIONES al pago de las 14 mesadas anuales, a partir de la sentencia que haga tránsito a cosa juzgada; que se declare que adquirió el derecho a su pensión desde el 10 de junio de 2003 y que se condene al pago de los intereses moratorios correspondientes.

De manera subsidiaria solicita se condene a la demandada COLPENSIONES a recibir de la demandante los aportes de las 60.6 semanas de cotización dejados de cancelar por su ex empleador GARAL LTDA. durante el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 1.995 y el 31 de octubre de 1.996. que se condene a su ex empleador AMALIA FORERO DE VALENCIA a par los aportes a pensión dejados de pagar a COLPENSIONES durante el periodo comprendido entre el 06 de noviembre de 1.996 al 31 de agosto de 2002, por el monto que declare COLPENSIONES y que se debe por el cálculo actuarial. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES, al pago de la pensión de vejez de la actora, a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1.990, dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa y a partir del 10 de junio de 2003. (fl.- 3-17)

Fundamenta sus pretensiones señalando:

- Revisado el reporte de semanas elaborado por COLPENSIONES, le hacen falta las cotizaciones de los periodos 01/09/1.995 al

31/10/1996, para un total de 60.06 semanas cotizadas por su ex empleador GARAL S.A.

- Que esta situación fue puesta en conocimiento de la demandada COLPENSIONES.
- Que igualmente le hacen falta las cotizaciones del 06/11/1996 al 31/08/2002, para un total de 296.01 semanas cotizadas, por su ex empleador AMALIA FORERO DE VALENCIA, situación que también fue puesta en conocimiento de COLPENSIONES.
- Que nació el 10 de junio de 1.948, por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1.993, contaba con más de 35 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición.
- Que para acceder a la pensión de vejez se encuentra que el requisito de edad consagrado en la norma antes citada, lo cumplió el 10 de junio de 2003.
- Que el segundo de los requisitos, es decir la densidad de cotizaciones, se encuentra que dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, contaba con 523.21 semanas cotizadas, cumpliendo así este requisito.
- Que para el 10 de junio de 2003, cumple con el requisito de edad y tiempo de cotización que establece el acuerdo 049 de 1.990.
- Que igualmente al 31 de enero 2018, completó un total de 1061.39 semanas, por lo que, también cumple con las 1000 semanas en +cualquier tiempo.
- Finalmente indica que la demandada mediante diversos actos administrativos ha negado el reconocimiento del derecho pensional (fl.- 3-17)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demandada COLPENSIONES, manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos adujo que eran ciertos los enlistados en los numerales 1 a 7, 14, 18, 26, 27 y 28, para los demás señaló que no le constan, o que no son ciertos. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración al derecho a pago de intereses ni indemnización moratoria,

carencia de causa para demandar, compensación, e improcedencia del pago de las costas. (fl. 121 - 136).

Por su parte la persona natural demandada, La sociedad demandada al momento de contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la misma, en canto a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 14, 15 y 18, en relación con los demás señaló que no lo son o que no le constan. Finalmente señaló como excepciones de fondo las que denominó prescripción, falta de causa para pedir, e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo. (fl.- 156 – 163)

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia de fecha 10 de junio de 2020, resolvió:

**“PRIMERO:** CONDENAR a la señora AMALIA FORERO DE VALENCIA a pagar a COLPENSIONES el valor correspondiente al cálculo actuarial efectuado por Colpensiones por los tiempos adeudados, cuyo valor total es de \$23.648.485 Con fecha de liquidación 31 de octubre de 2019, este cálculo debe ser pagado por la señora demandada debidamente actualizado al momento del pago.

**SEGUNDO:** ABSOLVER A COLPENSIONES DE TODAS Y CADA UNA DE LAS PRETENSIONES PROPUESTAS POR LA SEÑORA LILIA DE LAS MERCEDES MARTINEZ.

**TERCERO:** El Despacho declara no probados los medios exceptivos de defensa presentados por la demandada AMALIA FORERO DE VALENCIA y probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES.

**CUARTO:** Serán a cargo de la parte que resultó vencida en juicio AMALIA FORERO DE VALENCIA y se tasan las agencias en derecho en 2 SMLMV de las condenas aquí impuestas, igualmente las costas a favor de colpensiones son a cargo de la demandante y las agencias se tasan en \$600.000.

**QUINTO:** Esta decisión es grabada en la plataforma Microsoft Teams, la cual quedara guardada en el expediente digital al que tendrán acceso las partes una vez sea solicitado por las mismas, e igualmente quedara el link copiado en el acta de audiencia que será remitida a sus correos electrónicos.”

Fundamentó su decisión el Juez de conocimiento señalando en síntesis que en el presente caso, la señora demandante Lilia de las Mercedes Martínez ha

venido solicitando el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, petición que le fue negada por COLPENSIONES con la resolución GNR 64844 del 6 de marzo del 2015; en las decisiones proferidas por COLPENSIONES obrantes como prueba en el expediente en las cuales niega la pensión de vejez a la demandante se dice que cuenta con 729 semanas de cotización en toda su vida laboral, de las cuales 239 fueron cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es del día 10 de junio del 2003 y que para la fecha de la solicitud, no cuenta con las 1300 semanas exigidas por la ley 797 del 2003 artículo noveno. En este acto administrativo no se hace estudio alguno respecto al régimen de transición en favor de la demandante.

Señaló que en este caso se tiene que para el primero de abril de 1994 la señora demandante Lilia de la Mercedes Martínez contaba con 45 años de edad pues nació el 10 de junio de 1948, como consta con la copia de la cédula ciudadanía que obra a folio 75 del expediente, por tanto en principio la transición de la ley 100 debe aplicarse en su favor dado que para el 10 de junio del 2003 antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 ya contaba con 55 años de edad no obstante es necesario establecer si para el 10 de junio del 2003 la demandante contaba con los requisitos exigidos por el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758, para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

Así las cosas, indicó que la señora demandante cumplió 55 años de edad, el 10 de junio del 2003 contando en la actualidad con 71 años de edad. Respecto de las 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima se tiene que estar demandante cotizó con la historia elaborar la portada en medio magnético por COLPENSIONES los siguientes tiempos entre el 10 de junio de 1983 al 10 de junio del 2003, del 17 de julio de 1991 al 26 de abril de 1993, desde 10 de mayo de 1993 al 15 de mayo de 1993, del 25 de marzo de 1994 al 22 de julio de 1994 del 27 de septiembre de 1994 al 31 de diciembre del mismo año del primero de septiembre 1999 hasta el 30 de abril del 2001 se evidencian cotizaciones como independiente del primero de septiembre del 2002 y en adelante hasta el agosto del 2008 las cotizaciones se efectúa otro empleador, para un total de 252.9, no obstante la demandante señala que del mes de noviembre de 1996 hasta el 21 de agosto de 2009, laboro para la

empleadora María Forero de Valencia y que dicha empleadora no pago todos los aportes a seguridad social en pensión por lo cual no aparece reflejado en su en su historia laboral está demandada.

Por su parte la señora Amalia Forero de Valencia, en su contestación afirma al responder el hecho 13 y la pretensión segunda de la demanda, que efectivamente, la señora demandante presto sus servicios como empleada de servicio doméstico a su disposición desde el 6 de noviembre de 1996 hasta el 31 de agosto del 2008, pero que ellas habían pactado al inicio de la relación laboral que ella como empleadora le reconocía dentro del salario, que pagaba mensualmente el valor correspondiente a los aportes a seguridad social los cuales debían ser pagados por la trabajadora al fondo y la trabajadora no lo hizo, dice que actuó de buena fe al entregar esos dineros que no fueron pagados al fondo de pensiones por parte de la demandante. Por su parte, la demandante en el interrogatorio de parte que fue practicado dentro del transcurso procesal, dijo que prestó sus servicios para la demandada del 6 noviembre 1996 hasta el 15 de septiembre del 2008 como empleada del servicio doméstico, recibiendo como contraprestación de un servicio de salario mínimo legal de cada año y que con posterioridad 2008 la contrataron a través de la empresa del esposo de la demanda, desde el año 2008 hasta el año 2016, que se retiró porque nada que salía pensionada entonces ella tomó la decisión de contratar un abogado y la señora demandante y su esposo se disgustaron por lo cual ella tomó la decisión de retirarse el 18 de enero del 2016, señala que antes de esos tiempos Estuvo trabajando en Grajales es el 1 de agosto de 1995 y termino de trabajar el 31 de octubre de 1996.

Así mismo, la parte actora alega que la empresa Garal limitada ya no existe y que los documentos que tenía como prueba de estos se le perdieron el día que se le inundó la casa e indicó que nunca arreglo con la señora MARÍA FORERO sobre el pago personal de la seguridad social.

Por todo lo anterior, el Juez de primer grado señaló que en el presente caso, la persona natural demandada, aceptó la existencia de la relación laboral con la demandante para el periodo comprendido entre el 6 de noviembre de 1996 y hasta el 31 de agosto de 2002, y como ya se indicó alega que en el salario se le cancelaba lo correspondiente a sus aportes, los cuales, según el

acuerdo al que llegaron serían consignados por la demandante, sin embargo. Indicó que el artículo 22 de la ley 100 de 1993 señala las obligaciones del empleador y en este artículo se indica con claridad que el empleador será el responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio para tal efecto descontará de salario de cada afiliado al momento de su pago el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que precisamente haya autorizado por escrito el afiliado y también trasladar a esa sumas a la entidad elegida por el trabajador con los plazos que para el efecto determine el gobierno, así mismo el empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que hubiera efectuado el descuento del trabajador conforme a esa norma.

Em el caso en estudio efectivamente es la demandada AMALIA FORERO DE VALENCIA quien debió haber realizado los pagos a seguridad social, por lo que al ser aceptada la existencia de la relación laboral en los términos alegados por la demandante, debe la señora MARÍA FORERO DE VALENCIA pagar el valor correspondiente al cálculo actuarial efectuado por COLPENSIONES en el trámite procesal por los tiempos adeudados de acuerdo con la documental obrante a folio 242 y 243 del expediente por valor total de \$23.648.485 Con fecha de liquidación 31 de octubre de 2019, y que en todo caso la señora demandada a MARÍA FORERO DE VALENCIA debe pagar debidamente actualizado en la fecha en que haga el desembolso correspondiente a favor de COLPENSIONES a fin de reconozca las semanas cotizadas por la señora demandante, así las cosas se tendrán en cuenta en la historia laboral de la señora Lilia de las Mercedes Martínez, todo el tiempo laborado con la señora MARÍA FORERO DE VALENCIA esto es del 6 de noviembre de 1996 al 31 de agosto del 2008,

Ahora bien, en cuanto a los aportes de la empresa Garal limitada, según ella no pagó o no canceló dichos aportes y que señala corresponden a los tiempos laborados entre el 10 de septiembre de 1995 y el 31 de octubre de 1996 el Despacho no puede acceder a esa pretensión subsidiaria como quiera que no habrá ninguna prueba dentro del expediente que acredite que la señora LILIANA DE LAS MERCEDES MARTÍNEZ haya prestado efectivamente sus servicios como trabajadora, el único periodo que aparece probado el como laborado es el de mes de agosto de 1995 y efectivamente si está relacionado por tanto y al no hallarse Prueba con el que se logra

demostrar la prestación de servicios no hay lugar a condena por el pago de sus aportes, aunado al hecho de que el empleador GARAL LTDA., no fue vinculado dentro de este trámite procesal.

Entonces, como consecuencia de lo anterior se tiene que desde el 10 de junio de 1983 hasta el 10 de junio del 2003, (últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad), la señora demandante cuenta con un total de 472 semanas de acuerdo con la liquidación realizada, por ello no se cumplió con el requisito de las 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento del requisito de edad.

Igualmente manifestó que de acuerdo con lo dispuesto en la norma que pretende se le aplique por efecto de la transición, el párrafo transitorio 4 del acto legislativo 01 de 2005, indica que para que se extienda el beneficio de la transición a 31 de diciembre del 2014, la demandante debe tener 750 semanas, la norma señala el régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen no podrá extenderse más allá del 31 de julio del 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen además tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio a la entrada en vigencia del acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014, verificado historial de aportes en pensión y la semana reconocidas en esta Providencia a cargo de la demandada MARÍA FORERO DE VALENCIA como empleadora, se tiene que el 25 de julio del 2005 fecha de entrada en vigencia la norma constitucional citada la demandante contaba con un total de 582 semanas de acuerdo con la liquidación realizada por el grupo liquidador de la dirección ejecutiva seccional de administración judicial, por lo tanto no se le mantuvo la transición en virtud de esa reforma constitucional, por lo que negó las pretensiones de incoadas contra COLPENSIONES.

### **DE LOS RECURSOS**

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

*“Señor juez respeto la decisión que se me acaba de notificar, pero no la comparto por lo que interpongo recurso de apelación de conformidad con el*

*artículo 66 del Código de procedimiento el trabajo procesal del trabajo y de la seguridad social y procedo sustentarlo en lo estrictamente necesario reservándose la facultad de ampliar mis argumentos en la audiencia ante el tribunal. en el fallo que acaba de proferir el señor juez se ha dicho que no se ha probado la relación laboral entre GARAL y LILIA DE LAS MERCEDES MARTÍNEZ, aquí tengo que decir señor juez que hay una errónea apreciación de la prueba por no dar por demostrado que a folio 98 COLPENSIONES, al hecho 12 afirmó que es cierto que en el reporte de semana la señora Lilia las Mercedes le hacen falta la semana del primero de septiembre 95 al 31 de octubre del 96 del empleador Garal y que está suman 60,06 semanas, también se aceptó en esta respuesta que, en esta respuesta perdón, de fecha 6 de febrero del 2018 por parte de COLPENSIONES que dijo nos permitimos informar que una vez verificada nuestra base de datos no se viven no se evidencia pago efectuado por el empleador para tales ciclos razón por la cual no se contabilizarán en la historia laboral es decir señor juez, ya aceptó que estaba vigente en la afiliación para con el sistema por parte de este de éste empleador GARAL, además en la contestación nunca se habló de una de una desafiliación por parte GARAL. Segundo, pues hay que tener en cuenta que si bien lo que pasó fue que con el empleador GARAL esta empresa entró en liquidación, entonces pues ,en esos términos también si sumamos todas este esta semana la trabajadora Lilia las Mercedes Martínez tendría 523.20 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, entonces como tal no tenía la necesidad de cumplir de conservar el régimen de transición por la sencilla razón que de sumarse todas las semanas de las cuales no hay discusión y de las dejadas de cobrar por COLPENSIONES sumarían 523 semanas antes de la entrada en vigencia del acto 01 del 2005 entre el 10, en estos términos señor juez sustento mi recurso, Gracias.”*

#### DEMANDADA AMALIA FORERO DE VALENCIA

*“Señor juez interpongo el recurso de apelación ante la sentencia proferida por su despacho en fecha y hora señalada argumentando que si bien dentro del interrogatorio que se le hizo a la señora Lilia de las Mercedes ella manifiesta que si realizó algunos pagos esos pagos fueron realizados por el dinero que le entregaba la empleadora Amalia forero de esos pagos los recibos eran guardados por la señora Lilia de las Mercedes y en una inundación fueron perdidos, adicionalmente a esto, se solicito corrección historia laboral a COLPENSIONES, pero COLPENSIONES nunca verificó esos pago realizados por la, la señora Lilia de las Mercedes con dineros entregados por la señora AMALIA FORERO adicionalmente a esto se está condenando a un pago de un cálculo actuarial desde 1996 hasta el 2002, en el entendido que no aparece en los pagos realizados por la demandante pero dentro de la historia laboral si se aparecen los pagos desde el 01 de septiembre de 1999 es decir si se llegase a condenar a un cálculo actuarial debería ser 06 de noviembre de 1996 al 30 de agosto de 1999 y no hasta el 2002, en el sentido de que esos pagos se realizaron y con el dinero que se le entregaba la señora Lidia de las Mercedes, adicionalmente a esto la demandante no logro probar que estos dinero no se los hubieran entregado, entonces el pago se realizó de buena fe y si se volviese a realizar ese pago dentro de un cálculo actuarial se estaría realizando un pago doble pago en el entendido de que ya se realizaron estos pagos entonces*

*señores magistrados Solicito se proceda a revocar la sentencia emitida por el juzgado séptimo laboral bajo los argumentos dados dentro de este recurso.”*

### **CONSIDERACIONES**

En consonancia con los recursos de apelación formulados por las partes demandante y persona natural demandada, y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., aborda la Sala el estudio de los mismos.

De conformidad con lo anterior, se encuentra que en el presente caso la parte actora en su recurso señala que el Juez de primer grado incurrió en un error al momento de apreciar las pruebas del proceso, como quiera que no encontró demostrada la existencia de la relación laboral entre la demandante y GARAL LTDA, y contrario a ello, la misma se desprende de la contestación de la demanda efectuada por COLPENSIONES, cuando aceptó el hecho enlistado en el numeral 12 de la demanda.

En relación con este aspecto se encuentra que el apoderado de la parte actora alega en su demanda que, según la señora LILIA DE LAS MERCEDES MARTINEZ, le hacen falta en el reporte de semanas expedido por COLPENSIONES, de fecha 12 de abril de 2018, las cotizaciones de los periodos del 01/09/1995 al 31/10/1996 un total de 60.06 semanas cotizadas.

Ahora bien en cuanto a la contestación de la demanda por parte de la demandada COLPENSIONES, en relación con este hecho, se encuentra que contrario a lo señalado por el recurrente, la demandada señala que el mismo es parcialmente cierto, que según la señora Lilia de las Mercedes Martínez que le hacen falta las cotizaciones correspondientes al período comprendido entre el primero de septiembre de 1995 y el 31 de octubre de 1996, así mismo señala que la señora Lilia de las Mercedes puso en conocimiento esta situación ante dicha entidad. Sin embargo, indicó que se dio respuesta a dicha manifestación, señalando una vez verificada sus bases de datos no se evidencia pago efectuado por dicho empleador para ese periodo, y en consecuencia, no es dable contabilizar en la historia laboral los periodos que reclama la actora.

De conformidad con lo anterior, esta Colegiatura encuentra que la manifestación efectuada por la demandada COLPENSIONES en su escrito de contestación, en ningún momento puede tenerse como una confesión, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un hecho de un tercero, por lo que tal y como lo manifestó el Juez de primer grado le correspondía a la parte actora, demostrar que entre ella y la empresa GARAL LTDA, existió la relación laboral en los términos alegados en su demanda.

De conformidad con lo anterior, es claro que la decisión adoptada por el Juez de Primer grado se encuentra ajustada a derecho, como quiera que no se allegó al proceso, prueba documental, testimonial o de cualquier otra índole que lleve a esta Colegiatura a la certeza de las afirmaciones esgrimidas por la actora y ante la falta de actividad probatoria, no queda otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Ahora bien, en cuanto al recurso interpuesto por el apoderado de la demandada **AMALIA FORERO DE VALENCIA**, se encuentra que en él, se indica que los dineros correspondientes a los aportes a pensión, le eran entregados a la demandante, junto con su salario mensual para que procediera a realizar el pago de los mismos.

En relación con este aspecto, esta Sala encuentra que tampoco erró el Juez de Primer grado, como quiera que es una obligación de los empleadores descontar los respectivos dineros correspondientes a las cotizaciones y consignar las mismas en los respectivos fondos sin que le sea dable trasladar esta carga a los trabajadores.

Y si en gracia de discusión, dicha situación fuera permitida, el resultado de la actuación sería la misma, ya no existe prueba alguna que evidencia que dicha afirmación es cierta, es decir, que mes a mes le fueron entregados los dineros a la demandante, sin que se pueda indicar, como lo pretende el recurrente, que la parte actora debía acreditar que los dineros a los que alude la demandada no le fueron entregados, ya que al tratarse de una negación indefinida, la carga de la prueba radica en cabeza de la demandada y sería ella quien debe demostrar que si los entregó.

Finalmente, de la revisión del expediente esta Sala encuentra que no le asiste razón al recurrente cuando indica que el cálculo al que fue condenado, se realizó teniendo como extremo final el año 2000, por cuanto a folios 268 a 273 del expediente, se encuentra el cálculo actuarial efectuado por Colpensiones, el cual, se realizó para el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 1996 y el 30 de agosto de 1999 y asciende a la suma de \$23.648.485, tal y como el recurrente señala que se debió efectuar, por lo que sin mayores razonamientos por innecesarios, se habrá de confirmar la sentencia objeto de recurso en su totalidad.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

Los Magistrados,

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
MAGISTRADO

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
MAGISTRADO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C**  
**SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 07-2018-173-01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: NIEVES ARIZA DE PATIÑO  
DEMANDADO: COLPENSIONES

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

**RECONÓZCASE PERSONERÍA** a la Doctora Diana María Vargas, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación la sentencia proferida el 2 de junio de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

**ALEGACIONES**

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de ambas partes.

**ANTECEDENTES**

La señora NIEVES ARIZA DE PATIÑO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que el señor Miguel Patiño Daza, tenía cotizadas 50.88 semanas en los últimos 3

años anteriores a la fecha de estructuración de su PCL, que reunía los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003 para acceder a pensión de invalidez desde la fecha de estructuración de la misma, 10 de junio de 2010, que la demandada debe reconocer dicha pensión de invalidez que dejó causada el señor Miguel; por lo que solicita igualmente se declare que es beneficiaria de la pensión de sobreviviente post mórtem en calidad de cónyuge supérstite del señor Miguel, por lo que debe reconocer dicha prestación a su favor en 13 mesadas pensionales y a partir del 13 de noviembre de 2016, junto con intereses moratorios e indexación.

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Miguel Patiño nació el 1 de mayo de 1956, se afilió al entonces ISS hoy Colpensiones desde el 1 de agosto de 1973 y padecía de insuficiencia renal terminal, hipertensión arterial y diabetes mellitus, que la demandada calificó la PCL del señor Miguel, a través de dictamen del 11 de octubre de 2016, en un 77.81% con fecha de estructuración del 10 de junio de 2010, dictamen que se encuentra en firme, indica que en los 3 años previos a la fecha data en mención, el señor Miguel había cotizado 50.88 semanas, por lo que reunía los requisitos para ser beneficiario de pensión de invalidez, por lo que el 9 de noviembre de 2016, solicitó dicho reconocimiento ante la demandada, no obstante, falleció el 13 de noviembre de dicha anualidad, sin que le fuera reconocida la prestación a que tenía derecho.

Indica que contrajo matrimonio con el señor Miguel el 29 de junio de 1974, data a partir de la cual compartieron mesa, techo y lecho, procrearon 3 hijos y dicha unión se mantuvo hasta la fecha de fallecimiento del señor Miguel, que presentó ante la demandada solicitud de sustitución pensional que dejara causada el señor Miguel, la que fue negada por la demandada, razón por la cual interpuso los recursos de Ley contra el acto administrativo SUB 293450, decisión que fue confirmada en actos administrativos SUB 2542 del 6 de enero de 2018 y DIR1322 del 19 de enero de 2018, con lo que quedó agotada la reclamación administrativa.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 7 a 11, 14, 15, 17, 24 y 26 a 32 y manifestó no constarle el contenido de los demás; propuso como excepciones las que denominó Inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de IPC o reajuste alguno, no configuración de intereses moratorios, carencia de causa para demandar y no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante y condenó en costas a esta última.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

*El artículo 48 de la CP desarrolla el sistema de salud y pensiones y establece el régimen de pensiones, salud, riesgos profesionales y subsidios familiar para proteger a las personas de las contingencias que les pueda llegar preservando su calidad de vida, dentro de dicho régimen se encuentra la pensión de invalidez que tiene como fin proteger a quienes por su condición de salud pierden la capacidad laboral en un porcentaje superior al 50% razón por la que no pueden asegurar su sostenimiento, la corte constitucional ha dicho en reiteradas jurisprudencias que la pensión de invalidez protege a quienes han cotizado al sistema o que no se encuentra realizando aportes y sufre de una pérdida de su capacidad laboral en la proporción que la Ley establece para que tengan derecho a acceder a una fuente de ingresos que le permita solventar sus necesidades vitales. Los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 tal y como fueron modificados por la ley 860 del 2003 consigna en el concepto de pago de invalidez y los requisitos para acceder a la citada prestación indicando que se considera invalida la persona que por cualquier causa de origen no profesional no provocada intencionalmente hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral, consagrando como requisitos acreditar haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*

*El artículo 41 de la ley 100 de 1993 modificado por el decreto 19 del 2012 establece que corresponde a Colpensiones y a las administradoras de riesgos laborales y a las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las entidades promotoras de salud determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez, el origen de esta contingencia y su fecha de estructuración, de la misma manera la norma considera que en caso de inconformidad el interesado podrá solicitar que su dictamen sea remitido a la Junta Regional de calificación de invalidez decisión que será apelable ante la Junta Nacional, la calificación de pérdida de capacidad laboral, el origen de la contingencia y su fecha de estructuración deberá hacerse de acuerdo con el manual que para esos efectos expidió el gobierno nacional en un primer momento dichos lineamientos fueron plasmados en el Decreto 917 de 1999 en cuyo artículo 3, se estableció que fecha de estructuración o declaratoria de la PCL en la fecha en que se genera en el individuo una pérdida de su capacidad laboral en forma permanente y definitiva para cualquier contingencia esta*

fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación, en todo caso mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez. El decreto 917 de 1999 fue derogado por el decreto 1507 del 2014 actualmente vigente normatividad que contiene las especificaciones técnicas que deberán seguir las autoridades médico laborales encargadas de realizar la calificación tanto de la PCL como ocupacional, en el artículo 3 de dicha norma se estableció que la fecha de estructuración del estado de invalidez deberá coincidir con el momento que la persona alcanza el 50% de disminución de su capacidad laboral.

Conforme los preceptos normativos que transcritos se tiene entonces que para que una persona se convierta en acreedora del derecho a la pensión de invalidez deberá acreditar:

1. que fue calificada por la autoridad médica laboral correspondiente con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50 % concepto que deberá ser emitido con fundamento en la historia clínica del interesado y el cual avala que se trata de una persona que se encuentra en estado de invalidez.
2. haber cotizado por las menos 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez entendiéndose que con posterioridad a ese momento a la persona le fue imposible seguir cotizando al sistema, así las cosas se tratan de dos requisitos que en condiciones normales resultan sencillos de cumplir.

En este caso encontramos que las patologías padecidas por el trabajador fallecido el señor Miguel Ángel Patiño fueron calificadas por Colpensiones a través de su contratista a Salud Ltda., en cumplimiento a lo reglado en el artículo 142 del decreto 018 del 2012 en un porcentaje del 77.81% estableciéndose que eran de origen común y con una fecha de estructuración de 10 de junio de 2010 folio 17 a 22 del expediente y folio 97, con dicha documental se acredita el primer requisito. Valga advertir que el mismo apoderado de la parte demandante hace la precisión que el dictamen proferido por Colpensiones está en firme en todos y cada uno de sus aspectos y él no dice estar en desacuerdo con su contenido por tanto no hay controversia que dirimir en cuanto al porcentaje fijado ni al origen ni a la fecha de estructuración, toda vez que las partes están de acuerdo con tales conclusiones emitidas en ese dictamen. En lo que respecta a las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración obra a documentales a folio 23 a 25 y 97 en medio magnético se tiene que el señor causante cotizo para los riesgos de invalidez y muerte un total de 385.14 semanas desde el 1 de agosto de 1973 a 26 de mayo de 2008 fecha en que se retiró del sistema y al realizar el conteo de semanas del 10 de junio del 2007 al 10 de junio del 2010 el despacho tiene que tan sólo cotizo 49.47 semanas, no acreditando las 50 semanas requisito consagrado en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 860 del 2003 asistiendo la razón a Colpensiones respecto a la negativa el concede la pensión de invalidez, es válido tener en cuenta que revisado el expediente en las resoluciones SUB 293450 del 20 de diciembre de 2017, SUB 2542 del 6 enero de 2018 y BIR 1322 del 19 de enero de 2018 Colpensiones adopto todas las posibilidades a fin de conceder el derecho a la pensión de invalidez del demandante, hizo un estudio juicioso de la posibilidad de la aplicación de la condición más beneficiosa como la alega la parte demandante en el caso de su poderdante allí dijo conforme a lo anterior se hace necesario precisar la contabilización de requisitos en la aplicación de la figura más beneficiosa sí para que el derecho a la pensión de invalidez titulada bajo la ley 860 del 2013 reconozca respecto a la densidad de semanas con base en lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original es necesario la observancia de las siguientes condiciones en primer lugar deberá registrar el peticionario un mínimo de 26 semanas de aportes en el año a la entrada en vigencia del artículo 1 de la Ley 860 del 2003 que comenzó a regir a partir del 29 de diciembre de 2013 según diario oficial número 45415; en el segundo término teniendo en cuenta los eventos en que el afiliado ha dejado de cotizar al sistema deberá acreditarse 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se produzca el estado de invalidez, si se determina que el asegurado en su momento de producirse la estructuración se encontraba cotizando al régimen y demostró 26 semanas de aportes el último año a la entrada en vigencia el artículo 1 de la ley 860 del 2003 dicha verificación permitiría concluir automáticamente que cumple con la condición de las 26 semanas en cualquier tiempo que sigue la ley 100 de 1993, lo mismo ocurría desde una interpretación que se realice en sentido contrario frente a lo expuesto, Colpensiones establece que el señor Patiño Daza no acredita 26 semanas durante el último año a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 además de no acreditar 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en

que se produjo su estado de invalidez por lo cual no es procedente estudiar la prestación bajo el amparo de la condición más beneficiosa en consecuencia no reuniendo el asegurado los requisitos establecidos artículo 1 de la ley 860 de 2003 el cual modificó el artículo 29 de la ley 100 de 1993 y los parámetros establecidos bajo el precepto de las condiciones más beneficiosas resulta procedente negar la prestación solicitada.

Igualmente Colpensiones estudió la posibilidad de aplicar el precedente constitucional respecto a las enfermedades calificadas como catastróficas, estudiando los requisitos legales a partir de la fecha de calificación esto es el 11 de octubre del 2016 sin embargo para esa fecha no se acredita la densidad de semanas pues el señor causante sólo trabajó o cotizó hasta mayo del 2008 no se acredita causadas entre mayo del 2008 a mayo del 2010 con las que se pudiera colegir que se completaría el requisito exigido por la normatividad que fuera beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 del 93, pues para el 1 de abril de 1994 contaba con 37 años de edad y 150.29 semanas no pudiéndose acreditar la concesión de algún tipo de posibilidad de reconocimiento pensional a favor del causante.

Respecto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante señora Nieves Ariza en su calidad de cónyuge del señor Miguel Antonio Patiño Daza es evidente que tampoco existe el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a esa prestación pensional, recordemos que el artículo 46 de la ley 100 de 1993 notificado por el Art 12 de la 797 del 2003 dispone como requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, el haber cotizado el causante 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente al periodo de fallecimiento, como ya se dijo el causante el señor Miguel Antonio Patiño no tenía la calidad de pensionado por lo que queda descartada la posibilidad de una sustitución pensional; en cuanto a segunda regla tenemos que el afiliado falleció el 13 de noviembre del 2016 folio 27 y realizó solo cotizaciones en pensión hasta mayo del 2008 cuanto es evidente que no existe cotizaciones del 13 de noviembre de 2013 al 13 de noviembre de 2016 pudiendo concluir que la totalidad de las pretensiones de la demandante no deben prosperar.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión **apeló la parte demandante** indicando:

Dentro de las consideraciones que hizo el despacho para desconocer o no acceder a las pretensiones de la demandante hizo la precisión respecto a la valoración, presunta valoración que hizo Colpensiones al momento de reconocer la pensión señalando el estudio sobre la condición más beneficiosa y en efecto conviene resaltar que el fallecido Miguel Antonio Patiño Daza falleció fruto de una enfermedad catastrófica tanto así que en principio de la pérdida de capacidad laboral que se produjo fue de un 77.81 % que como bien usted dijo no fue objeto de debate dentro del presente proceso sin embargo el despacho se equivoca al no tener en cuenta los precedentes jurisdiccionales tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia que han señalado, han fijado dos lineamientos respecto al reconocimiento a este tipo de prestaciones sobre el particular es pertinente traer a colación lo concerniente al principio de ultra actividad que en síntesis permite traer al presente la aplicación de una norma que actualmente se encuentra derogada, recordemos que para el caso que nos ocupa el señor Miguel Antonio Patiño cumplía con todos los lineamientos para acceder a la pensión de invalidez de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 del año 1990 puesto que esta fue la norma en la que el efectuó su afiliación de igual manera resulta traer a colación que mediante sentencia T 138 del 2012 donde se estudió un caso similar al del señor Miguel Antonio se concedió la pensión de invalidez sin que la persona acreditara las 50 semanas que se exigen en la ley 860 de 2003, esto de acuerdo a la enfermedad que sufría el causante, sin embargo debe tenerse en cuenta también que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral mediante sentencia con radicación 35319 del 8 de enero de 2012 manifestó que al momento de reconocer una prestación de la seguridad social por ser un derecho fundamental el despacho no se debería limitar a determinar o a estudiar las leyes vigentes que se encontraban al momento en que la persona haya sufrido la invalidez y pues en este caso la fecha de estructuración acá nos enseña la sala que todo juzgador debe hacer un análisis concreto y específico respecto del tránsito normativo que ha tenido la persona afiliada y que por ello puede

*verse afectado trayendo esta jurisprudencia al caso concreto es pertinente resaltar señor juez que el señor Miguel Antonio Patiño efectuó su afiliación al sistema general de pensiones en el año 1973 que riendo decir que para la fecha de su afiliación la primera norma aplicable que el tenía era el acuerdo 049 de 1990 pasando por la Ley 100 y por último la Ley 860 quiere decir esto por el tránsito normativo que tuvo este afiliado no se puede ver afectado sus derechos fundamentales máxime que con la primera norma que como quiera fuera la más beneficiosa era aplicable pues cumple evidentemente con los requisitos, con esta norma del 10 de junio de 2004 al 9 de junio de 2007 acredita un total de 192 semanas de cotización según se desprende del reporte de semanas que se aportó en el expediente, de todas maneras el fallecido cumple con 300 semanas de cotización al sistema general de pensiones esto quiere decir que el causante cumple con el requisito de las 150 semanas en los últimos 6 años de cotización o 300 en cualquier tiempo según lo expuesto en el Acuerdo 049 del año 1990.*

## CONSIDERACIONES

En este asunto no existió discusión respecto que el señor Miguel Patiño, fue calificado con una PCL de 77,81%, con fecha de estructuración del 10 de junio de 2010, como lo indicó la demandada en dictamen elaborado el 11 de octubre de 2016 visible a folio 23 del expediente digital. De igual manera, quedó probado que falleció el 13 de noviembre de 2016, conforme se verifica a folio 39 y que en vida, se unió en vínculo de matrimonio con la aquí demandante el 29 de junio de 1974, sin que obre prueba de que dicho vínculo marital se haya disuelto previo al deceso del señor Miguel.

Sobre el particular y estando acreditada una PCL superior al 50%, como quiera que se alega que el señor Miguel Patiño dejó causada en vida pensión de invalidez, ha sido pacífico el criterio emitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en la sentencia 39766 de 2011, que indica que **la normatividad aplicable para estudiar la pensión de invalidez es la vigente al momento de la estructuración de dicho estado** y que para el caso de autos se reitera **lo fue el 10 de junio de 2010**, es decir que la pensión debe estudiarse con los presupuestos de la Ley 860 de 2003 que requiere que la persona hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, en esta oportunidad **entre el 20 de junio de 2007 al mismo día y mes del año 2010.**

Revisado el reporte de semanas actualizado a 2016 obrante a folios 31 y s.s., del expediente, se tiene que en ese periodo **el señor Miguel Patiño cotizó 49,01 semanas**, por lo que bajo esta normatividad, contrario a lo manifestado por la parte demandante en sus alegaciones, no dejó causada la prestación solicitada.

Ahora bien, aplicando los preceptos **del principio de la condición más beneficiosa** ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 3554 de 2021 M.P. Gerardo Botero Zuluaga:

*Ha sido criterio ampliamente reiterado por esta corporación, que la norma aplicable para resolver el reconocimiento de la pensión de invalidez es, por regla general, la vigente al momento de la estructuración de dicho estado, que, para el caso concreto, como ya se dijo, es la Ley 860 de 2003, respecto de la cual no se acreditó el cumplimiento de los requisitos, como acertadamente lo concluyó el Tribunal y no fue objeto de discusión.*

**Ahora bien, si se acudiere al principio de la condición más beneficiosa, procede advertir, que el Acuerdo 049 de 1990, no es la regla llamada a gobernar el caso bajo análisis, por cuanto con posterioridad a ella se expidió el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual a su vez fue modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por lo que en el sub examine, no podría reglarse por aquella normativa, pues acorde con el criterio actual de esta Sala, no es dable al operador judicial realizar una búsqueda en plus ultraactividad hasta adaptar las condiciones particulares de cada caso a cualquier norma anterior que le sea más favorable.** (negrilla fuera del texto original).

Es así como de entrada se advierte que no le asiste razón a la recurrente respecto a que la situación pensional del señor Miguel Patiño, se debe estudiar bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990, como quiera que dicha normatividad no es la expedida con anterioridad a la que gobernaba tal situación para el caso del señor Miguel, siendo la norma aplicable en virtud de este principio, la Ley 100 de 1993, en su texto original cuyo artículo 39, literal b), exige al afiliado que no se encontrara cotizando, al momento de producirse su estado de invalidez, como era el caso del señor Miguel, haber cotizado 26 semanas durante el año inmediatamente anterior al que se produjo su estado de invalidez; presupuesto que tampoco acreditó, como quiera que de historia laboral a que se aludió se verifica que la última cotización efectuada por este, fue para el ciclo de mayo de 2008.

Conforme el análisis efectuado, se evidencia que el señor Miguel no dejó causada en vida la prestación cuya sustitución reclama su cónyuge y aquí demandante, bajo los presupuestos de la Ley 860 de 2003, como tampoco por virtud del principio de la condición más beneficiosa, siendo pertinente señalar a la parte recurrente que las sentencias proferidas en sede de tutela, gozan de efecto inter partes, razón por la cual, tienen efectos vinculantes

únicamente para quienes en ellas intervienen, razones suficientes para **confirmar** la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, conforme la parte motiva de esta providencia.

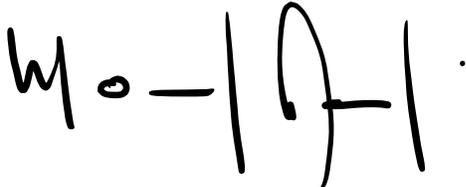
**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**MAGISTRADO**



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**MAGISTRADO**

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C**  
**SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 07 2018 00700 01  
ASUNTO: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO  
DEMANDANTE: DIANA PAOLA PÉREZ  
DEMANDADO: FIDUAGRARIA S.A.

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los Veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar el siguiente:

**AUTO**

Resuelve la sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte ejecutada, contra la providencia mediante la cual, se declaró no probadas las excepciones de novación de la obligación y prescripción y dispuso la continuidad de la ejecución.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la ejecutante y la entidad ejecutada Fiduagraria S.A.

**ANTECEDENTES**

El juez de primer grado, libró mandamiento de pago a favor de la ejecutante por el valor de los rubros a que fuera condenado el ISS en liquidación en el trámite de proceso ordinario.

## **DECISIÓN DE PRIMER GRADO**

En audiencia de que trata el artículo 42 CPTSS, el juez de conocimiento, declaró no probadas las excepciones de novación de la obligación y prescripción propuestas por Fiduagraria S.A., como vocera y administradora del PAR ISS.

Como sustento de su decisión indicó el Juez que conforme el contenido del numeral segundo del artículo 442 del CGP cuando se trata de la ejecución de una providencia judicial, como este caso, sólo se podía proponer las excepciones de prescripción, novación pago, compensación, confusión, remisión o transacción. Así las cosas señaló que las excepciones de cobro de lo no debido y la genérica debían rechazarse por improcedentes.

En cuanto a la excepción de novación indicó que las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en el trámite de proceso ordinario, constituían obligaciones clara, expresas y exigibles, no siendo de recibo el argumento de la demandada según el cual, no podía pagar las obligaciones contenidas en estas por ser preexistentes a la liquidación del ISS y la demandante debió hacerse parte dentro de dicho proceso liquidatorio, ya que las providencias judiciales constituían título ejecutivo y la obligación allí contenida estaba insoluble por ello debía ser pagada por el patrimonio administrado por Fiduagraria, atendiendo a que ese proceso concursal liquidatorio ya había finiquitado con la extinción de la entidad y Fiduagraria S.A., era la única entidad llamada a responder como administradora del patrimonio de la extinta entidad, ya que esa novación en la cual se fundamenta la excepción dependiendo propuesta, determina un cambio de una obligación que extingue por otra, circunstancia no se encontraba acreditada dentro de este trámite procesal, debiéndose satisfacer la misma por la entidad encargada de la representación judicial con los recursos del remanente que está bajo su administración.

En cuanto a la excepción de prescripción, indicó que tampoco prosperaba por cuanto para abril de 2016, ya se había extinguido el ISS y la parte demandante presentó solicitud de mandamiento de pago en el mes de diciembre del 2017 por lo cual a esa fecha no había transcurrido el término trienal consagrado en el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con dicha decisión, la apoderada de Fiduagraria S.A., señaló que si bien, se habían negado las nulidades propuestas dentro del trámite procesal, con ello se estaba violando el debido proceso de dicha entidad por cuanto no se hizo un estudio pertinente de las motivaciones expuestas en dicha nulidad, no debiéndose seguir adelante con la ejecución pues el Patrimonio Autónomo del ISS, se encuentra desarrollando el contrato de fiducia No. 15 de 2015, razón por la cual para el pago de las acreencias deberá tenerse en cuenta los créditos aceptados y graduados por el ISS y para los que quedaron fuera de dicha graduación, estaban sujetos a que se realice por el PAR ISS los trámites administrativos, que es lo que debió haber realizado la parte demandante; adicional a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 3704 de 2019, decretó la nulidad de todo lo actuado en los asuntos similares y ordenó la remisión de los mismos al Patrimonio Autónomo o al Ministerio de Salud, previendo que ese era el paso a dar para prevenir la vulneración del debido proceso, de igual forma el Consejo de estado en sentencia de 2015, ordenó al Gobierno dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, en el sentido de que la subrogación del ISS liquidado en materia de condena de sentencias, por lo que el Ministerio de Salud en cumplimiento de dicha sentencia dispuso a través de Decreto 546 de 2006, que la competencia de dichos asuntos correspondería a ese Ministerio y conforme las sentencias de la Corte, conforme a las solicitudes de nulidad que se han elevado en asuntos como el presente han accedido a las mismas, lo propio ocurre con el Tribunal que al resolver recursos de apelación ha decretado dicha nulidad.

Razón por la cual, se debía decretar la nulidad en este proceso a partir del mandamiento de pago y remitirse al Ministerio de Salud para su respectivo pago.

## **C O N S I D E R A C I O N E S**

En aras de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que este se encuentra encaminado a reprochar decisión distinta a la adoptada respecto a las excepciones propuestas por la demandada. Nótese que la totalidad del argumento del recurso, se dirige a reprochar la negativa de

declaratoria de incidente de nulidad que fuera interpuesto por la Fiduciaria ejecutada y resuelto mediante providencias del 15 de marzo y 3 de octubre de 2019, como se puede verificar del contenido del expediente digital, las que dicho sea de paso, no fueron recurridas en la oportunidad procesal pertinente.

No obstante lo anterior, evidencia esta Sala que en efecto como lo indica la recurrente en su recurso y alegaciones, se configura la nulidad que ha venido siendo alegada por esta parte en el trámite procesal, por las razones que se pasa a exponer:

Mediante el Decreto 2013 de 2012 se dispuso la supresión y liquidación del Instituto de Seguros Sociales; que en virtud de los Decretos 2714 de 2014 y 0553 de 2015 dicho proceso de liquidación y extinción de la persona jurídica del I.S.S. culminó el día 31 de marzo de 2015.

Que previo a su extinción, el liquidador del antiguo ISS suscribió contrato de fiducia mercantil con la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A., mediante el cual se constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS, con el propósito de efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación al momento en que se hicieran exigibles.

No obstante, como quiera que dentro del sinnúmero de regulaciones que determinaron la liquidación y supresión del I.S.S., es por lo que no fue claramente definida la responsabilidad sobre el cumplimiento de las sentencias en contra el extinto Instituto, y que por ello el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, mediante sentencia de fecha 15 de diciembre de 2015 ordenó al Gobierno Nacional dar cumplimiento al parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, *“en el sentido de que se disponga sobre la subrogación de las obligaciones del ISS liquidado, en materia de sentencias contractuales y extracontractuales, dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de ésta sentencia, teniendo la complejidad del tema.”*

Dicha norma dispone: *“parágrafo 1º, artículo 52 de la Ley 489 de 1998: El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la*

*subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.”*

Es así que, en cumplimiento de lo ordenado por el Consejo de Estado, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto 541 del 06 de abril de 2016, mediante el cual dispuso **que la competencia para el pago de las sentencias derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del Instituto de Seguros Sociales Liquidado, estará a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social.**

Por lo anterior, es por lo que en aquella oportunidad se consideró la imposibilidad de perseguir los bienes o dineros que hagan parte del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales respecto del cual actúa como vocera y administradora FIDUAGRARIA S.A., sencillamente porque no es la entidad competente para dar cumplimiento a las sentencias judiciales cuya condena esté a cargo del extinto Instituto de Seguros Sociales, situación que conllevó a descartar la posibilidad que la entidad ejecutada fuere objeto de medidas cautelares.

Es así como en uso de las facultades previstas en el artículo 132 del CGP, que faculta al Juez para efectuar control de legalidad y sanear los vicios que configuren nulidades, se declarará la **nulidad** de todo lo actuado dentro del proceso ejecutivo de la referencia y como consecuencia, se ordenará al Juzgador de primer grado levantar las medidas cautelares que se encuentren vigentes por virtud de esta ejecución y **REMITIR** las diligencias al Ministerio de Salud y Protección Social, por ser el competente para efectuar el pago de las condenas judiciales a cargo del extinto ISS.

Sin costas en la alzada.

Por lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: DECLARAR** la **NULIDAD** de todo lo actuado dentro del proceso ejecutivo de la referencia, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

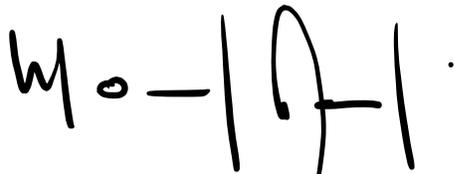
**SEGUNDO: ORDENAR** al Juzgador de primer grado levantar las medidas cautelares que se encuentren vigentes por virtud de esta ejecución y **REMITIR** las diligencias al Ministerio de Salud y Protección Social.

**TERCERO:** sin costas en la alzada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**MAGISTRADA**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**MAGISTRADO**

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
**MAGISTRADO**  
ACLARACION DE VOTO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C  
SALA LABORAL**

**PROCESO ORDINARIO No.** 09-2018-0459-01

**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA

**DEMANDANTE:** SANDRA MARÍA VARGAS CASTILLO Y DAVID  
ALFREDO GUAQUETA VARGAS

**DEMANDADOS:** MARKET MIX S.A.S.

**LITISCONSORTE NECESARIO:** MIGUEL ANGEL GUAQUETA  
VARGAS

**MAGISTRADA PONENTE:**

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

Al conocer los recursos de apelación interpuestos por las parte demandante y litisconsorte necesario, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 17 de marzo de 2021.



## **ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y litisconsorte necesario.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que entre el trabajador fallecido, el señor Luis Enrique Guaqueta Hinestroza, y la sociedad demandada, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de febrero de 2017 hasta el 14 de julio de 2017, y que el deceso tuvo lugar estando al servicio de la convocada, con ocasión a su actividad laboral; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago del auxilio de cesantías, primas de servicios, vacaciones, comisiones, aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y Salud, indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales, sumas correspondiente a trabajo en días dominicales, festivos, horas extras, recargos nocturnos, dotaciones, bonificaciones, subsidio familiar, costas y agencias en derecho.

## **HECHOS**

Fundamentaron las pretensiones al señalar que, el causante, el señor Luis Enrique Guaqueta Hinestroza, se vinculó con la sociedad MARKET MIX S.A.S., mediante un contrato de trabajo a término indefinido, del cual refiere que, el presunto empleador le denominó *contratos de cuentas de participación*,



que, en todo caso, el contrato estuvo vigente entre el 16 de febrero de 2017 hasta el 14 de julio de igual año, fecha en la que ocurrió el deceso del antes citado; que las labores correspondieron a las de domiciliario motorizado; que desde que inició el vínculo laboral fue enviado a laborar a la empresa domicilios.com en el horario comprendido entre las 11 de la mañana hasta las 11 de la noche; que posteriormente fue enviado a prestar sus servicios a droguerías olímpica dentro del horario de 4 de la tarde a 11 de la noche, hasta la ocurrencia del accidente; que laboraba todos los días de la semana, y que descansaba cada quince días.

Manifestó que el causante recibía una asignación mensual aproximada de \$1.300.000, advirtiendo que esa suma se deduce de los recibos denominados *inventarios y balances utilidades en cuentas de participación*, correspondiente para cada quincena, y que hace falta los comprobantes para los meses de febrero, mayo y julio que se encuentran en poder de la demandada, para así determinar la suma promedio real que recibía el causante. Que la moto era de propiedad del causante, y que para cumplir con las funciones a su cargo la demandada le asignó un datafono; que teniendo en cuenta la definición del contrato de cuentas de participación del Código de Comercio y las funciones realizadas por el demandante, no hay duda sobre la existencia de la relación laboral entre las partes.

Que la señora Jenny Gómez Muñoz, en calidad de directora administrativa y contable de la demandada, informó el día 8 de septiembre de 2017 que tanto como Olímpica y domicilios.com habían requerido la suma total de \$541.660, que se encontraba presuntamente en poder del causante, y que, por ello, informan que se realizó un descuento por esa suma de dinero sin estar permitido por el causante. Que las prestaciones laborales a las que tiene



derecho el trabajador no fueron pagadas por la demandada, y que, el incumplimiento en el pago de aportes al SGSSI imposibilitó que la demandante y su hijo pudieran acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes teniendo en cuenta el salario real devengado por el causante, sin embargo, agrega que, para la fecha del fallecimiento del señor Guaqueta, éste no se encontraba afiliado al Sistema de Riesgos Laborales, que no recibió dotaciones y capacitaciones para desempeñar las labores de domiciliario motorizado.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demandada MARKET MIX S.A.S. contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 7 y 11 a 14, y negó los demás. Como excepción previa formuló la de *no haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar*. Como excepción de mérito formuló las que denominó cobro de lo no debido; mala fe de la demandante; y, falta de jurisdicción y competencia.

Por su parte, el señor MIGUEL ANGEL GUAQUETA VARGAS en calidad de litisconsorte necesario, contestó la demanda sin oponerse a ninguna de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó ser ciertos todos los formulados. Sin excepciones.



## **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ABSOLVER** a MARKET MIX S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por SANDRA MARÍA VARGAS CASTILLO y DAVID ALFREDO GUAQUETA VARGAS, en el presente proceso.

**SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de cobro de lo no debido, por lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

**TERCERO: COSTAS.** Las costas serán a cargo de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$200.000, conforme la parte motiva de la decisión.

**CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, conforme lo establecido en el artículo 69 del CPT y de la SS.

*Las partes quedan notificadas en ESTRADOS*

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“El problema jurídico abordado por el juzgado consistió en determinar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, y si como consecuencia de ello, hay lugar al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y horas extras, dotaciones, aportes al SGSS y subsidio familiar.

Que los argumentos para absolver consisten en que, el contrato de cuentas de participación se rige por los artículos 507 y s.s. del Código de Comercio que lo definen



**Proceso Ordinario Laboral 09 – 2018 – 0459 – 01 DTE: SANDRA MARIA VARGAS CASTILLO Y OTRO DDO: MARKET MIX S.A.S.**

como un contrato por medio del cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas que deberá ejecutar uno de ellos, en su solo nombre y su crédito personal con cargo a rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

Sobre la existencia del contrato de trabajo, refirió que se encontró probado la suscripción del contrato denominado cuentas por participación folios 15 y 130, en el que se pactó como objeto la explotación y desarrollo de las operaciones mercantiles relacionadas con transporte domiciliario y en que en la cláusula tercera se indicó que las operaciones correspondientes al negocio de transporte domiciliario ejecutará y dará a conocer a terceros de market mit s.a.s., que se acordó que el causante aportaría una moto, cajón, chaqueta, gorra y celular datos y base de cambio de 30 mil pesos, comprometiéndose a prestar el servicio siempre con estos elementos, al igual que, los partícipes de la asociación ponían en común la cantidad de 500 millones de pesos en proporción del 1% el causante, y el 99% la demandada, que las utilidades del ejercicio de la asociación se distribuirían entre el 60% y 80% para el causante y entre el 20 y 40% para la empresa por hora o pedido facturado según el punto de venta asignado y que las pérdidas se repartían para el primero en un 100% de las reportadas para el beneficiario del transporte.

Que a folio 8 obra certificación expedida por la demandada en la que se hace constar que el causante tuvo un contrato de cuentas por participación desde el 16 de febrero de 2017 hasta 14 de julio de 2017 en el rol de domiciliario motorizado; que el 11 de julio de 2017 este asistió a capacitación en seguridad vial organizado por la arl Liberty para la demandada; que el actor estaba afiliado al sistema de seguridad social como trabajador independiente folios 89 a 90 y que la demandada fue quien reportó el accidente de trabajo que ocasionó el deceso del causante folio 91.

En el interrogatorio de parte los demandantes afirmaron que el causante fue quien suministró la moto para desempeñar el oficio de domiciliario, por su parte, los testigos Nancy Jerez, Jenny Gómez y Ever Peñuela, quienes laboran para la demandada, mencionaron que el dte suscribió contrato de cuentas en participación con la demandada, consistente en que él como partícipe no gestor y que la empresa asumían de manera conjunta las pérdidas y ganancias derivadas de la ejecución de los contratos que celebraba la empresa con los clientes siendo el causante el domiciliario, suministrando la motocicleta, la cual podría ser o no de su propiedad, que los motorizados no se encontraban asignados a una zona en particular y que lo que hacía la empresa era comunicarse con ellos para efectos de verificar si se encontraban disponibles, para tomar los servicios y que de no ser así no existía ninguna consecuencia sancionatoria para el causante, pues el era quien aceptaba en que lugares y jornadas hacer los pedidos, que no recibía ningún tipo de orden para realizar la labor como domiciliario, que el pago de las utilidades se daba quincenal, luego de hacer un balance en el que se establecía si se habían generado pérdidas a cargo del partícipe no gestor, quien asumía a su cargo el pago de los aportes al sistema de seguridad social; que en cuanto a la distribución de las pérdidas, el señor Peñuela refirió que si los repartidores aceptaban su responsabilidad en las operaciones de índole operativo, por ejemplo, por daño a un producto, lo asumían el 100%, pero que si no era así, la empresa lo asumía a nivel administrativo porque no había un proceso sancionatorio para corroborar la situación, que el pago de los domicilios podría efectuarse por el cliente final en efectivo o en línea o con datafono, que era suministrado al motorizado el datafono por parte del comercio que es el cliente de la empresa, y el partícipe no gestor lo regresaba al lugar desde el cual se había efectuado



el despacho, lo que explica que el causante llevara consigo el elemento en el momento del accidente a folio 25.

Que frente a la modalidad contractual celebrada entre las partes la Corte mediante sentencia 40966 del 16 de oct de 2012, para concluir en el caso concreto que, a pesar que es indiscutible la prestación personal del servicio del causante, lo cierto es que, se prueba que no existió una relación laboral al haberse desvirtuado el elemento de la subordinación, ya que pese a que la demandada recibía las ordenes de pedido y comunicaba a los motorizados, el causante tenía autonomía y libertad para decidir cuando y en donde prestaba el servicio, así como elegir la disponibilidad y si aceptaba o no llevar el pedido, que la demandada no impartía órdenes o reglamentos ni imponía sanciones o efectuaba llamados de atención en los casos en los que el domiciliario optara por no prestar el servicio, siendo la única consecuencia en caso de daño a los productos la asunción de las pérdidas acordadas en el contrato cuando eran aceptadas por el domiciliario, lo cual no resulta ser una figura propia de las relaciones de trabajo; que el reporte del accidente del accidente de trabajo por la demandada o la capacitación que se llevó a cabo el 11 de julio de 2017 por seguridad vial no son indicio de la existencia del vinculo laboral, ya que conforme el Decreto 723 de 2013 que fija las reglas para llevar a cabo la afiliación, cobertura y pago de aportes al sistema general de riesgos laborales de las personas vinculadas a través de contrato de prestación de servicio, como contratos civiles, y de los trabajadores independientes que realicen labores de alto riesgo, los contratantes deben cumplir con las normas de riesgos laborales entre otras, reportar a la arl los AT y EL, investigar los incidentes y AT, realizar actividades de prevención y promoción, entre otras, como permitir la capacitación del contratista en las que organice el comité paritario, y verificar el cumplimiento de los requisitos de seguridad y salud para cumplir con la actividad contratada.

Que al margen que se haya cumplido o no con la configuración de los elementos esenciales del contrato de cuentas en participación suscrito entre el causante y la demandada, lo cierto es que, ello no es óbice para señalar que se encuentran reunidos los elementos del contrato de trabajo, puesto que no solamente resulta probada la independencia y autonomía del contratista sino que aquel asumía parte de los riesgos de la labor que estaba cumpliendo, de modo que no otro camino que absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Declara probada la excepción de cobro de lo no debido y se releva del estudio de las demás. Costas a cargo de la parte demandante, agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de los demandantes.

## **APELACIÓN**

### **PARTE DEMANDANTE**

“Interpone recurso de apelación; señala que las plataformas tecnológicas supuestamente dadas en nuestro ámbito jurídico colombiano desde mucho antes de iniciarse no estaban autorizadas para brindar ese servicio; que la sentencia proferida por el Juzgado 6 Municipal de Pequeñas Causas dentro del proceso 2019 094 del 18 de septiembre de 2020, en el cual se determinó que las personas de esta clase de vinculación, prestaban un servicio personal, que eran subordinados porque recibían telefónicamente una orden y se le remuneraba; que el hecho que en este proceso, se



**Proceso Ordinario Laboral 09 – 2018 – 0459 – 01 DTE: SANDRA MARIA VARGAS CASTILLO Y OTRO DDO: MARKET MIX S.A.S.**

encuentre que hay un contrato de participación no quiere decir ni se desvirtúa que los elementos del contrato realidad existieron; que el interrogatorio realizado al representante legal se determina que ni el señor Luis Enrique Guaqueta era socio de la empresa sino que una participación de un contrato que es comercial más no es laboral; que esta clase de trabajos como domiciliario, no podía existir un contrato de participación, que es interesante observar que en el proceso hay un acta en la cual la arl Liberty hace capacitaciones, que si los trabajadores necesitan de capacitaciones pues necesitan los riesgos y eventualmente el riesgo como domiciliario era de lo que ocurrió finalmente al señor Guaqueta que fue el fallecimiento en un accidente de tránsito, no tenía toda la seguridad correspondiente y que además la empresa de ninguna manera facilitó los medios para que se le pudiera dar una buena atención; que la misma certificación que expidió la señora Jenny es muy clara en descontar dineros que no están autorizados descontarlos, que en esta clase de contratos de participación se dice pérdidas y utilidades, pero no descuentos por unas acciones que se representaron en un accidente de tránsito, que de esta manera deja sustentado el recurso de apelación, solicitando se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda”

**LISTISCONSORTE MIGUEL ANGEL GUAQUETA VARGAS**

“Interpone recurso de apelación; que se aparta de la decisión adoptada ya que el juzgado no tuvo en cuenta pruebas documentales aportadas al proceso; que la decisión adoptada se basó en testimonios de personas que trabajan con la hoy demandada, razón por la cual pueden estar amañadas y preparadas; que el despacho no tuvo en cuenta que el señor Luis Guaqueta hacia prestación del servicio como domiciliario motorizado, quedó evidenciado en los testimonios que había supervisores, el director de logística era quien daba las instrucciones para que se desplazara a donde los clientes y al usuario final; que quedó evidenciado y no se tuvo en cuenta dentro de la decisión que el causante recibía quincenalmente pagos que se pueden entender derivados de la prestación del servicio; que está claro que él recibía instrucciones por medio de llamadas telefónicas, el uso de plataformas tecnológicas, y del área logística, razón por la cual no cabe la decisión para nosotros adoptada por el juzgado, porque si se configuran los elementos del contrato de trabajo, esta clara y está probada la subordinación, el precio y la prestación personal del servicio, que tan es así que en uno de los testimonios tenía que prestar única y exclusivamente el servicio el señor Luis Guaqueta, razón por la cual es evidente que era él quien prestaba tal servicio; que tampoco se tuvo en cuenta que la empresa marketing mediante este contrato de cuentas en participación está evadiendo su responsabilidad y así mismo está induciendo al error al trabajador para que este firme documentos que no obedecen a una realidad fáctica, jurídica y probatoria respecto de la relación contractual, que este sentido deja argumentada la apelación para que sea conocida por el Tribunal y sea revocada la decisión adoptada por el Despacho.”



## **CONSIDERACIONES**

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte demandante y litisconsorte necesario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, teniendo en cuenta la inconformidad de cada uno de los recurrentes, y que, en síntesis, al unísono insisten en la declaración de existencia de un contrato de trabajo entre el causante el señor Luis Enrique Guaqueta Hinestroza y la empresa demandada.

En el presente caso se confrontan dos tipos de contratos, uno de naturaleza comercial, como es el de cuentas en participación que se encuentra regulado en los artículos 507 y siguientes del Código de Comercio, y otro, como el contrato de trabajo definido en el artículo 22 del CST.

En el caso del primero, conforme el artículo 507 del Código de Comercio, *“la participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”*.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, bajo el radicado N°09354-01 del 4 de diciembre de 2008, explicó el contrato de cuentas en participación, así:



(...)

*“... El contrato de cuentas en participación, regulado en los artículos 507 a 514 del Código de Comercio, bien se sabe, es un negocio de colaboración de carácter consensual, en virtud del cual se permite que unas personas participen en los negocios de otras, mediante el aporte de dinero u otra clase de bienes, para desarrollar una o varias operaciones mercantiles determinadas, cuya ejecución deberá ser adelantada por una de ellas, llamada partícipe gestor, en su propio nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas a los partícipes inactivos, quienes ante terceros permanecerán ocultos, y dividir entre todos las ganancias o pérdidas en la forma convenida.*

*“Como otra característica de ese contrato es que su existencia, en principio, no se revela ante terceros, pues el partícipe gestor es reputado único dueño de la empresa propuesta, es claro que unas son las relaciones externas entre éste y aquéllos, y otras, las internas entre los partícipes. Estas últimas, que son las que interesan en el caso, se rigen por las cláusulas de la participación o en su defecto los partícipes tendrán los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí, y en subsidio, las generales del contrato de sociedad.*

*“No se trata, desde luego, del surgimiento de una sociedad propiamente dicha, porque a diferencia de ésta, el contrato de cuentas en participación, como se anunció, es de naturaleza consensual, y porque amén de que carece de patrimonio propio, distinto del de los partícipes, no puede haber autonomía patrimonial, precisamente al no existir personalidad a quien se le pueda atribuir ese patrimonio. El partícipe gestor, por lo tanto, como lo tiene explicado la Corte, es el único que se “obliga y contrae derechos frente a terceros, puesto que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal”, salvo que los partícipes ocultos revelen o autoricen que se conozca su calidad de tales, en cuyo caso responderán con aquél ante terceros en forma solidaria”*

(...)

Ahora bien, a folios 9 y 110 del plenario obra copia del mentado contrato civil de cuentas en participación del cual se extrae que el representante legal



de la demandada y que suscribió el contrato con el señor Luis Guaqueta Hinestroza, fungió como socio gestor, mientras que el segundo, lo fue en calidad de partícipe no gestor, por lo que es claro, que la responsabilidad del causante en dicho convenio, a voces del artículo 511 del Código de Comercio se limitaba al valor de su aporte, por ende, de manera alguna podría reputársele como socio o condueño del negocio, sin embargo, ello no quiere decir que, deba entenderse como empleado subordinado del socio gestor, en el marco de una relación de trabajo.

Nótese entonces que, el aporte del causante al negocio consistió en *una motocicleta, cajón, chaqueta, gorra, base de cambio de \$30.000 y con el compromiso de prestar siempre el servicio con dichos elementos*, sin que, de nuevo, necesariamente esto último corresponda a una orden en estricto sentido, sino que obedece a una obligación contractual natural del contrato de cuentas en participación.

En todo caso, del mentado contrato de naturaleza civil no se observa característica alguna que remita a supuestos normativos de carácter laboral, es decir, que por lo menos de la literalidad de ese contrato no puede colegirse una relación laboral entre los suscribientes del mismo, y menos que de su redacción se entienda la intención de ocultar verdaderas relaciones de trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración, y



que quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera sea su forma, salario.

Por consiguiente, lo que distingue el contrato de trabajo a uno de naturaleza civil o comercial, como en este caso ocurre con la figura de cuentas en participación, es precisamente el elemento de subordinación y continuada dependencia, el cual va más allá de un compromiso u obligación contractual propio de las relaciones de orden civil, elemento que no quedó acreditado, y contrario a ello, lo que se logra evidenciar es la ejecución del contrato de cuentas en participación.

Ahora, contrario a lo afirmado por los recurrentes, las partes contaron con la oportunidad procesal para aportar los medios de convicción que soportaron la tesis de cada una de ellas, por lo que no es de recibo, que con oportunidad de la apelación se tachen los testimonios suministrados por la convocada a juicio, comoquiera que, primero, no es el momento procesal, y segundo, de conformidad con el artículo 61 del CPT y de la SS, la juez a quo tenía la facultad de formar libremente su convencimiento, sin que estuviera sujeta a una tarifa legal de pruebas, que comprometiera analizar, por ejemplo, la incidencia laboral de las plataformas digitales de las que hacía uso el causante para el ejercicio de sus obligaciones contractuales, tal como lo proponen al unísono los recurrentes.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, en sentencia del 16 de octubre de 2012, con radicación 40966, sobre el particular recordó que, en el marco jurídico de los contratos de cuentas en participación los partícipes tendrán los mismos derechos y obligaciones en comandita simple, y que la permanencia del gestor activo, es decir, del representante legal o



quien hiciere sus veces de la demandada MARKET MIX S.A.S., en el sitio de la operación mercantil, bien sea esta virtual o presencial, su calidad o no de comerciante profesional no tornan per se el contrato mercantil en laboral, puesto que, necesariamente el causante al prestar sus servicios a favor bien se de Almacenes Olímpica o de la plataforma digital domicilios.com, por el hecho de estar atado contractualmente con el socio gestor o dueño del negocio, debía en calidad de partícipe mantener comunicación con el primero o sus representantes en el marco de la operación mercantil, que era propiamente el del negocio de transporte domiciliario.

Por otro lado, si bien no hay duda la prestación personal del servicio del causante, presupuesto para que se presuma la existencia del contrato de trabajo conforme el artículo 24 del CST, lo cierto es que, como ya se indicó la misma era propia y necesaria para la ejecución del contrato mercantil suscrito con la demandada, y que en gracia de discusión, si se partiera de que tal prestación personal traslada la carga de la prueba a la convocada, de todas maneras lo que persiste es que el señor Luis Enrique Guaqueta no estaba sometido al cumplimiento de horarios, ordenes o directrices pro parte de MARKET MIX S.A.S, o por lo menos eso no quedó probado, y en tal orden de ideas nada impide para que se infiera que las actividades las realizaba con autonomía e independencia.

Por otro lado, en cuanto a lo manifestado en el recurso sobre eventuales deducciones o descuentos sobre los dineros de propiedad del causante, desde ya se advierte que su discusión no le corresponde a esta jurisdicción, comoquiera que al quedar acreditada la inexistencia de una relación laboral, dicha controversia no le corresponde al juez del trabajo dirimirla.



Por último, por el hecho que la ARL Liberty realizara capacitaciones al causante, ello no quiere decir que necesariamente la afiliación al Sistema de Riesgos Laborales del participe no gestor sea un indicio de una relación de trabajo o que desvirtúe la validez del contrato de cuentas en participación, puesto que, de conformidad con el numeral 1° del literal a) del artículo 2° de la Ley 1562 de 2012, que modificó el artículo 13 del Decreto – Ley 1295 de 1994, son afiliados obligatorios al Sistema de Riesgos Laborales *las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, tales como contratos civiles, comerciales o administrativos, con una duración superior a un mes y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación*, lo anterior, en concordancia con el Decreto 723 de 2013.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

**Sin costas** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

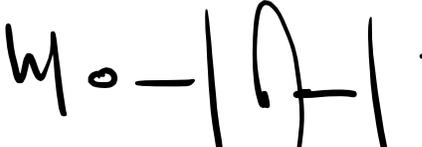
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.



Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C  
SALA LABORAL**

**PROCESO ORDINARIO No. 10-2018-0646-01**

**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA

**DEMANDANTE:** NICOLAS ANDRES MEJIA BAHAMON

**DEMANDADOS:** CUBICA INGENIERIA Y CONSTRUCCION  
S.A.S.

**MAGISTRADA PONENTE:**

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

Al conocer los recursos de apelación interpuestos por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 7 de octubre de 2020.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes.



## **ANTECEDENTES**

El señor Nicolas Andrés Mejía Bahamón por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la empresa demandada a término indefinido entre el 23 de noviembre de 2016 hasta el 30 de enero de 2018, y que el mismo finalizó por despido indirecto ante el incumplimiento de las obligaciones laborales del empleador; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la convocada al pago de los conceptos de cesantías, indemnización por la no consignación de las cesantías, intereses a las cesantías e indemnización por el no pago de los intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa o indirecto, indemnización moratoria del artículo 65 del CST y costas del proceso. Subsidiariamente solicitó el pago de las condenas de manera indexada.

## **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada a partir del 23 de noviembre de 2016, para prestar sus servicios de manera personal en el cargo de ingeniero estructural, con un salario inicial de \$1.800.000; que el día 7 de abril de 2017 la EPS lo requirió por encontrarse en mora en el pago del aporte del periodo de marzo de 2017, situación que volvió a presentarse para los meses de mayo, junio, julio y agosto de igual año; que debido a lo anterior, en septiembre de 2017 el representante legal de la demandada propuso al actor terminar el contrato de trabajo y en su lugar celebrar un contrato de prestación de servicios, con el argumento de evitar una alta carga prestacional.



Que el día 11 de septiembre de 2017 entre el actor y el representante legal de la demandada se suscribió un acuerdo de pago consistente en el pago de \$6.500.000 por concepto de lo adeudado por liquidación laboral, y \$900.000 por firmas de diseños estructurales, presentación de hojas de vida para certificación de experiencia, presentación de licitaciones y acuerdos laborales mutuos.

Que el día 12 de septiembre de 2017 se suscribió el mentado contrato de prestación de servicios entre las partes, para desempeñar las mismas funciones del contrato de trabajo a partir del 18 de igual mes y año, con una remuneración de \$2.400.000 mensuales, a lo cual agrega que, entre el 12 de septiembre de 2017 hasta el 30 de enero de 2018 no pago el valor acordado en el contrato, por lo que, en la anterior fecha, el actor toma la decisión de comunicar de manera verbal al representante legal la renuncia al cargo que venía ocupando.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la suscripción del contrato de trabajo el 23 de noviembre de 2016 con el actor, que este prestó sus servicios de manera personal como ingeniero estructural y que el salario correspondió a la suma de \$1.800.000, y sobre lo demás manifestó aceptar algunos de manera parcial y no constarle otros. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas; cobro de lo no debido; buena fe, y prescripción.



## **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

### **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** que entre NICOLAS ANDRES MEJIA BAHAMON y la sociedad CUBICA INGENIERIA CONSTRUCCIÓN S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido desarrollado entre el 23 de noviembre de 2016 al 2 de noviembre de 2017 en el cargo de ingeniero estructural; entre el 23 de noviembre de 2016 y el 11 de septiembre de 2017 devengando un salario de \$1.800.000, y a partir del 12 de septiembre de 2017 al 2 de noviembre de 2017 la suma de \$2.400.000, y en consecuencia el salario promedio del año 2017 de \$1.901.325, de conformidad con la parte considerativa.

**SEGUNDO: CONDENAR** al demandado CUBICA INGENIERIA CONSTRUCCIÓN S.A. a pagar al señor NICOLAS ANDRÉS MEJIA BAHAMON las siguientes sumas y por los conceptos que se relacionan:

- Indemnización art. 99 de la Ley 50 de 1990, por cesantías año 2016:  
\$13.620.000

**TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación frente a la indemnización del art 99 de la Ley 50 de 1990, de las cesantías del año 2017, indemnización del art.64 y 65 del CST, y la excepción de cobro de lo no debido respecto a las prestaciones y vacaciones de los años 2016 y 2017 por pago; se declaran probadas las demás excepciones propuestas y se absuelve de dichas pretensiones incoadas por el demandante NICOLAS ANDRES MEJIA BAHAMON a la demandada CUBICA INGENIERIA CONSTRUCCIÓN S.A.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada a favor de la parte demandante, tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.



**SE NOTIFICA EN ESTRADOS**

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Con relación con la existencia del contrato de trabajo a término indefinido que se solicita entre el 23 de nov de 2016 hasta el 30 de enero de 2018 en el cargo de ingeniero estructural y con un salario de \$1.800.000, que fue terminado por el trabajador por el no pago de los salarios desde sept de 2017 a enero de 2018 de manera verbal ante el representante legal de la sociedad, se opone la demandada al insistir que no existió contrato de trabajo, que solo existió hasta el 11 de sept de 2017 y que con posterioridad lo que existió fue un contrato de prestación de servicios, que se le pagaron todas las prestaciones mediante un acuerdo que se realizó.

Lo que debe resolverse es si existió un único contrato de trabajo a término indefinido desde el 23 de nov de 2016 al 30 de enero de 2018 o existieron dos relaciones laborales diferentes o si existió una relación de contrato de trabajo a término indefinido y una de prestación de servicios entre el 23 de nov de 2016 al 11 de sept de 2017 y del 18 de sept al 30 de enero de 2018, y establecer si hay lugar al pago de las prestaciones sociales, y las indemnizaciones del art 99 de la ley 50 de 1990 y del art 65 del CST, y si el contrato terminó por despido indirecto por el incumplimiento del pago salarial.

Que conforme los artículos 23 y 24 del CST, y sentencia SL981 de 2019 que habla sobre las interrupciones entre uno y otro contrato laboral; que en el presente caso se aceptaron los hechos 1 al 3 y 10, por tanto quedó excluido del litigio el vínculo laboral con contrato a término indefinido del demandante a partir del 23 de nov de 2016 en el cargo de ingeniero estructural, que prestó sus servicios de manera personal, con un salario de \$1.800.000, que el día 12 de sept de 2017 las partes celebraron un contrato de prestación de servicios, es lo que se encuentra aceptado; que en relación con el contrato entre el 23 de nov de 2016 y hasta el 11 de sept de 2017 ese periodo no está en discusión que aparece a folio 4 a 5 del plenario.

Que en cuanto al periodo por prestación de servicios suscrito el 12 de sept de 2017, y que se indica en el contrato que inicia el 18 de sept de 2017 folios 12 a 13, que en la cláusula segunda, en cuanto a la duración o plazo se dijo que el plazo para la ejecución sería contado a partir del 18 de sept de 2017 el cual podría prorrogarse por acuerdo entre las partes antes de la expiración mediante la celebración de un contrato adicional que debía constar por escrito, también se estableció que el valor del contrato sería por \$2.400.000 teniendo como forma de pago mensual y en efectivo, que se establecen las obligaciones del dte para la realización de diseños; que si bien la demandada manifiesta la existencia de un contrato de prestación de servicios, el representante legal en el interrogatorio de parte confiesa que el dte prestó sus servicios como ingeniero estructural en vigencia del contrato de trabajo del 23 de nov de 2016 al 12 de sept de 2017 y que las funciones desarrolladas con posterioridad al 12 de sept cuando se celebra el contrato señala que las funciones desarrolladas fueron de diseño edificaciones y que en los dos contratos las funciones del dte fueron de ingeniero estructural, que también indicó que en el contrato de prestación de servicios el jefe inmediato del dte era el ingeniero Miguel Garavito, y que en vigencia del contrato de



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0646 – 01 DTE: NICOLAS ANDRES MEJIA BAHAMON  
DDO: CUBICA INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S.**

trabajo el dte dependía del representante legal; que se tiene aceptado que las funciones que venía realizando el dte desde el 23 de nov de 2016 hasta el 11 de sept de 2017 y que luego inicia bajo la modalidad de prestación de servicios el 18 de sept de 2017, son las mismas. Que no hay una actividad diferente, que lo único diferente es que cambia la remuneración de \$1.800.000 a \$2.400.000, que no se sabe por qué se hace ese contrato, porque la parte dte indica que fue la parte demandada quien le propuso esa situación, hecho que no está probado, lo que si quedó probado por aceptación del dte es que él fue quien realizó el contrato de prestación de servicios, por lo que no es dable lo que dice el apoderado de la parte demandada, indicar que no puede venir a alegar su propia torpeza en su defensa, recodar que estamos en el ámbito de las relaciones de carácter laboral que merecen especial protección constitucional y que el art. 53 de la CP, establece la primacía de la realidad sobre las formas, documentos suscritos entre las partes o los nombres que se le hayan dado a la relación, que lo que interesa es lo que está demostrado en el proceso; que lo que se logra probar con el interrogatorio de parte de la demandada es que las labores del dte cuando se hace el contrato de prestación de servicios son las mismas que venía desarrollando desde el 23 de nov de 2016 que no hay un cambio sustancial de las mismas que permita verificar que hubo una finalización del contrato de trabajo, Maxime si entre el 11 de sept, se suscribe un contrato el 12, y que se iniciaban actividades el 18 de sept, se tiene una diferencia de 6 días, que como lo ha citado la Corte cuando se trata de este tipo de interrupciones, que son inferiores a un mes deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, no se logra demostrar cual es la razón o por qué motivo se realizó esa terminación, que el interregno entre el contrato laboral y el denominado de prestación de servicios es de 6 días, no es suficiente para demostrar que efectivamente había una verdadera intención de acabar el contrato, así exista un acuerdo en el cual las partes celebraron y señalaron, que terminaban el contrato o hicieron un acuerdo por \$6.500.000, más \$900.000 como quedó establecido con los interrogatorios de parte de las partes, no es posible determinar que hubo solución de continuidad entre el contrato de trabajo y el contrato que inició el 18 de sept de 2017, en consecuencia, lo que esta probado que el dte realizaba las mismas actividades, que el mismo representante legal de la demandada indicó que él venía o siguió ejerciendo las mismas actividades que tenía en el contrato de trabajo, que siguió con los proyectos que traía en el contrato de trabajo y dando respuestas a esas observaciones de las curadurías que tenía desde el contrato de trabajo.

Que efectivamente no se produjo la terminación del contrato de trabajo el 11 de sept de 2017, sino que hubo una continuidad y el despacho aplicará esta continuidad al contrato, recuérdese que el simple hecho de existir la prestación del servicio, más lo manifestado por el representante legal, esta demostrada la prestación del servicio del dte lo que permite aplicar el artículo 24 del CST y que en este caso quien tenía la carga de desvirtuar esa presunción a la parte demandada que no allega ninguna prueba que desvirtuó que esta era una prestación de servicio sin subordinación, por el contrario el representante legal dijo que el jefe inmediato del dte en el contrato de prestación de servicios era Miguel Garavito, que lo que se reafirma es la existencia de la relación laboral que fue continua sin solución de continuidad.

Sobre la finalización del contrato de trabajo el dte señala que lo fue el 30 de enero de 2018, hecho que no fue aceptado por la parte demandada, que la parte demandante incumple con la carga de la prueba en demostrar que hubo prestación de servicios hasta el 30 de enero de 2018, no allega ninguna prueba que permita establecer que efectivamente prestó servicios hasta esa fecha, se habla que se presentó una renuncia de carácter verbal lo cual no se prueba, no hay una carta de renuncia y tampoco hay documentos, a pesar que el dte en el interrogatorio de parte, en pregunta que le hace



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0646 – 01 DTE: NICOLAS ANDRES MEJIA BAHAMON  
DDO: CUBICA INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S.**

la apoderada de la parte demandada, que si bien tenia las comunicaciones que le enviaban para las ordenes de trabajos que dice realizó en la etapa de prestación de servicios dado que se indica por las dos partes que sus labores las hacia en su casa teniendo en cuenta que ya no existía oficina de cubica, él dice que si obran en su email pero lo cierto es que no se allegan al proceso ni un solo correo de los que él indica o wats up; que se había solicitado la declaración del señor Carlos Velandia testimonio del cual desistió la apoderada de la parte demandante, que poco podría arrojar dado que el dte en interrogatorio de parte indicó que el señor Velandia también se había retirado de la empresa y para la etapa de contratación denominada de prestación de servicios, él no trabajaba con cubica y que no tuvo compañeros de trabajo razones por las cuales nada hubiese podido aportar el señor Velandia.

Que la única documental que se tiene es un pago que se hace el 12 de enero de 2018 por la suma de \$2.000.000 en el banco Bogotá a nombre del dte, quien en el interrogatorio señaló que no le habían pagado, que no recordaba el pago pero al ponerle de presente el documento señaló que si y que ello correspondía a esos pagos que le hizo la demandada, y el representante legal de esta señaló que ese dinero correspondía a lo que hizo hasta el 2 de noviembre de 2017, respuesta que entregó al preguntársele que hasta cuando había prestado el servicio el dte, este señaló que solo fue hasta el 2 de noviembre de 2017; por su parte, el dte no allega ningún documento ni testimonial que permita establecer que efectivamente laboró hasta el 30 de enero de 2018, tenemos por confesión de la parte demandada que efectivamente prestó servicios hasta el 2 de noviembre del año 2017, el despachó tomará esa fecha, como fecha de terminación del contrato dado que no existe otra prueba que permita deducir una fecha diferente y se establece que el contrato del dte fue del 23 de nov de 2016 al 2 de nov de 2017, de conformidad a lo señalado en la confesión del representante legal de la demandada.

Lo anterior, dado que el contrato de prestación de servicios celebrado el 12 de sept de 2017 enmascaró una verdadera relación de trabajo que venía desempeñando el actor y conforme el principio de primacía de la realidad se establece la prestación del servicio en los términos antes señalados.

Como salario se decretará que entre el 23 de nov de 2016 al 11 de sept de 2017 devengaba la suma mensual de \$1.800.000 y entre el 12 de sept de 2017 al 2 de nov de 2017 la suma de \$2.400.000, teniendo en cuenta las clausulas del contrato de prestación de servicios que se acordó que las sumas se pagarían mensualmente, y lo dicho por el representante legal de la demandada que dijo que era de aprox \$2.200.000 que en todo caso no recordaba bien de cuanto era, entonces se declarará lo que establecieron en el contrato de \$2.400.000

Sobre la forma de terminación del contrato, el dte dice que terminó el contrato por una justa causa imputable al empleador, porque había mora en el pago de aportes a seguridad social y que al 30 de enero de 2018 se encontraba en mora el pago de salarios; ya se dijo que no se logra probar la prestación del servicio hasta enero de 2018 y que no hay ninguna prueba que permita establecer que se incumplió por la parte demandante como trabajador que daba por terminado el contrato por justa causa imputable al empleador, que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la terminación la causal o motivo de esa determinación posteriormente no pueda alegar una causal distinta, criterio reiterado por la Corte, que la carga probatoria se encuentra en cabeza de la parte demandante que pretende ese despido indirecto y la indemnización del art 64 del CST correspondiendo al trabajador acreditar el hecho del despido para trasladar la carga al empleador de acreditar la existencia de las causas que justifiquen su actuar, que en este proceso la parte actora no logró probar demostrar el despido indirecto dado que la misma indica en la demanda que fue de carácter verbal y en el interrogatorio de



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0646 – 01 DTE: NICOLAS ANDRES MEJIA BAHAMON  
DDO: CUBICA INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S.**

parte el representante legal no indica haber recibido la renuncia de manera verbal, que por las anteriores razones no hay lugar declarar que el contrato terminó por despido indirecto, y en consecuencia se absolverá del despido indirecto y la correspondiente indemnización.

Sobre las demás pretensiones de la demanda sobre el pago de prestaciones sociales como cesantías, intereses a las cesantías, sanción por el no pago oportuno de intereses a las cesantías, indemnización del art 99 de la Ley 50 de 1990, primas de servicios, vacaciones, que teniendo en cuenta los extremos temporales del contrato de trabajo, el derecho a cesantías liquidadas entre el 23 de nov al 31 de dic de 2016 teniendo como salario la suma de \$1.800.000, se tiene la suma de \$190.000 por 38 días de trabajo, intereses a las cesantías \$2.407, primas de servicios por valor de \$190.000; que en relación al año 2017, se liquidará con un saldo promedio tomando 252 días con un salario de \$1.800.000 y 51 días con \$2.400.000, lo que corresponde a un salario promedio de \$1.901.325, sobre los cuales se liquida las cesantías correspondientes del 1 de enero al 2 de nov de 2017 \$1.595.000, intereses a las cesantías de \$191.400, primas \$1.595.000, y las vacaciones por la totalidad del tiempo laborado de 340 días sobre ese salario promedio arroja un valor de \$897.848 como valor total de vacaciones por todo el tiempo laborado, que sumadas las prestaciones sociales del años 2016 y 2017 se tiene el valor total de \$4.664.062, por cuanto se incluye la sanción del no pago oportuno los intereses a las cesantías en enero del año 2017 de las cesantías del año 2016 y en consecuencia hay que pagarlos dobles por la suma de \$2.407 y por ello se llega a ese valor.

Que ambas partes aceptaron que hubo un acuerdo y que se produjo el pago por la suma del acuerdo, que es una suma inicial de \$6.500.000 y adicionalmente se establece un pago de \$900.000 que va a estar representado, según se aclaró en los interrogatorios de parte, para diseños estructurales, presentación de hojas de vida, certificación de experiencia, para un total de \$7.400.000, y que esa era la voluntad de ambas partes, en el interrogatorio el dte aceptó haber recibido dichas sumas de dinero y el 2 de octubre de 2017 hay una firma en el documento que se allega al expediente, un recibo de caja menor de la misma fecha que se recibieron los \$6.500.000; que hay un pago recibió el demandante por \$7.400.000 y las prestaciones que se reclaman corresponden a \$4.664.062, por lo que hay un valor a favor de la demandada de \$2.735.938, en consecuencia se imputan dichos pagos a las sumas reclamadas y por ende, no hay lugar a ordenar el pago de prestaciones sociales y vacaciones porque se encuentran pagos en su totalidad.

En cuanto a la petición del art.99 de la Ley 50 de 1990, por las cesantías del año 2016, en el proceso no obra pago o consignación de cesantías, ha quedado claro que se le pagó con el acuerdo suscrito entre las partes, y por ende, esta demostrado que no se hizo esa consignación, que no hay una justificación atendible para que no se hubiese hecho el 14 de febrero de 2017 a favor del dte, lo cual genera la aplicación de la sanción del artículo 99, que no hay prueba de buena fe por la no consignación, que la misma se debe reconocer con el valor del salario de las cesantías que no se consignaron, con un salario de \$1.800.000 y en consecuencia, el valor diario era la suma de \$60.000, que no se hizo la correspondiente consignación pero se le pagó por ese acuerdo, que para la liquidación se tiene desde el 15 de febrero de 2017 hasta el 2 de octubre de 2017 sobre el salario de \$60.000 lo que permite establecer una indemnización de \$13.620.000 que deberá pagar la demandada al dte, por la no consignación de cesantías del año 2016; en cuanto al pago de la indemnización por las cesantías del año 2017, el contrato terminó el 2 de noviembre de 2017, no se había generado todavía la obligación de consignar las cesantías y por tanto no hay lugar a la misma, aun incluso si el contrato hubiese ido hasta el 30 de enero de 2018, como lo señalara la



parte demandante, en esa fecha tampoco se había generado la obligación de consignar cesantías.

Sobre la indemnización moratoria del art 65 del CST, consideró el juzgado que la demandada con el pago de \$7.400.000 que hizo a favor del dte por concepto de prestaciones sociales por toda la relación laboral, que solo ascendían a \$4.664.062, no hay lugar a imponer condena por este concepto, ya que a la terminación de la relación laboral para el 2 de nov de 2017 se encontraba a paz y salvo la demandada en este aspecto, absolverá de la misma.

Sobre los salarios para el periodo del contrato de prestación de servicios, no se hizo una pretensión específica, que lo único que se tiene es ese pago del 12 de enero de 2018 por \$2.000.000 que el representante legal dijo que correspondía a lo último que realizó el dte, y este dijo que recibió este dinero como parte de esos pagos que le estaban adeudando, por lo que no quedó claro si existió esa deuda de salarios, que no se pidió ninguna pretensión para el reconocimiento de salarios adeudados, y tampoco se discutió en el proceso, por lo que tampoco es posible resolver por las facultades ultra y extra petita.

Resuelve excepciones, con relación a la prescripción declara no probada dado que el contrato se terminó el 2 de nov de 2017 y la demanda se interpone en octubre de 2018.

## **APELACIÓN**

### **PARTE DEMANDANTE**

“Interpone recurso de apelación centrando el mismo en la compensación de saldos que se realizan respecto al pago realizado al demandante en el acuerdo celebrado por las partes el 11 de septiembre del 2017, ya que el juzgado toma el valor pagado de \$6.500.000, que de acuerdo con lo que está establecido en el acuerdo de pago que obra a folio 72 y 73 la suma de \$6.000.000 establecida en el numeral 4° del acuerdo corresponde a una suma por concepto de capital adeudado del pago de la liquidación, nos apartamos de la decisión proferida en primera instancia en el sentido que al hacer las cuantificaciones correspondientes por parte de la juez de primera instancia se toma un valor total incluida la sanción moratoria por no pago oportuno de los intereses a las cesantías de \$4.664.062; que de acuerdo con la liquidación del juzgado dentro de los considerandos de la sentencia se tomó un valor para el año 2016 de cesantías de \$198.000, intereses de \$2.407, prima de servicios de \$190.000 teniendo en cuenta que esta liquidación proyectada dentro del acuerdo corresponde al pago de la liquidación total que hasta ese momento estaba adeudando la sociedad demandada al demandante por concepto de prestaciones sociales y de vacaciones, se puede observar que en este caso se hace una compensación sobre valores que no corresponden, es decir, el juzgado equivocadamente realiza una compensación sin haber liquidado valores anteriores por los conceptos devengados del 23 de nov de 2016 hasta la fecha de celebración del acuerdo 11 de sept de 2017, de manera que al hacer el acto de compensación al juzgado le arroja un saldo a favor de la parte demandada que en este caso no aplicaría, por lo que solicita al Tribunal que revise la manera en que el juzgado valoró los pagos realizados dentro del acuerdo de pago, que reitera, corresponden a pagos de la liquidación de acreencias laborales por concepto de prestaciones sociales de salarios adeudados y por concepto de vacaciones del periodo del 23 de nov de 2016



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0646 – 01 DTE: NICOLAS ANDRES MEJIA BAHAMON  
DDO: CUBICA INGENIERIA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S.**

al 11 de sept de 2017 de manera tal que al hacer la valoración cuantitativa no quedarían saldos a favor de la parte demandante, en gracia de discusión, porque en este momento no he proyectado la liquidación completa, todavía quedaría pendiente el valor de las prestaciones sociales y de las vacaciones del periodo del cual hubo continuidad contrato a partir del 12 de sept de 2017 hasta la fecha en la cual el despacho encontró probada la relación laboral el 2 de nov de 2017 que ese orden de ideas solicita se modifique la sentencia en el sentido de incorporar los valores que están pendientes por concepto de acreencias laborales del periodo que no se tuvo en cuenta dentro del acuerdo que suscribieron las partes el 11 de sept de 2017, y que en la medida que existe incumplimiento por parte de la demandada por concepto de acreencias laborales, teniendo en cuenta la continuidad del contrato solicita al Tribunal que condene al pago de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST a razón de un día de salario hasta el pago de la obligación teniendo en cuenta que los valores que el juez de primera instancia compensó no cubren la totalidad de los pagos por concepto de prestaciones sociales que se le adeudan al demandante, que en todo lo demás se encuentra de acuerdo, en el numeral primero y segundo, pero solicita incorporar el pago de la indemnización moratoria del art 65 del CST y validar completamente la compensación realizada por el juzgado.”

## **PARTE DEMANDADA**

“Interpone recurso de apelación solicitando la revocatoria total de la sentencia y solicita se condene en costas a la parte demandante; que si bien el juzgado resaltó las manifestaciones del representante legal de cúbica S.A., también omite resaltar los apartes importantes del interrogatorio de parte del demandante, ya que el representante legal de la demandada no negó que el demandante siguiera con unas mismas funciones, tampoco aceptó que hubiere habido remuneración después del correspondiente 18 de sept de 2017, que tampoco se probó a lo largo del proceso de manera efectiva que se hubiere prestado el servicio el demandante, por lo que considera que el material probatorio dentro del presente proceso no da lugar para generar una condena y mucho menos para declarar una solución de continuidad del contrato, porque ni siquiera se tiene claro la fecha real de terminación así lo pudo probar el demandante, que tampoco así lo tenía bien en su cabeza la parte demandada el representante legal.

Que simplemente se está bajo una figura donde probatoriamente ninguna de las dos partes probaron más allá de ninguna duda razonable la existencia de un contrato laboral después del 18 de sept de 2017, es que no hay forma de declararlo; que así las cosas, se debe tener en cuenta que si se escucha de manera detenida el interrogatorio del demandante, este tenía contratos profesionales independientes por fuera de cubica S.A. durante el contrato de prestación de servicios, que tan es así que las firmas del señor Luis o miguel eran otorgadas a él para que pudiera generar sus trámites personales, entonces aquí rompemos muy fuerte el tema de la prestación personal del servicio porque pues él se dedicaba a otras cosas.

Que el demandante también hablaba de lo que hizo en el periodo de más o menos septiembre u octubre, noviembre digámoslo así, fueron correcciones o requerimientos que le hacían las curadurías, pero pues no eran obligaciones directas que el demandado le hiciera alguna manifestación.

Que la juez indicó que en el interrogatorio se le preguntó al demandante si tenía correo de esa subordinación aparente donde le requerían trabajos, aparentemente todo lo que



enunció en este proceso pero que sin embargo él dijo que existían pero que no los aportó, que por lo anterior, considera que si bien el CST siempre busca el beneficio del trabajador, también consideró que quien este solicitando debe probar lo mínimo que esta pidiendo y no atenerse a que simplemente por un decir, por un hablar, se deba desvirtuar absolutamente todo por la otra parte; que lastimosamente no hay material probatorio suficiente para generar una condena o una absolución total, que considero es un tema muy complejo, no lo hay, no hay material probatorio suficiente en este proceso, pero considera que el juzgado no atinó al momento de declarar la continuidad del contrato de trabajo, porque el mismo demandante aceptó que firmó un contrato hasta laborado por él de prestación de servicios posteriormente, que él mismo indicó desde qué momento iba a comenzar, que iba a estar desde la casa, ahí rompe un poco el tema laboral, y que si se declara que efectivamente lo que se pagó como liquidación 6 millones 500 mas los 900 mil en firma, compensa todo lo laboral de ahí para atrás, no podemos hablar de que es el mismo vínculo laboral, si hubo una interrupción, que tan es así que no entiende por qué el juzgado consideró que hubo hasta un aumento de salario porque pasamos de un millón ochocientos a 2 millones 400 que fue obviamente lo estipulado en un contrato de prestación de servicios, que así las cosas, considera el apoderado que el Tribunal lo que debe hacer en este caso es la valoración probatoria correcta e indicada que no va a llevar a un único resultado que es la absolución de la demandada y condena en costas al demandante, porque esta no es la oportunidad procesal para solicitar cosas que no se solicitaron en la demanda, y que tampoco para hacer una verificación aritmética del juzgado que pues el juzgado tendrá su soporte, que en últimas lo importante es que conforme el CGP la parte que solicite algunos hechos jurídicos debe soportarlos y a lo largo de este proceso, más allá de lo que haya indicado el representante legal de la demandada, la parte actora no probó una relación laboral a partir del 17 de septiembre de 2017, no hubo subordinación, no hubo remuneración, no hubo la prestación personal del servicio, no lo hubo y no se probó, que tan es así que por eso se consideró que no era tan cierta la fecha de terminación, eso es lo importante en este proceso, que no hay ninguna certeza de esa prestación del servicio, y que por ello solicita se revoque totalmente la condena y se condene a la parte demandante.”

## **CONSIDERACIONES**

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, teniendo en cuenta la inconformidad de cada uno, que, en síntesis, obedece a: por la parte actora, el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, y para que se valide lo que denominó compensación, que realizó el juzgado frente a las acreencias reconocidas y pagadas al actor, ya que considera que no hizo parte del acuerdo de pago



las acreencias laborales entre el 12 de septiembre hasta el 2 de noviembre de 2017; por parte de la demandada, solicita se revoque la sentencia y se condene al demandante en costas. Que no se logró acreditar la prestación del servicio del actor con posterioridad al 18 de septiembre de 2017.

En lo que respecta al recurso de apelación formulado por la parte demandante, primero se abordará lo relacionado con los pagos que la demandada realizó al actor por concepto de prestaciones sociales, no sin antes precisar que, contrario a lo manifestado por la recurrente, en momento alguno la juez de instancia aplicó la figura de la compensación, y menos aún, dado que, para proceder a ello se requiere la existencia de obligaciones recíprocas entre las partes, es decir, que tanto el empleador como el trabajador sean deudores y acreedores entre sí, lo cual no fue acreditado en el presente proceso.

En lo que tiene que ver con el pago de prestaciones sociales, al revisar los pagos realizados al demandante, y al contrastarse los mismos con lo considerado por el juzgado, como lo solicita la apelante, se encuentra que, tales conceptos laborales, primero, se liquidaron hasta la fecha de terminación de la relación de la relación laboral, esto es, el 2 de noviembre de 2017, y segundo, contrario a lo manifestado por la recurrente, al verificar la liquidación que hizo el juzgado efectivamente surge un valor a favor de la demandada, respecto del pago que hiciera al actor en cumplimiento a lo pactado en el acuerdo de pago suscrito el 11 de septiembre de 2017, es decir que, si bien el mismo tuvo corte en esta última fecha, lo cierto es que, con los valores reconocidos, los derechos prestacionales del demandante se garantizaron hasta el 2 de noviembre de 2017, sin que en momento alguno, se reitera, se trate de un acto de compensación.



En concordancia con lo anterior, con el recurso de igual manera se pretende se acceda a la condena por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, al subsumir la misma en el hecho que solo se pagaron prestaciones sociales hasta la fecha de la suscripción del acuerdo de pago el 11 de septiembre de 2017, situación que, como quedó visto, no ocurrió, y por lo tanto, no hay lugar a imponer dicha sanción, dado que la parte demandada para el momento de la terminación de la relación laboral, esto es, el 2 de noviembre de 2017, se encontraba a paz y salvo por concepto de salarios y prestaciones sociales que fueron probados en el proceso a favor del actor.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandada, no hay discusión de la existencia del contrato de trabajo, por lo menos, entre el 23 de noviembre de 2016 hasta el 11 de septiembre de 2017; la inconformidad surge precisamente respecto de la declaración de continuidad contractual de naturaleza laboral que en primera instancia se hizo hasta el 2 de noviembre de 2017, puesto que, el recurrente insiste en que para dicho periodo la relación jurídica que ato a las partes lo fue por medio de un contrato de prestación de servicios, al resaltar que no se encontró demostrada la prestación personal del servicio.

Al respecto, pasa por alto que, como fundamento probatorio para que se declarara la continuidad del vínculo laboral hasta el 2 de noviembre de 2017, se tuvo la confesión del representante legal de la demandada, en el sentido que el demandante entre el 12 de septiembre hasta el 2 de noviembre de 2017 continuó realizando las funciones de ingeniero estructural, que en todo caso, las funciones eran las mismas, y que para



dicho interregno el jefe inmediato de este era el señor Miguel Garavito, manifestación que además de reforzar lo antes referido, se encuentra en concordancia con la existencia de un contrato de trabajo al permitir un asomo de subordinación, y en consecuencia, lo anterior contribuye al convencimiento de que la relación laboral tuvo continuidad hasta el 2 de noviembre de 2017, sin que sea significativo la posible interrupción del contrato que pudo haberse dado entre el 12 al 18 de septiembre de 2017.

Lo así precisado antes, específicamente a la prueba de confesión del representante legal de la demandada, en el sentido que, el demandante continuó realizando las funciones que venía desempeñando hasta el 11 de septiembre de 2017, y que así lo hizo hasta el 2 de noviembre de esa misma anualidad, resultan ser razones suficientes para confirmar la decisión de instancia sobre el extremo final de la relación laboral.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

**Sin costas** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.



**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados

**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado

**LORENZO TORRES RUSSY**  
Magistrado

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**PROCESO ORDINARIO No. 10-2019-166-01**

**ASUNTO: APELACION AUTO**

**DEMANDANTE: JOSÉ BAYARDO RODRÍGUEZ  
FERNÁNDEZ**

**DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL  
DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES  
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UG**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

**DECISION**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, el día veintidós (22) de febrero de dos mil veintiuno (2021), en cuya virtud se declaró probada la excepción de cosa juzgada y se ordenó la terminación del proceso. (Expediente Digital).

**HECHOS**

El señor **JOSÉ BAYARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP**, para que mediante el trámite

de un proceso ordinario laboral se indexe el valor de su primera mesada pensional desde la fecha de la última cotización, esto es 4 de enero de 1987, hasta cuando adquirió el status de pensionado esto es el 20 de agosto de 1997, con reajustes, intereses moratorios, costas- (Expediente Digital).

La Juez 10 laboral del Circuito declaró probada la excepción previa propuesta y en consecuencia ordenó la terminación del proceso afirmando en síntesis: "... se debe acudir a lo establecido por el artículo 303 del CGP, que regula los requisitos de la cosa juzgada. Señaló que la UGPP manifestó que en el asunto que ocupa a este estrado judicial, ya fue decidido con anterioridad y que hizo tránsito a cosa juzgada.

*Para ello entonces se debe acudir al expediente de este proceso, para determinar cuales, son las pretensiones que se reclaman en el proceso 2019 166 que cursa en ese estrado judicial, específicamente a folio 59 del PDF se encuentran las pretensiones de la demanda, en donde el demandante está indicando que tiene derecho a que se indexe su primera mesada pensional desde la fecha de la última cotización hasta cuando adquirió su estatus pensional conforme al IPC; en cumplimiento al principio de igualdad y garantías constitucionales. La segunda pretensión hace referencia a que la UGPP le reconozca una cuantía inicial de \$684.263,14, a partir de la fecha en que adquirió el estatus pensional. La tercera pretensión señala que se condene a la UGPP a pagar los reajustes anuales. Cuarto al pago de las diferencias, entre lo pagado y lo que se ordene en la presente decisión, intereses moratorios y costas del proceso.*

*Posteriormente y luego de leer los hechos de la presente demanda, indicó que se debe acudir para determinar si efectivamente existe el fenómeno de la cosa juzgada, a la revisión del otro expediente y si bien es cierto no se allega la demanda presentada ante el juzgado Sexto, **la parte demandada allega las sentencias de las diferentes instancias y se tiene entonces que específicamente en el folio 42 del PDF en donde al realizar las consideraciones se hacen los antecedentes, en donde se solicita la reliquidación del demandante, con la actualización de los IPC, desde el año 1987 hasta el 10 de agosto de 1997, fecha en que cumplió el requisito de edad, teniendo en cuenta que solo se le reconoció para 1997 el valor resultante sobre lo devengado en el último año de servicios, esto es lo que devengó desde el 5 de enero de 1986 y hasta el 4 de enero de 198, pero sin la actualización de los IPC comprendidos hasta 1997. Así mismo solicitó el pago de las diferencias pensionales, que se condene a la demandada de conformidad con el art. 36 de la Ley 100 de 1993 a pagar en forma actualizada junto con los aumentos legales el valor de la mesada pensional que le corresponda a partir del 20 de agosto de 1997 y al pago de los intereses moratorios.***

*Así mismo procedió a leer el antecedente relacionado con los hechos de dicha demanda, encontrando que en ellos se indica que laboró para distintas entidades hasta el 4 de enero de 1987, que nació el 20 de agosto de 1948, por lo que cumplió la edad de 55 años el 20 de agosto de 1997, fecha a partir de la cual adquirió el estatus de pensionado. Que le reconocieron la pensión teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios, pero sin la actualización con los IPC correspondientes al año 1997, ya que simplemente se calculó la pensión y se ajustó al mínimo legal.*

Posteriormente, la sentencia del Juzgado Sexto, resolvió que era procedente la reclamación y condenó a la demandada a actualizar el salario del actor desde 1987, fecha de la desvinculación, hasta cuando fue pensionado, a partir del 20 de agosto de 1997, fecha en la cual cumplió los 55 años edad y procedió a utilizar la fórmula de la indexación de una suma, y se ordenó el reajuste pensional del demandante, se establecieron las diferencias pensionales y se condenó a la Nación - Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

Esta sentencia fue apelada por la demandada y el H. Tribunal en sentencia del 31 de enero de 2006, indicó que en el proceso **se busca la reliquidación de la mesada inicial mediante la actualización del salario promedio devengado en el último año de servicios de conformidad con el art. 36 de la ley 100 de 1993, aplicando la indexación de la misma.** En este sentido consideró que, si había lugar a dicha actualización, pero modificó la decisión señalando que la cuantía de la primera mesada pensional era diferente. Frente a esta decisión se interpuso recurso de casación en el que la H. Corporación consideró que no había lugar a casar la sentencia ya que no se incurrió en los yerros endilgados y en ella la corte hace un estudio de la actualización del salario base de liquidación entre la fecha del retiro del actor y la fecha en que adquirió el estatus de pensionado, encontrando que la decisión se ajusta a derecho.

Así las cosas, la Juez de primer grado encontró de la revisión de estas tres sentencias, que se cumplían los requisitos para acceder a la cosa juzgada, ya que existe identidad de causa y objeto. En cuanto a la identidad de partes, señaló que si bien en el Juzgado Sexto Laboral, se inició la demanda en contra del Ministerio de Industria y comercio, es necesario recordar que una de las facultades que se le han otorgado a la UGPP, es el conocimiento de las obligaciones de las entidades públicas que han sido liquidadas y cuyas funciones han sido trasladadas de competencia a la UGPP; como es el caso que nos ocupa.

Por todo lo anterior, declaró probada la excepción propuesta oportunamente por la demandada, declaró la terminación del proceso y condenó en costas a la demandada.

Inconforme con esta decisión la parte demandante interpone recurso así: "...Gracias señora juez voy a interponer recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de tomar respecto a la excepción de cosa juzgada, el recurso lo interpongo de la siguiente forma: declara el despacho probada la excepción en virtud a que existen fuertes razones de derecho para concluir que hay cosa juzgada por considerar que mediante la sentencia proferida por el Tribunal Superior De Bogotá del 31 enero del 2006, se estableció que la mesada pensional del peticionario se reajustó. No obstante los argumentos expuestos aunque no corresponden a la correcta interpretación del valor constitucional de los artículos 23 y 25 53 y 58 pues a mis mandantes les existe el derecho que su pensión mensual vitalicia de jubilación sea liquidada en debida forma y actualizada por estar considerado dentro del calificativo de un bien a la luz de la prescriptiva del artículo 2 superior lo contrario sería la vulneración de éste y la violación por parte de la demandada al artículo 58 superior, se transgrede porque primero la pensión mensual vitalicia está tutelada legalmente, segundo, mi mandante cumple con todos los requisitos

legales para ser beneficiaria de la misma, no le han sido reconocidos en forma legal sus derechos que adquirió con justo título, como tercer punto y valores que le fueron reconocidos no han sido cancelados, como quedó visto en el acápite declaraciones teniendo en cuenta que la Constitución consagra un conjunto de valores y principios materiales y apuntan a la conformación de un orden social justo según se desprende del preámbulo de los principios fundamentales de la carta de derechos y es por ello que posterior a ella la ley 100 del 93 desarrolla en varias de sus disposiciones dichos principios constitucionales en cuanto a que consagra la prevención de crear mecanismos adecuados para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, efecto que indica la necesidad vista por el legislador de mantener un equilibrio económico entre las partes defendiendo y tomando una iniciativa cautelar hacia los precarios intereses del trabajador y que si se programa, perdón, **y que si se proclaman las pautas constitucionales y doctrinales en punto al tema que se examina, es claro concluir que las razones de justicia y equidad que han determinado la elaboración y aplicación concreta de la teoría de la indexación o actualización monetaria concurrían para conocer su operatividad en el caso que se examina.** De otra parte, es preciso Resaltar que en el presente caso no se solicitó reliquidación con los factores que ya habían sido aplicados en la pensión de mi asistido, **sino que por el contrario se requiere para que reconozcan y pagué la indexación de la primera mesada pretensiones que discrepan del proceso que se declara como cosa juzgada.** Ahora bien, ese proceso y el que nos ocupa el día de hoy difieren respecto a las pretensiones de la demanda de allí que declarar probada esta excepción sería todas luces contraria a lo establecido en la ley puesto que el artículo 303 del código general del proceso prevé que la misma tendrá lugar en los eventos en los que se advierta la identidad de objetos de causa pretendí y de partes procesales en el caso concreto lo procedente es no declarar la cosa juzgada, **ya que la sentencia proferida el 31 de enero del 2006 se estableció que la mesada pensional del peticionario se realizaba la suma de \$240.173, si bien adquirió el ajuste de la pensión de mi representado también es cierto que en segunda instancia el tribunal revoco el numeral 1° del fallo el cual se hizo referencia la indexación de la primera mesada pretensión nueva que se persiguen este proceso, adicionalmente tenemos que respecto a temas pensionales, como dicen del presente caso no hay cosa juzgada en materia de reliquidación pensional, para que se declara configurado el fenómeno de la cosa juzgada la Norma procedimental contempla que la fuerza de cosa juzgada es predicable de las sentencias ejecutoriadas siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto es decir la misma relación jurídica sobre la cual Versa el derecho pretendido se origina en la misma causa petendi, esto es la misma razón de hecho que se enuncia en la demanda Como fundamento de la pretensión, y que haya identidad jurídica de las partes entre ambos procesos de conformidad con el artículo, no, ahí si no, así las cosas, si bien es cierto, mediante sentencia proferida por esta corporación el 31 del 2006 se decidió sobre la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante existiendo identidad jurídica, la misma causa pretendí, el mismo objeto con el caso que ahora se a estudiar, también lo es que, aunque el objeto de la litis se refiere a la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante el punto central del mismo que se trata es de la pensión, perdón, es de la indexación de la primera mesada pensional enfocada a la pensión convencional del 3 de febrero de 1988, artículo 48 vigente a la época del retiro, lo cual no ha sido definido **ya que al tratarse un derecho imprescriptible fundamental, al existir elementos nuevos como son también la sentencia C862 del 2006****

***respecto al derecho a la actualización de la primera mesada pensional con anterioridad a la expedición de la ley 100 del 93 la sentencia SU120 de 2003, sobre la indexación de la pensión, la SU 1073 del 2012 que reitero el derecho a la indexación que cobija a los pensionados, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia sala de casación civil 5 de mayo del 2016 radicado 2016 522- 1 y la aplicación de otra normatividad que no fue tomada en cuenta en esa ocasión, no se puede decir que opera la cosa juzgada en materia de la reliquidación pensional, bajo esos argumentos señora juez dejo sentado en el recurso apelación solicitando que el alto tribunal revoque la decisión y se continúe con el proceso de otra parte también Solicito que en la condena en costas ya que mi representado presentó la presente demanda bajo el principio de la buena fe así, a fin de que su primera mesada pensional fuera reliquidada, no con la intención de buscar una nueva sentencia que reviviera un proceso que ya había terminado sino por lo menos porque esa petición o esa pretensión no había sido resuelta entonces de esta manera su señoría dejo sentado mi recurso de apelación. Gracias”***

### **CONSIDERACIONES**

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS, en el que la parte demandante insiste en que no fue resuelta la pretensión de indexación en el primer proceso, siendo claro que no existe en consecuencia, cosa juzgada.

Debe resaltar la Sala que el fenómeno de la cosa juzgada como medio exceptivo previo, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, al atender conflictos que ya han sido solucionados por uno de los mecanismos de solución establecidos constitucionalmente.

Proseguir en consecuencia con el estudio de un nuevo proceso, para definir asuntos ya resueltos, conllevaría necesariamente a una repetición o a una contradicción de lo ya tratado en sentencias ejecutoriadas, contraviniendo con ello la eficiencia, celeridad y economía de la administración de justicia, además de principios de tan importante observancia como la seguridad jurídica.

Efectivamente el artículo 303 del CGP señala los requisitos para la configuración de la cosa juzgada, esto es la identidad jurídica respecto del objeto, causa y partes intervinientes, entre los dos procesos. Requisitos que, deben ser observados y verificados de manera estricta; y que desde ya la

Sala advierte se encuentran configurados, pues existe identidad en cuanto a las partes y, como ya se dijo, respecto del objeto y la causa, teniendo en cuenta lo definido con anterioridad y que más adelante detallaremos.

Y es que el concepto de cosa juzgada como figura procesal, no se opone como pareciera entender la parte recurrente, a los principios constitucionales que señala en la impugnación; por el contrario, es en nuestra carta política en donde se garantiza que, una vez resuelto un asunto por el Juez competente, no puede volver a ser presentado, bajo argumentos como variación de precedente, o bajo afirmaciones carentes de sustento relativas a no haber sido pedidos ni definidos antes.

Es por ello por lo que, no resulta acertado el argumento de la recurrente en el que se afirma que en asuntos pensionales no existe la cosa juzgada, por ser un derecho imprescriptible, pues evidentemente y aunque en estos temas pensionales para algunos aspectos no se da la prescripción, ello no implica que, una vez reclamados y definidos, se puedan volver a reclamar, confundiendo dos figuras procesales que tienen diferente efecto.

Ha sido por el contrario muy claro que la variación del precedente, o emisión de nuevas leyes o sentencias, no dan lugar a la iniciación de un nuevo proceso, en la medida en que las únicas excepciones a la regla general de efectos de cosa juzgada de las sentencias que deciden de fondo, se encuentran contempladas en el artículo 304 del CGP, en las que se señala cuales sentencias no constituyen cosa juzgada, sin que allí se mencione la variación del precedente o que se dicten nuevas sentencias o leyes que no existían cuando se definió el primer proceso, como afirma la recurrente. No sobra agregar que, la variación de un precedente, o nuevas leyes y sentencias, es una situación racionalmente previsible en sistemas jurídicos sometidos a una constante evolución y que se encuentran en disposición de adaptarse a las necesidades cambiantes de la sociedad que regulan. De esa manera y teniendo en cuenta que los conflictos deben encontrar una solución por la autoridad constitucionalmente designada para ello, no pueden revivirse todos los procesos que traten un mismo tema, cada vez que la jurisprudencia de las Cortes y Tribunales se dirija hacia otras consideraciones y posiciones, o se emitan leyes nuevas o se dicten sentencias que no habían sido proferidas, pues en tal caso las controversias

sometidas a la justicia nunca tendrían una resolución definitiva afectándose ostensiblemente el principio de seguridad jurídica.

Después de esta referencia sobre los argumentos del recurso relativos a principios de justicia equidad, nuevas normas y violación de principios constitucionales que no tuvieron lugar, como ya se aclaró, la Sala debe revisar si se dan los requisitos del artículo 303 del CGP, que la Juez encontró acreditados, decisión que desde ya se advierte y se itera, acertada. Veamos.

En primer lugar, vale decir que, en materia laboral, si bien puede no ser objeto de pretensión en una demanda un tema específico, este puede ser definido por el Juez de primera instancia, según lo establecido en el artículo 50 del C P del T y de la S S, por eso resulta irrelevante la afirmación en la que se asegura, no se incluyó la indexación como pretensión en la primera demanda, pues lo verdaderamente importante es que se haya resuelto.

No obstante, al revisar la decisión de 31 de enero de 2006, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá conoció por apelación, la sentencia proferida por el Juzgado sexto de esta misma ciudad, y que aparece en el expediente digital; se lee en el resumen, lo siguiente:

*“ El proceso estuvo dirigido a obtener la reliquidación del valor inicial de la pensión de jubilación mediante la actualización del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios teniendo en cuenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es aplicando sobre el valor inicialmente reconocido la variación del índice de precios al consumidor, aumentos legales, diferencias entre la pensión reconocida y la actualizada, incluyendo mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año indexación y costas del proceso”*

A su vez cuando resume los hechos que sirven de fundamento a estas pretensiones, se observa también que allí se expresa que le fue reconocida pensión el 1 de septiembre de 1998, con base en lo devengado en el último año de servicios, pero sin la actualización del IPC.

Eso sin duda fue lo resuelto por el Tribunal y de manera expresa afirmó esa sentencia; que la entidad demandada no aplicó en legal forma la

norma pues no actualizó el salario base de liquidación entre el tiempo del retiro y el cumplimiento de la edad, citando las sentencias de la CSJ que para la época habían sido expedidas al respecto; entre otras la de Rad 18045 del 19 de junio de 2002; que encontraban procedente la indexación del ingreso base de liquidación.

Por lo expuesto no hay duda sobre el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 303 del CGP para que opere la cosa juzgada; sin que por último sobre agregar, que no obedece a lo acreditado con la sentencia aportada, lo afirmado por la recurrente; en cuanto a que esta providencia revocó el numeral primero de la del Juzgado; toda vez que lo que hizo fue **modificarlo estableciendo como primera mesada la suma de \$ 240.173.75**, luego de hacer las operaciones aritméticas, incluidas en cuadro en el texto de la sentencia, tomando el año de retiro-1987- y el de cumplimiento de requisitos -1997-; confirmando la sentencia en todo lo demás; providencia que no fue casada por la CSJ, quedando ejecutoriada y sin duda se itera, con efectos de cosa juzgada; sin que sobre agregar que aún habiendo sido revocada el asunto habría quedado decidido y con los mismos efectos.

En ese orden la Sala CONFIRMA la decisión de primera instancia que llegó a idéntica conclusión.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto apelado.

.

**SEGUNDO: COSTAS.** No se causan en la alzada.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C  
SALA LABORAL**

**PROCESO ORDINARIO No. 12-2019-124-01**

**ASUNTO: APELACION AUTO**

**DEMANDANTE: MIGUEL ANGEL DUARTE SUÁREZ**

**DEMANDADO: NABORS DRILLING INTERNATIONAL LTD  
BERMUDA Y ECOPELROL SA**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

**DECISION**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el día primero (1) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), en cuya virtud se declaró no probada la excepción previa de falta de agotamiento de reclamación administrativa invocada por, ECOPELROL (Ver Expediente Digital)

**ALEGACIONES**

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las sociedades demandadas y la parte demandante.

**HECHOS**

**MIGUEL ANGEL DUARTE SUÁREZ** a través de apoderado judicial presentó demanda en contra de **NABORS DRILLING INTERNATINAL LIMITED Y ECOPELROL**, para que los declare solidariamente responsables en el no pago de días de descanso y los condene al pago de los mismos, reliquidación de prestaciones, aportes, moratoria, indemnización por despido injusto, pensión sanción, extra y ultra petita. (Ver expediente digital).

La demandada ECOPETROL, propuso al contestar la demanda excepción de prescripción y en la decisión que hoy revisa la Sala el Juez decidió declararla no probada.

Para llegar a esa decisión señaló el Juez: “...De la simple lectura del artículo 6 del CPTSS, se determina que las acciones judiciales contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta; texto que fue declarado exequible condicionalmente, lo que quiere decir dicha norma que primero: dicha reclamación se agota cuando la acción vaya dirigida contra alguna de las entidades de la naturaleza mencionada; segundo: su agotamiento es presupuesto para el inicio de esas acciones, luego la lógica consecuencia es que dicha reclamación se constituye en un factor de competencia para el conocimiento de la acción por parte de los Jueces Laborales contra esa entidad y la tercera es que dicha reclamación consiste en el simple reclamo por parte del trabajador o servidor público y hace que el trabajador no tiene un carácter de oficial o privado, es decir cualquier trabajador puede presentar un escrito ante la entidad pública como generador de hecho o competencia.

**Por lo que no es cierto como lo plantea la entidad pública que la parte actora, debe ser un trabajador público y oficial, ya que la norma no hace distinción alguna entre trabajador público o privado y donde el legislador no hace tal distinción no es dable al intérprete realizarla; por lo que en armonía con los factores de competencia, estas entidades públicas pueden ser demandadas bajo el norte de la solidaridad de que trata el artículo 34 del CST, que no enerva los efectos en que la Nación o entidades públicas sean garantes o deudoras solidarias de obligaciones laborales de contratistas privados, entonces bajo ese criterio, esta afirmación no prospera en esta instancia.**

A folio 207 del expediente obra reclamación que se hace a NABORS DRILLIN INTERNATIONAL, la que viene acompañada de un sello de recibido con radicado 1-2018-080-608, Ecopetrol CGC CAL Bucaramanga, febrero 22 de 2018; por lo que observado dicho folio dicha reclamación se da con copia a Ecopetrol, **por lo que el despacho entiende que es una reclamación administrativa dirigida a la sociedad en mención, pero con copia a Ecopetrol, de lo que se determina que el simple reclamo del trabajador como generador de competencia se halla activo y fue dirigido a Ecopetrol y el despacho entiende que este cumple con los requisitos del artículo 6 del CPTSS, por lo que la excepción no está llamada a prosperar debiéndose continuar la acción con la demandadas NABORS DRILLIN INTERNATIONAL y Ecopetrol.**

Inconforme con la decisión, la demandada **ECOPETROL, así:**”Conforme el artículo 6 del CPTSS, las acciones contra las entidades contra la Nación, sólo pueden iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa y como pudo verse, Ecopetrol es una sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, por lo que a ella aplica dicha exigencia consagrada en la norma en mención. Siendo pertinente tener en cuenta que dicha reclamación no constituye una simple formalidad legal sino que se traduce en una oportunidad para la administración de enmendar sus posibles errores frente a lo pretendido por el demandante, por tales razones el ordenamiento procesal es enfático en exigir el agotamiento de este requisito de manera plena y previo en cada demanda que se instaure contra una entidad oficial o estatal como lo es Ecopetrol y **en este caso la parte demandante nunca presentó reclamación administrativa a Ecopetrol solicitando los derechos que reclama en este proceso y la prueba que el despacho tienen para dar por probada la excepción, es un escrito que no está dirigido a Ecopetrol, solicitando lo que peticiona en la demanda; aunado a que no es completo, pues contienen peticiones diferentes a las señaladas en**

**la demanda, siendo claro y contundente que en proceso no existe un agotamiento pleno y previo de la reclamación administrativa, lo que conduce a una falta de competencia para conocer de este proceso.**

### CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la Sala resuelve el recurso.

El artículo 6° del Código de Procedimiento Laboral vigente, preceptúa:

**“Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta”.**

Es claro entonces que, al ser ECOPETROL, una entidad del Estado era necesario se diera cumplimiento a lo ordenado en el artículo mencionado, **dada la finalidad recordemos de la norma,-** en lo que tiene razón el recurrente-; que es que las entidades, **tengan la oportunidad de determinar la procedencia o no de los derechos objeto de reclamación, desde luego, previo al análisis fáctico y jurídico que corresponda.** Así mismo, si de ese análisis se concluye la existencia del derecho reclamado, **para que se proceda a su reconocimiento directamente por la entidad obligada, sin que sea necesaria la intervención del Juez.**

La H. Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en la consideración de que a través del instituto de la vía gubernativa:

*“(...) se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios Jueces del Trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquéllas y puedan así corregir por sí mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial.(...)”*

*(C.S.J. Sent. 12.221 oct. 13/99 M.P. Germán G. Valdés Sánchez).*

Además como se ha señalado en reiteradas oportunidades, el mencionado requisito de reclamación administrativa constituye un factor de competencia sin el

cual no puede entablarse válidamente la relación jurídico procesal y que, por tanto, debe ser evaluado al momento de admitirse la demanda o al momento de resolverse la excepción previa siendo claro se insiste que su finalidad no es otra a que la administración estudie previamente la viabilidad de los reclamos efectuados por el trabajador y, si a bien lo tiene, los reconozca, sin que tenga que agotarse un proceso en la jurisdicción ordinaria.

Ahora, la reclamación se entiende agotada con un simple reclamo escrito, pero en todo caso, debe referirse exactamente a los derechos que se pretendan en la demanda. En otros términos, aunque la reclamación administrativa no está rodeada de más formalidades o solemnidades que la de constar por escrito, **siempre debe guardar una identidad de objeto y causa con respecto a las pretensiones de la demanda, pues la administración debe tener la posibilidad de conocer y estudiar previamente los reclamos del trabajador incluidos en su demanda y no otros.**

No sobra agregar que esta reclamación puede considerarse como una regla de competencia a dos niveles: i) **la competencia primaria, preferente o previa en el conocimiento de los reclamos del trabajador o servidor es de la propia administración y ii) solo después del conocimiento de los reclamos por la administración, nace la competencia para la autoridad jurisdiccional.**

Es por ello que la reclamación administrativa ha sido considerada como un factor de competencia, y desde luego también como uno de los presupuestos procesales necesarios para el regular establecimiento de la relación jurídico – procesal y si bien es cierto como tal no parece dentro de las excepciones previas prevista en el Código General del Proceso es en verdad una excepción previa dilatoria denominada declinatoria de jurisdicción que conduce a la terminación del proceso, ya que el Juez no estaría facultado para resolver la controversia mientras no se surta la respectiva reclamación.

De otra parte, también ha sido bastante definido el tema en cuanto a que la falta de reclamación no genera nulidad alguna, así como si el relativo a la competencia del Juez para resolver las pretensiones que si se reclamaron, es decir cuando se agota de unas pretensiones y no de otras, pues aun antes de haber sido reformado el artículo, es decir desde 1991 en sentencia de diciembre 11 de ese año la H Corte Suprema de Justicia expresó:

*“ En esta hipótesis ocurre, sencillamente, que el juez tiene competencia para resolver sobre las pretensiones para las cuales el demandante haya agotado*

*previamente la vía gubernativa (hoy reclamación administrativa) y carece de esa competencia para decidir de las demás.”*

Lo anterior se trae a colación para resolver el punto del recurso que de manera general afirma que el escrito contiene puntos diferentes, siendo incompleto, pues de ser así se itera, sencillamente el Juez resolverá las que se hayan reclamado.

Ahora que sea un reclamo escrito, no significa como entiende el recurrente, **que este sea uno dirigido directamente a la entidad, pues esa condición no la contempla la norma**, siendo claro que para la prueba del agotamiento se admiten todos los medios probatorios, como por ejemplo confesión o cualesquier otro, como en este caso considera la Sala **el escrito de copia recibido en ECOPETROL y de lo que no hay duda, pues está acreditado; y más cuando lo que se reclama de ella es responsabilidad solidaria.**

**No puede aceptar la Sala el requisito o exigencia, que señala el recurrente también en sus alegaciones, esto es que se haya dirigido directamente, pues si se trata de que haya sido dirigido a la parte, en efecto fue puesto en su conocimiento a través de la entrega del escrito.**

De manera que el recibir este documento y contrario a lo indicado también en etapa de alegaciones por la sociedad Naibor Drilling International Ltda. Bermuda, sí puede considerarse como reclamación administrativa, pues es un escrito recibido que no va en contravía a lo allí dispuesto, y luego el Juez sí tiene competencia para decidir sobre lo allí reclamado, en caso de que encuentre desde luego acreditada la responsabilidad solidaria.

Finalmente, la Sala debe resaltar que la norma no es de la rigurosidad exigida por el recurrente como por la otra sociedad demandada, ya que entenderla así la haría de una ritualidad que no tiene; porque antes y luego de la reforma que introdujera la ley 712 de 2001, siguió correspondiendo a la finalidad perseguida; **esto es el principio de autotutela de la administración, en desarrollo de cual se le considera no solo como parte pasiva sino parte neutral o autoridad pública que tiene como deber primordial garantizar la efectividad, de los principios derechos y deberes consagrados constitucional y legalmente a favor de los asociados y en esa calidad es que se le llama para que considere la viabilidad jurídica de los reclamos del trabajador y si es del caso los reconozca, oportunidad que ya tuvo, la demandada al conocer el escrito que recibió y respondió, siendo entonces ahora el Juez quien debe decidirlos.**

Sin Costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

**RESUELVE**

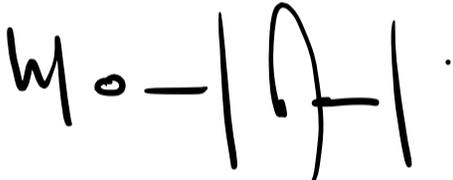
**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



**LORENZO TORRES RUSSY**

Salvo voto